DIREITOS HUMANOS E DIÁLOGO ENTRE JURISDIÇÕES[**]

HUMAN RIGHTS AND DIALOGUE BETWEEN JURISDICTIONS

FLÁVIA PIOVESAN[*]

Recebido para publicação em abril de 2012.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo refletir sobre um novo paradigma importante para a cultura jurídica contemporânea: o controle de convencionalidade sob a perspectiva dos direitos humanos e do diálogo entre jurisdições, com especial ênfase no diálogo entre sistema regional interamericano e as Cortes latino-americanas. Percorrer-se-á os principais desafios e perspectivas para a pavimentação de um *ius commune* latino-americano que tenha sua centralidade na força emancipatória dos direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos; controle de convencionalidade; jurisdições; *ius commune*.

ABSTRACT: This article aims to reflect on an important new paradigm for the contemporary legal culture: the control of conventionality from the perspective of human rights and dialogue among jurisdictions, with particular emphasis on dialogue between the Inter-American regional system and Latin American Cortes. Cycle will be the main challenges and prospects for the paving of a *ius commune* in Latin America that has its centrality in the emancipatory force of human rights.

KEYWORDS: Human rights; control of conventionality; jurisdictions; *ius commune*.

> *State sovereignty is becoming diluted. Public power is being rearticulated in pluralistic and polycentric forms. (…) This pluralism requires an order to fill in the gaps, reduce fragmentation and induce cooperation between different systems; to establish hierarchies of values and principles; and to introduce rules of the recognition, validity and effectiveness of norms.* (Antonio Cassesse, When legal orders collidle: the role of the Courts, Global Law Press - editorial Derecho Global, Sevilha, 2010, p.15).

1. Introdução

O objetivo deste artigo é enfocar o controle de convencionalidade sob a perspectiva dos direitos humanos e do diálogo entre jurisdições, com especial ênfase no diálogo entre sistema

[**] Um especial agradecimento é feito à Alexander von Humboldt Foundation pela fellowship que tornou possível este estudo e ao Max-Planck Institute for Comparative Public Law and International Law por prover um ambiente acadêmico de extraordinário vigor intelectual. Este artigo tem como base a conferência "Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições", proferida na I Jornada de Direito Internacional da Escola da Magistratura Federal da 1ª Região, em Belo Horizonte, em 30 de março de 2012.

[*] Professora doutora em Direito Constitucional e Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professora de Direitos Humanos dos Programas de Pós Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e da Universidade Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha); visiting fellow do Human Rights Program da Harvard Law School (1995 e 2000), visiting fellow do Centre for Brazilian Studies da University of Oxford (2005), visiting fellow do Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg - 2007 e 2008); desde 2009 é Humboldt Foundation Georg Forster Research Fellow no Max Planck Institute (Heidelberg); membro do Conselho Nacional de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana. É membro da UN High Level Task Force on the implementation of the right to development e do OAS Working Group para o monitoramento do Protocolo de San Salvador em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais.

regional interamericano e as Cortes latino-americanas. De um lado, importará avaliar o modo pelo qual a Corte Interamericana exerce o controle da convencionalidade com relação às ordens jurídicas latino-americanas; por outro, importará avaliar o modo pelo qual as Cortes latino-americanas exercem o controle da convencionalidade no âmbito doméstico, mediante a incorporação da normatividade, principiologia e jurisprudência protetiva internacional em matéria de direitos humanos.

Controle da convencionalidade e diálogo entre jurisdições constitui tema de especial relevância e complexidade para a cultura jurídica contemporânea, refletindo a emergência de um novo paradigma. A primeira parte deste artigo enfrentará o desafio concernente aos delineamentos de um novo paradigma a nortear a cultura jurídica latino-americana na atualidade, no qual aos parâmetros constitucionais somam-se os parâmetros convencionais, na composição de um trapézio aberto ao diálogo, aos empréstimos e à interdisciplinariedade, a resignificar o fenômeno jurídico sob a inspiração do *human rights approach*.

Considerando a emergência deste novo paradigma, a segunda parte deste artigo transitará para a análise dos direitos humanos e do diálogo entre jurisdições, com realce ao controle da convencionalidade, avaliando o grau de incorporação e de impacto dos parâmetros protetivos internacionais de direitos humanos nas ordens jurídicas locais latino-americanas.

Por fim, serão destacados os principais desafios e perspectivas para a pavimentação de um *ius commune* latino-americano que tenha sua centralidade na força emancipatória dos direitos humanos.

2. Emergência de um novo paradigma jurídico: da hermética pirâmide centrada no *State approach* à permeabilidade do trapézio centrado no *Human rights approach*

Por mais de um século, a cultura jurídica latino-americana tem adotado um paradigma jurídico fundado em 3 (três) características essenciais:

> - a pirâmide com a Constituição no ápice da ordem jurídica, tendo como maior referencial teórico Hans Kelsen, na afirmação de um sistema jurídico endógeno e auto-referencial (observa-se que, em geral, Hans Kelsen tem sido equivocadamente interpretado, já que sua doutrina defende o monismo com a primazia do Direito Internacional – o que tem sido tradicionalmente desconsiderado na América Latina).

- o hermetismo de um Direito purificado, com ênfase no ângulo interno da ordem jurídica e na dimensão estritamente normativa (mediante um dogmatismo jurídico a afastar elementos "impuros" do Direito); e
- o *State approach* (*State centered perspective*), sob um prisma que abarca como conceitos estruturais e fundantes a soberania do Estado no âmbito externo e a segurança nacional no âmbito interno, tendo como fonte inspiradora a *"lente ex parte principe",* radicada no Estado e nos deveres dos súditos, na expressão de Norberto Bobbio[1].

Testemunha-se a crise deste paradigma tradicional e a emergência de um novo paradigma a guiar a cultura jurídica latino-americana, que, por sua vez, adota como 3 (três) características essenciais:

a) o trapézio com a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos no ápice da ordem jurídica (com repúdio a um sistema jurídico endógeno e auto-referencial).

As Constituições latino-americanas estabelecem 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. Ao processo de constitucionalização do Direito Internacional conjuga-se o processo de internacionalização do Direito Constitucional.

A título exemplificativo, a Constituição da Argentina, após a reforma constitucional de 1994, dispõe, no artigo 75, inciso 22, que, enquanto os tratados em geral têm hierarquia infra-constitucional, mas supra-legal, os tratados de proteção dos direitos humanos têm hierarquia constitucional, complementando os direitos e garantias constitucionalmente reconhecidos. A Constituição Brasileira de 1988, no artigo 5º, parágrafo 2º, consagra que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem os direitos decorrentes dos princípios e do regime a ela aplicável e os direitos enunciados em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, permitindo, assim, a expansão do bloco de constitucionalidade. A então Constituição do Peru de 1979, no mesmo sentido, determinava, no artigo 105, que os preceitos contidos nos tratados de direitos humanos têm hierarquia constitucional e não podem ser modificados senão pelo procedimento que rege a reforma da própria Constituição. Já a atual Constituição do Peru de 1993 consagra que os

[1] Norberto Bobbio, *Era dos Direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1988.

direitos constitucionalmente reconhecidos devem ser interpretados em conformidade com a Declaração Universal de Direitos Humanos e com os tratados de direitos humanos ratificados pelo Peru. Decisão proferida em 2005 pelo Tribunal Constitucional do Peru endossou a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, adicionando que os direitos humanos enunciados nos tratados conformam a ordem jurídica e vinculam os poderes públicos. A Constituição da Colômbia de 1991, reformada em 1997, confere, no artigo 93, hierarquia especial aos tratados de direitos humanos, determinando que estes prevalecem na ordem interna e que os direitos humanos constitucionalmente consagrados serão interpretados em conformidade com os tratados de direitos humanos ratificados pelo país. Também a Constituição do Chile de 1980, em decorrência da reforma constitucional de 1989, passou a consagrar o dever dos órgãos do Estado de respeitar e promover os direitos garantidos pelos tratados internacionais ratificados por aquele país.

Logo, é neste contexto — marcado pela tendência de Constituições latino-americanas em assegurar um tratamento especial e diferenciado aos direitos e garantias internacionalmente consagrados — que se delineia a visão do trapézio jurídico contemporâneo a substituir a tradicional pirâmide jurídica.

b) a 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 interdisciplinariedade, a fomentar o diálogo do Direito com outros saberes e diversos atores sociais, resignificando, assim, a experiência jurídica).

No caso brasileiro, por exemplo, crescente é 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) a utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa científica (tema da primeira audiência pública concernente ao julgamento da ação direta de inconstitucionalidade relativa ao artigo 5º da Lei de Biossegurança, em maio de 2008); b) a justicialização do direito à saúde (audiência pública realizada em 2009); c) as cotas para afro-descendentes em Universidades (audiência pública concernente ao julgamento de ação direta de inconstitucionalidade de leis estaduais determinando a fixação de cotas raciais em Universidades, realizada em março de 2010); d) o reconhecimento constitucional às uniões homoafetivas (audiência

pública realizada em junho de 2011), dentre outras. Para adotar a terminologia de Peter Haberle, há a abertura da Constituição à uma sociedade plural de intérpretes[2].

É a partir do diálogo a envolver saberes diversos e atores diversos que se verifica a democratização da interpretação constitucional a resignificar o Direito.

c) o *human rights approach* (*human centered approach),* sob um prisma que abarca como conceitos estruturais e fundantes a soberania popular e a segurança cidadã no âmbito interno, tendo como fonte inspiradora a *"lente ex parte populi"*, radicada na cidadania e nos direitos dos cidadãos, na expressão de Norberto Bobbio[3].

Para Luigi Ferrajoli: *"a dignidade humana é referência estrutural para o constitucionalismo mundial, a emprestar-lhe fundamento de validade, seja qual for o ordenamento, não apenas dentro, mas também fora e contra todos os Estados".* Para o mesmo autor: *"A liberdade absoluta e selvagem do Estado se subordina a duas normas fundamentais: o imperativo da paz e a tutela dos direitos humanos."*[4]

No mesmo sentido, ressalta José Joaquim Gomes Canotilho: *"Os direitos humanos articulados com o relevante papel das organizações internacionais fornecem um enquadramento razoável para o constitucionalismo global. (…) O constitucionalismo global compreende a emergência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos e a tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos. (…) É como se o Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais (cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do jus cogens internacional)"*[5].

No plano internacional, vislumbra-se a humanização do Direito Internacional e a internacionalização dos direitos humanos[6]. Para Ruti Teitel: *"The law of humanity reshapes the*

[2] Consultar Peter Haberle, *Hermenêutica Constitucional,* trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris editor, 1997. Sobre a concepção de Constituição aberta, ver também Konrad Hesse, *A força normativa da Constituição,* trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1991.

[3] Norberto Bobbio, *Era dos Direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1988.

[4] Luigi Ferrajoli, *Diritti fondamentali – Um dibattito teórico*, a cura di Ermanno Vitale, Roma, Bari, Laterza, 2002, p.338. Para Luigi Ferrajoli, os direitos humanos simbolizam a lei do mais fraco contra a lei do mais forte, na expressão de um contrapoder em face dos absolutismos, advenham do Estado, do setor privado ou mesmo da esfera doméstica.

[5] José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional.* 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

[6] Para Thomas Buergenthal: "Este código, como já observei em outros escritos, tem humanizado o direito internacional contemporâneo e internacionalizado os direitos humanos, ao reconhecer que os seres humanos têm direitos protegidos pelo direito internacional e que a denegação desses direitos engaja a responsabilidade internacional dos Estados

discourse in international relations"[7]. Nesta direção, emblemática é a decisão do International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (caso Prosecutor v. Tadic, 1995): *"A State-sovereignty oriented approach has been gradually supplanted by a human-being oriented approach."*

Deste modo, a interpretação jurídica vê-se pautada pela força expansiva do princípio da dignidade humana e dos direitos humanos, conferindo prevalencia ao *human rights approach* (*human centered approach).*

Esta transição paradigmática, marcada pela crise do paradigma tradicional e pela emergência de um novo paradigma jurídico, surge como o contexto a fomentar o 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.

3. Diálogo entre Jurisdições e Controle da Convencionalidade em matéria de direitos humanos

Na ótica contemporânea o diálogo entre jurisdições revela 3 (três) dimensões:

1) o diálogo entre as jurisdições regionais (*cross cultural dialogue* entre as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos);

2) o diálogo entre as jurisdições regionais e as jurisdições constitucionais; e

3) o diálogo entre as jurisdições constitucionais.

Considerando ser o foco específico deste artigo o diálogo entre jurisdições em matéria de direitos humanos à luz do controle da convencionalidade, a análise será concentrada exclusivamente no diálogo entre as jurisdições regionais e as jurisdições constitucionais.

independentemente da nacionalidade das vítimas de tais violações". (Thomas Buergenthal, Prólogo. In: Antonio Augusto Cançado Trindade. *A proteção internacional dos direitos humanos*: *fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. XXXI).

[7] Ruti Teitel, *Humanity's Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p.225. Acrescenta a autora: "We observe greater interdependence and interconnection of diverse actors across state boundaries (...) There is interconnection without integration". (...) What we see is the emergente of transnacional rights, implying the equal recognition of peoples across borders. Such solidarity exists across state lines and in normative terms, constituting an emergent global human society." (*Humanity's Law*, Oxford University Press, 2011).

Justificada esta opção metodológica, será analisado, de um lado, o modo pelo qual a Corte Interamericana exerce o controle da convencionalidade em relação aos Estados latino-americanos e, por outro, será examinado como as Cortes latino-americanas exercem o controle da convencionalidade quando da incorporação de parâmetros protetivos, princípios e jurisprudência internacional em matéria de direitos humanos no âmbito doméstico.

3.1. Corte Interamericana e Controle da Convencionalidade

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.

Em 1978, quando a Convenção Americana de Direitos Humanos entrou em vigor, muitos dos Estados da América Central e do Sul eram governados por ditaduras. Dos 11 Estados-partes da Convenção à época, menos que a metade tinha governos eleitos democraticamente, ao passo que hoje quase a totalidade dos Estados latino-americanos na região tem governos eleitos democraticamente[8]. Diversamente do sistema regional europeu que teve como fonte inspiradora a tríade indissociável Estado de Direito, Democracia e Direitos Humanos[9], o sistema regional interamericano tem em sua origem o paradoxo de nascer em um ambiente acentuadamente autoritário, que não permitia qualquer associação direta e imediata entre Democracia, Estado de Direito e Direitos Humanos. Ademais, neste contexto, os direitos humanos eram tradicionalmente concebidos como uma agenda contra o Estado. Diversamente do sistema europeu, que surge como fruto do processo de integração europeia e tem servido como relevante instrumento para fortalecer este processo de integração, no caso interamericano havia tão somente um movimento ainda embrionário de integração regional.

[8] Como observa Thomas Buergenthal: "O fato de hoje quase a totalidade dos Estados latino-americanos na região, com exceção de Cuba, terem governos eleitos democraticamente tem produzido significativos avanços na situação dos direitos humanos nesses Estados. Estes Estados ratificaram a Convenção e reconheceram a competência jurisdicional da Corte". (Prefácio de Thomas Buergenthal, Jo M. Pasqualucci, The Practice and Procedure of the Inter-American Court on Human Rights, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. XV). Até maio de 2011, 22 Estados haviam reconhecido a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

[9] A respeito, ver Clare Ovey e Robin White, European Convention on Human Rights, 3a ed., Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 1 e Flavia Piovesan, Direitos Humanos e Justiça Internacional, 3ª edição revista, ampliada e atualizada, São Paulo, ed. Saraiva, 2012.

A região latino-americana tem sido caracterizada por elevado grau de exclusão e desigualdade social ao qual se somam democracias em fase de consolidação. A região ainda convive com as reminiscências do legado dos regimes autoritários ditatoriais, com uma cultura de violência e de impunidade, com a baixa densidade de Estados de Direitos e com a precária tradição de respeito aos direitos humanos no âmbito doméstico. A América Latina tem o mais alto índice de desigualdade do mundo, no campo da distribuição de renda[10]. No que se refere à densidade democrática, segundo a pesquisa Latinobarômetro, no Brasil apenas 47% da população reconhece ser a democracia o regime preferível de governo; ao passo que no Peru este universo é ainda menor correspondendo a 45% e no México a 43%[11].

É neste cenário que o sistema interamericano se legitima como importante e eficaz instrumento para a proteção dos direitos humanos, quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas. Com a atuação da sociedade civil, a partir de articuladas e competentes estratégias de litigância, o sistema interamericano tem a força catalizadora de promover avanços no regime de direitos humanos.

Considerando a atuação da Corte Interamericana, é possível criar uma tipologia de casos baseada em decisões concernentes a 5 (cinco) diferentes categorias de violação a direitos humanos:

1) Violações que refletem o legado do regime autoritário ditatorial

[10] De acordo com o ECLAC: "Latin America's highly inequitable and inflexible income distribution has historically been one of its most prominent traits. Latin American inequality is not only greater than that seen in other world regions, but it also remained unchanged in the 1990s, then took a turn for the worse at the start of the current decade." (ECLAC, *Social Panorama of Latin America - 2006*, chapter I, page 84. Available at http://www.eclac.org/cgibin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/4/27484/P27484.xml&xsl=/dds/tpli/p9f.xsl&base=/tpl-i/top-bottom.xslt (access on July 30, 2007). No mesmo sentido, afirmam Cesar P. Bouillon e Mayra Buvinic: "(...) In terms of income, the countries in the region are among the most inequitable in the world. In the late 1990s, the wealthiest 20 percent of the population received some 60 percent of the income, while the poorest 20 percent only received about 3 percent. Income inequality deepened somewhat during the 1990s (...) Underlying income inequality, there are huge inequities in the distribution of assets, including education, land and credit. According to recent studies, the average length of schooling for the poorest 20 percent is only four years, while for the richest 20 percent is 10 years." (Cesar P. Bouillon e Mayra Buvinic, *Inequality, Exclusion and Poverty in Latin America and the Caribbean: Implications for Development*, Background document for EC/IADB "Seminar on Social Cohesion in Latin America," Brussels, June 5-6, 2003, p. 3-4, par. 2.8). Acessar: http://www.iadb.org/sds/doc/soc-idb-socialcohesion-e.pdf, Julho 2007. Consultar ainda ECLAC, *Social Panorama of Latin America 2000-2001*, Santiago de Chile: Economic Commission for Latin America and the Caribbean, 2002.

[11] Ver Democracy and the downturn: The latinobarometro poll, The Economist, 13 de novembro de 2008.

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.

A título de exemplo, destaca-se o *leading case* – Velasquez Rodriguez *versus* Honduras concernente a 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[12].

Outro caso é o Loayza Tamayo *versus* Perú, em que a Corte em 1997 reconheceu a incompatibilidade dos decretos-leis que tipificavam os delitos de "traição da pátria" e de "terrorismo" com a Convenção Americana, ordenando ao Estado reformas legais[13].

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; ou em face da prática de execução sumária e extrajudicial; ou tortura. Estas decisões enfatizaram o dever do Estado de investigar, processar e punir os responsáveis pelas violações, bem como de efetuar o pagamento de indenizações.

No plano consultivo, merecem menção as opiniões a respeito da impossibilidade de adoção da pena de morte pelo Estado da Guatemala[14] e da impossibilidade de suspensão da garantia judicial de *habeas corpus* inclusive em situações de emergência, de acordo com o artigo 27 da Convenção Americana[15].

2) Violações que refletem questões da justiça de transição (*transitional justice*)

Nesta categoria de casos estão as decisões relativas ao combate à impunidade, às leis de anistia e ao direito à verdade.

No caso Barrios Altos (massacre que envolveu a execução de 15 pessoas por agentes policiais), em virtude da promulgação e aplicação de leis de anistia (uma que concede anistia geral aos

[12] Velasquez Rodriguez Case, Inter-American Court of Human Rights, 1988, Ser. C, No. 4.
[13] Loayza Tamayo vs. Peru case. Judgment of 17 September 1997.
[14] Advisory Opinion No. 3/83, of 8 September 1983.
[15] Advisory Opinion No. 08/87, of 30 January 1987.

militares, policiais e civis, e outra que dispõe sobre a interpretação e alcance da anistia), o Peru foi condenado a reabrir investigações judiciais sobre os fatos em questão, relativos ao "massacre de Barrios Altos", de forma a derrogar ou a tornar sem efeito as leis de anistia mencionadas. O Peru foi condenado, ainda, à reparação integral e adequada dos danos materiais e morais sofridos pelos familiares das vítimas[16].

Esta decisão apresentou um elevado impacto na anulação de leis de anistia e na consolidação do direito à verdade, pelo qual os familiares das vítimas e a sociedade como um todo devem ser informados das violações, realçando o dever do Estado de investigar, processar, punir e reparar violações aos direitos humanos.

Concluiu a Corte que as leis de "auto-anistia" perpetuam a impunidade, propiciam uma injustiça continuada, impedem às vítimas e aos seus familiares o acesso à justiça e o direito de conhecer a verdade e de receber a reparação correspondente, o que constituiria uma manifesta afronta à Convenção Americana. As leis de anistiam configurariam, assim, um ilícito internacional e sua revogação uma forma de reparação não pecuniária.

No mesmo sentido, destaca-se o caso Almonacid Arellano *versus* Chile[17] cujo objeto era a validade do decreto-lei 2191/78 -- que perdoava os crimes cometidos entre 1973 e 1978 durante o regime Pinochet -- à luz das obrigações decorrentes da Convenção Americana de Direitos Humanos. Decidiu a Corte pela invalidade do mencionado decreto lei de "auto-anistia", por implicar a denegação de justiça às vítimas, bem como por afrontar os deveres do Estado de investigar, processar, punir e reparar graves violações de direitos humanos que constituem crimes de lesa humanidade.

Cite-se, ainda, o caso argentino, em que decisão da Corte Suprema de Justiça de 2005 anulou as leis de ponto final (Lei 23.492/86) e obediência devida (Lei 23.521/87), adotando como precedente o caso Barrios Altos.

Em 2010, no caso Gomes Lund e outros *versus* Brasil, a Corte Interamericana condenou o Brasil em virtude do desaparecimento de integrantes da guerrilha do Araguaia durante as operações

[16] Barrios Altos case (Chumbipuma Aguirre and others vs. Peru). Judgment of 14 March 2001.
[17] Caso Almonacid Arellano and others vs. Chile. Judgment of 26 September 2006.

militares ocorridas na década de 70[18]. A Corte realçou 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, uma vez mais, 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 (*rule of law*)

Esta terceira categoria de casos remete ao desafio do fortalecimento de instituições e da consolidação do *rule of law*, particularmente no que se refere ao acesso à justiça, proteção judicial e fortalecimento e independência do Poder Judiciário.

Destaca-se o caso do Tribunal Constitucional contra o Peru (2001)[19], 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, o que demanda: a) um adequado processo de nomeação; b) um mandato com prazo certo; e c) garantias contra pressões externas.

Tal decisão contribuiu decisivamente para o fortalecimento de instituições nacionais e para a consolidação do Estado de Direito.

4) Violações de direitos de grupos vulneráveis

[18] Caso Gomes Lund and others *versus* Brasil, Judgment of 24 November 2010. O caso foi submetido à Corte pela Comissão Interamericana, ao reconhecer que o caso "representava uma oportunidade importante para consolidar a jurisprudência interamericana sobre leis de anistia em relação aos desaparecimentos forçados e às execuções extrajudiciais, com a consequente obrigação dos Estados de assegurar o conhecimento da verdade, bem como de investigar, processar e punir graves violações de direitos humanos".

[19] Aguirre Roca and others vs. Peru case (Constitutional Court Case). Judgment of 31 January 2001.

Esta quarta categoria de casos atém-se a decisões que afirmam a proteção de direitos de grupos socialmente vulneráveis, como os povos indígenas, as crianças, os migrantes, os presos, dentre outros.

Quanto aos direitos dos povos indígenas, destaca-se o relevante caso da comunidade indígena Mayagna Awas Tingni contra a Nicarágua (2001)[20], em que a Corte reconheceu o direitos dos povos indígenas à propriedade coletiva da terra, como uma tradição comunitária, e como um direito fundamental e básico à sua cultura, à sua vida espiritual, à sua integridade e à sua sobrivivência econômica. Acrescentou que para os povos indígenas a relação com a terra não é somente uma questão de possessão e produção, mas um elemento material e espiritual de que devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às gerações futuras.

Em outro caso – caso da comunidade indígena Yakye Axa contra o Paraguai (2005)[21] --, a Corte sustentou que os povos indígenas têm direito a medidas específicas que garantam o acesso aos serviços de saúde, que devem ser apropriados sob a perspectiva cultural, incluindo cuidados preventivos, práticas curativas e medicinas tradicionais. Adicionou que para os povos indígenas a saúde apresenta uma dimensão coletiva, sendo que a ruptura de sua relação simbiótica com a terra exerce um efeito prejudicial sobre a saúde destas populações.

No caso da comunidade indígena *Xákmok Kásek v. Paraguai*[22], a Corte Interamericana condenou o Estado do Paraguai pela afronta aos direitos à vida, à propriedade comunitária e à proteção judicial (artigos 4º, 21 e 25 da Convenção Americana, respectivamente), dentre outros direitos, em face da não garantia do direito de propriedade ancestral à aludida comunidade indígena, o que estaria a afetar seu direito à identidade cultural. Ao motivar a sentença, destacou que os conceitos tradicionais de propriedade privada e de possessão não se aplicam às comunidades indígenas, pelo significado coletivo da terra, eis que a relação de pertença não se centra no indivíduo, senão no grupo e na comunidade. Acrescentou que o direito à propriedade coletiva

[20] Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community vs. Nicaragua, Inter-American Court, 2001, Ser. C, No. 79.
[21] Yakye Axa Community vs. Paraguay, Inter-American Court, 2005, Ser. C, No. 125.
[22] Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C N. 214. Note-se que, no sistema africano, merece menção um caso emblemático que, ineditamente, em nome do direito ao desenvolvimento, assegurou a proteção de povos indígenas às suas terras. Em 2010, a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos considerou que o modo pelo qual a comunidade Endorois no Kenya foi privada de suas terras tradicionais, tendo negado acesso a recursos, constitui uma violação a direitos humanos, especialmente ao direito ao desenvolvimento.

estaria ainda a merecer igual proteção pelo artigo 21 da Convenção (concernente ao direito `a propriedade privada). Afirmou o dever do Estado em assegurar especial proteção às comunidades indígenas, à luz de suas particularidades próprias, suas características econômicas e sociais e suas especiais vulnerabilidades, considerando o direito consuetudinário, os valores, os usos e os costumes dos povos indígenas, de forma a assegurar-lhes o direito à vida digna, contemplando o acesso à água potável, alimentação, saúde, educação, dentre outros.

No caso dos direitos das crianças, cabe menção ao caso Villagran Morales contra a Guatemala (1999)[23], em que este Estado foi condenado pela Corte, em virtude da impunidade relativa à morte de 5 meninos de rua, brutalmente torturados e assassinados por 2 policiais nacionais da Guatemala. Dentre as medidas de reparação ordenadas pela Corte estão: o pagamento de indenização pecuniária aos familiares das vítimas; a reforma no ordenamento jurídico interno visando à maior proteção dos direitos das crianças e adolescentes guatemaltecos; e a construção de uma escola em memória das vítimas.

Adicione-se, ainda, as opiniões consultivas sobre a condição jurídica e os direitos humanos das crianças (OC 17, emitida em agosto de 2002, por solicitação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos) e sobre a condição jurídica e os direitos de migrantes sem documentos (OC18, emitida em setembro de 2003, por solicitação do México).

Mencione-se, também, o parecer emitido, por solicitação do México (OC16, de 01 de outubro de 1999), em que a Corte considerou violado o direito ao devido processo legal, quando um Estado não notifica um preso estrangeiro de seu direito à assistência consular. Na hipótese, se o preso foi condenado à pena de morte, isso constituiria privação arbitrária do direito à vida. Note-se que o México embasou seu pedido de consulta nos vários casos de presos mexicanos condenados à pena de morte nos Estados Unidos.

Com relação aos direitos das mulheres, emblemático é o caso González e outras contra o México (caso "Campo Algodonero"), em que a Corte Interamericana condenou o México em virtude do desaparecimento e morte de mulheres em Ciudad Juarez, sob o argumento de que a omissão estatal estava a contribuir para a cultura da violência e da discriminação contra a mulher. No

[23] Villagran Morales et al versus Guatemala (The Street Children Case), Inter-American Court, 19 November 1999, Ser. C, No. 63.

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 necessárias de forma a combater a discriminação contra a mulher[24]. Destacam-se também relevantes decisões do sistema interamericano sobre discriminação e violência contra mulheres, o que fomentou a reforma do Código Civil da Guatemala, a adoção de uma lei de violência doméstica no Chile e no Brasil, dentre outros avanços[25].

5) Violações a direitos sociais

Finalmente, nesta quinta categoria de casos emergem decisões da Corte que protegem direitos sociais. Importa reiterar que a Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece direitos civis e políticos, contemplando apenas a aplicação progressiva dos direitos sociais (artigo 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 seriam tuteláveis pelo sistema de petições individuais (artigo 19, parágrafo 6º).

À luz de uma interpretação dinâmica e evolutiva, compreendendo a Convenção Americana como um *living instrument*, no já citado caso Villagran Morales contra a Guatemala[26], a Corte afirmou que o direito à vida não pode ser concebido restritivamente. Introduziu a visão de que o direito à vida compreende não apenas uma dimensão negativa – o direito a não ser privado da vida arbitrariamente --, mas uma dimensão positiva, que demanda dos Estados medidas positivas apropriadas para proteger o direito à vida digna – o "direito a criar e desenvolver um projeto de vida". Esta interpretação lançou um importante horizonte para proteção dos direitos sociais.

Em outros julgados, a Corte tem endossado o dever jurídico dos Estados de conferir aplicação progressiva aos direitos sociais, com fundamento no artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos, especialmente em se tratando de grupos socialmente vulneráveis. No caso niñas Yean y

[24] Ver sentença de 16 de novembro de 2009. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf>.
[25] A respeito, ver caso María Eugenia versus Guatemala e caso Maria da Penha versus Brasil decididos pela Comissão Interamericana.
[26] Villagran Morales et al versus Guatemala (The Street Children Case), Inter-American Court, 19 November 1999, Ser. C, No. 63.

Bosico versus Republica Dominicana, a Corte enfatizou o dever dos Estados no tocante à aplicação progressiva dos direitos sociais, a fim de assegurar o direito à educação, com destaque à especial vulnerabilidade de meninas. Sustentou que: "en relación con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la Convención, el Estado debe prover educación primaria gratuita a todos los menores, en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual.[27]"

No caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") *versus* Peru (2009)[28], a Corte condenou o Peru pela violação aos direitos à proteção judicial (artigo 25 da Convenção Americana) e à propriedade privada (artigo 21 da Convenção), em caso envolvendo denúncia dos autores relativamente ao não cumprimento pelo Estado de decisão judicial concedendo aos mesmos 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, a conjugar direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais, inexistindo hierarquia entre eles e sendo todos direitos exigíveis. Realçou ser a aplicação progressiva dos direitos sociais (artigo 26 da Convenção) suscetível de controle e fiscalização pelas instâncias competentes, destacando o dever dos Estados de não-regressividade em matéria de direitos sociais. Endossou o entendimento do Comitê da ONU sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de que as medidas de caráter deliberadamente regressivo requerem uma cuidadosa análise, somente sendo justificáveis somente quando considerada a totalidade dos direitos previstos no Pacto, bem como a máxima utilização dos recursos disponíveis.

Há, ademais, 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.

No caso Albán Cornejo y otros *versus* Equador[29] referente à suposta negligência médica em hospital particular -- mulher deu entrada no hospital com quadro de meningite bacteriana e foi medicada, vindo a falecer no dia seguinte, provavelmente em decorrência do medicamento

[27] Caso de las ninas Yean y Bosico v. Republica Dominicana, Inter-American Court, 08 November 2005, Ser. C, N. 130.
[28] Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Peru, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198.
[29] Albán Cornejo y otros v. Ecuador, Inter-American Court, 22 November 2007, serie C n. 171.

prescrito --, a Corte decidiu o caso com fundamento na proteção ao direito à integridade pessoal e não no direito à saúde. No mesmo sentido, no caso Myrna Mack Chang *versus* Guatemala[30], concernente a danos à saúde decorrentes de condições de detenção, uma vez mais a proteção ao direito à saúde deu-se sob o argumento da proteção do direito à integridade física.

Outros casos de proteção indireta de direitos sociais atêm-se à proteção ao direito ao trabalho, tendo como fundamento o direito ao devido processo legal e a proteção judicial. A respeito, destaca-se o caso Baena Ricardo y otros *versus* Panamá[31], envolvendo a demissão arbitrária de 270 funcionários públicos que participaram de manifestação (greve). A Corte condenou o Estado do Panamá pela violação da garantia do devido processo legal e proteção judicial, determinando o pagamento de indenização e a reintegração dos 270 trabalhadores. No caso Trabajadores cesados del congreso (Aguado Alfaro y otros) *versus* Peru[32], envolvendo a despedida arbitrária de 257 trabalhadores, a Corte condenou o Estado do Peru também pela afronta ao devido processo legal e proteção judicial. Em ambos os casos, a condenação dos Estados teve como argumento central a violação à garantia do devido processo legal e não a violação ao direito do trabalho.

Um outro caso emblemático é o caso "cinco pensionistas" *versus* Peru[33], envolvendo a modificação do regime de pensão no Peru, em que a Corte condenou o Estado com fundamento na violação ao direito de propriedade privada e não com fundamento na afronta ao direito de seguridade social, em face dos danos sofridos pelos 5 pensionistas.

Ao exercer o controle da convencionalidade, concluí-se que a Corte Interamericana, por meio de sua jurisprudência, 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.

3.2. Cortes Latino-Americanas e Controle da Convencionalidade

[30] Myrna Mack Chang v. Guatemala, Inter-American Court, 25 November 2003, serie C n. 101.
[31] Baena Ricardo y otros v. Panamá, Inter-American Court, 02 February 2001, serie C n. 72.
[32] Caso Trabajadores cesados del congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Peru, Inter-American Court, 24 November 2006, serie C n. 158.
[33] Caso "cinco pensionistas" v. Peru, Inter-American Court, 28 February 2003, serie C n. 98.

No caso latino-americano, o processo de democratização na região, deflagrado na década de 80, é que propiciou a incorporação de importantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos pelos Estados latino-americanos. A título de exemplo, note-se que a Convenção Americana de Direitos Humanos, adotada em 1969, foi ratificada pela Argentina em 1984, pelo Uruguai em 1985, pelo Paraguai em 1989 e pelo Brasil em 1992. Já o reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por exemplo, deu-se na Argentina em 1984, no Uruguai em 1985, no Paraguai em 1993 e no Brasil em 1998. Hoje constata-se que os países latino-americanos subscreveram os principais tratados de direitos humanos adotados pela ONU e pela OEA.

Quanto à incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, observa-se que, em geral, as Constituições latino-americanas conferem a estes instrumentos uma hierarquia especial e privilegiada, distinguindo-os dos tratados tradicionais. Neste sentido, merecem destaque o artigo 75, 22 da Constituição Argentina, que expressamente atribui hierarquia constitucional aos mais relevantes tratados de proteção de direitos humanos e o artigo 5º, parágrafos 2º e 3º da Carta Brasileira que incorpora estes tratados no universo de direitos fundamentais constitucionalmente protegidos.

Como já realçado na primeira parte deste estudo, as Constituições latino-americanas 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.

O sistema regional interamericano simboliza a consolidação de um "constitucionalismo regional", que objetiva salvaguardar direitos humanos fundamentais no plano interamericano. A Convenção Americana, como um verdadeiro "código interamericano de direitos humanos", foi acolhida por 25 Estados, traduzindo a força de um consenso a respeito do piso protetivo mínimo e não do teto máximo de proteção. Serve a um duplo propósito: a) promover e encorajar avanços no plano interno dos Estados; e b) prevenir recuos e retrocessos no regime de proteção de direitos.

Neste contexto, o controle da convencionalidade pode ser compreendido sob uma dupla perspectiva: a) tendo como ponto de partida a Corte Interamericana e o impacto de sua jurisprudência no âmbito doméstico dos Estados latino-americanos; e b) tendo como ponto de

partida as Cortes latino-americanas e o grau de incorporação e incidência da jurisprudência, principiologia e normatividade protetiva internacional de direitos humanos no âmbito doméstico.

Neste tópico objetiva-se identificar experiências de controle da convencionalidade exercido pelas Cortes latino-americanas em casos nos quais o fortalecimento dos direitos humanos ocorreu por meio do diálogo jurisprudencial.

A obrigatoriedade das sentenças da Corte Interamericana e das normas internacionais de direitos humanos no âmbito doméstico é realçada por uma expressiva jurisprudência regional. Cabem menção aos casos: a) caso decidido pelo Tribunal Constitucional da Bolivia, em maio de 2004 (sustenta a aplicação das normas e da jurisprudência interamericana de direitos humanos no âmbito interno); b) caso decidido pelo Tribunal Constitucional do Peru, em março de 2004 (realça o sistema normativo e jurisprudencial internacional em direitos humanos e seu valor na interpretação dos direitos constitucionais); e c) caso decidido pela Corte Suprema da Justiça da Argentina, em julho de 1992 (enfatiza a obrigatoriedade das normas internacionais de direitos humanos no sistema de fontes do ordenamento jurídico).

Outro tema de peculiar destaque regional atém-se à imprescritibilidade de crimes de lesa humanidade, à invalidação de leis de anistia e ao desaparecimento forçado de pessoas como delito permanente. Neste universo despontam decisões que invalidam as leis de anistia em nome do direito à justiça e do direito à verdade, reafirmando o dever do Estado de investigar, processar e punir graves violações a direitos humanos, com a necessária observância do "jus cogens", da normatividade e da jurisprudência protetiva internacional. Adicionam que o crime de desaparecimento forçado de pessoas tem natureza permanente e caráter continuado – o que afastaria a tese da prescrição penal.

Nesta direção, destacam-se: a) sentença da Corte Suprema de Justiça do Chile de 24 de setembro de 2009; b) sentença do Tribunal Supremo de Justiça da Venezuela de 10 de agosto de 2007 (sustentando a tese de que o desaparecimento forçado de pessoas é delito permanente, sendo exceção ao princípio da irretroatividade da lei penal, merecendo observância as obrigações dos Estados concernentes aos tratados de direitos humanos, ainda que inexista legislação interna sobre a matéria); c) sentença da Corte Suprema dde Justiça do Paraguai de 05 de maio de 2008; d)

sentença da Corte Suprema de Justiça da Argentina de 02 de novembro de 1995 (apontando às consequências do "jus cogens" em relação aos crimes contra a humanidade).

Para este estudo, todavia, a análise do controle de convencionalidade exercido pelas Cortes latino-americanas será concentrada no estudo de casos envolvendo a jurisprudência da Corte Suprema de Justiça Argentina e do Supremo Tribunal Federal do Brasil. Três são os fatores a justificar este 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.

3.2.1. Argentina

Com relação às decisões judiciais proferidas pela Corte Suprema de Justiça Argentina, até novembro de 2009, constatou-se um significativo universo de 42 decisões que conferem aplicação doméstica aos tratados de direitos humanos, em especial aos dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos, aplicando a jurisprudência da Corte Interamericana. Estas decisões podem ser classificadas à luz da tipologia adotada para a jurisprudência da Corte, compreendendo casos que: a) remontam ao legado do regime militar; b) invalidam leis de anistia (lei de obediência devida e do ponto final); c) tratam do fortalecimento do Estado de Direito e de suas instituições; d) protegem direitos de grupos vulneráveis (por exemplo, decisões sobre povos indígenas); e e) protegem direitos sociais (por exemplo, decisões em matéria previdenciária).

A jurisprudência desenvolvida pela Corte Suprema de Justiça Argentina expressamente reconhece que: "a jurisprudência da Corte Interamericana deve servir de guia para a interpretação dos preceitos convencionais, sendo uma imprescindível diretriz de interpretação dos deveres e das obrigações decorrentes da Convenção Americana."[34]

[34] Ver casos Giroldi H. s/recurso de casación, CSJN, julgados: 318:514 (1995); Acosta, Claudia Beatriz y otros/habeas corpus, CSJN, julgados 321:3555 (1998); e Simon, Julio Hector y otros s/privación ilegítima de libertad, CSJN, julgados, S.17768, XXXVIII, (2005).

No entender do ministro Eugenio Raúl Zaffaroni da Corte Suprema de Justiça Argentina[35], isto 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. Em sua avaliação, o impacto de tal mudança foi extraordinário no sentido de fomentar a Corte Suprema a adotar desde então (1994) a normatividade internacional e sua jurisprudência, o que irradiou amplo impacto em todo Poder Judiciário e na cultura jurídica argentina. Portanto, no caso argentino, desde 1994 há a crescente abertura à ordem internacional e aos seus parâmetros protetivos. Observe-se, ademais, que a Argentina ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos e reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana em 1984, sendo que a primeira sentença proferida pela Corte em face da Argentina foi em 1995.

3.2.2. Brasil

Desde o processo de democratização do país e em particular a partir da Constituição Federal de 1988, os mais importantes tratados internacionais de proteção dos direitos humanos foram ratificados pelo Brasil. O pós-1988 apresenta a mais vasta produção normativa de direitos humanos de toda a história legislativa brasileira. A maior parte das normas de proteção aos direitos humanos foi elaborada após a Constituição de 1988, em sua decorrência e sob a sua inspiração. A Constituição de 1988 celebra a reinvenção do marco jurídico normativo brasileiro no campo da proteção dos direitos humanos.

Embora a Constituição de 1988 seja exemplar na tutela dos direitos humanos e tenha introduzido avanços extraordinários para sua proteção, acabou por confiar a guarda do texto ao antigo Supremo Tribunal Federal, marcado até então por uma ótica acentuadamente privatista e por uma herança jurisprudencial de tempos ditatoriais. Vale dizer, a justiça de transição no Brasil foi incapaz de fomentar reformas institucionais profundas, a culminar, por exemplo, na criação de uma Corte Constitucional, como ocorreu em outros países (cite-se, a título ilustrativo, a Colômbia, a África do Sul, dentre outros).

[35] A respeito, ver palestra proferida pelo ministro Zaffaroni no seminário "Incorporação dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos", na Câmara dos Deputados, em Brasília, em 11 de junho de 2008, em painel compartilhado por esta autora.

Na experiência brasileira ainda persiste a polêmica a respeito da hierarquia dos tratados de direitos humanos no âmbito interno. Em 03 de dezembro de 2008, ao julgar o Recurso Extraordinário 466.343, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, convergiu em conferir aos tratados de direitos humanos um regime especial e diferenciado, distinto do regime jurídico aplicável aos tratados tradicionais. Rompeu, assim, com a jurisprudência anterior, que, desde 1977, por mais de três décadas, parificava tratados internacionais às leis ordinárias, mitigando e desconsiderando a força jurídica dos tratados internacionais. Tal paridade curiosamente operava sempre em favor da prevalência da lei: lei poderia revogar tratado, mas não ser revogada por ele.

Todavia, ainda que o Supremo Tribunal Federal tenha convergido em atribuir um *status* privilegiado aos tratados de direitos humanos, divergiu no que se refere especificamente à hierarquia a ser atribuída a estes tratados, remanescendo dividido entre a tese da supra-legalidade (a ordem jurídica como uma pirâmide em que a Constituição assume o ponto mais elevado) e a tese da constitucionalidade dos tratados de direitos humanos (a ordem jurídica como um trapézio em que a Constituição e os tratados de direitos humanos assumem o ponto mais elevado), sendo a primeira tese a majoritária[36].

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 da convencionalidade das leis.

Escassa ainda é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que implementa a jurisprudência da Corte Interamericana, destacando-se, até novembro de 2009, apenas e tão somente dois casos: a) um relativo ao direito do estrangeiro detido de ser informado sobre a assistência consultar como parte do devido processo legal criminal, com base na Opinião Consultiva

[36] Com efeito, a partir do julgamento do Recurso Extraordinário 466.343, em 03 de dezembro de 2008, a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal encontra-se dividida entre a tese majoritária que confere aos tratados de direitos humanos hierarquia infra-constitucional, mas supra-legal (5 votos) e a tese que confere aos tratados de direitos humanos hierarquia constitucional (4 votos), nos termos do artigo 5º, parágrafos 2º e 3º da Constituição Federal. Esta autora defende a tese da hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos à luz de uma interpretação sistemática e teleológica da Constituição, considerando a racionalidade e integridade valorativa da Constituição de 1988. A respeito, ver Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 13a edição, São Paulo, ed. Saraiva, 2012, p. 107-145.

da Corte Interamericana n. 16 de 1999[37]; e b) outro caso relativo ao fim da exigência de diploma para a profissão de jornalista, com fundamento no direito à informação e na liberdade de expressão, à luz da Opinião Consultiva da Corte Interamericana n. 5 de 1985[38]. Levantamento realizado acerca das decisões do Supremo Tribunal Federal baseadas em precedentes judiciais de órgãos internacionais e estrangeiros, aponta que 80 casos aludem à jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, ao passo que 58 casos aludem à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha[39] – enquanto que, reitere-se, apenas 2 casos remetam à jurisprudência da Corte Interamericana.

Apenas são localizados julgados que remetem à incidência de dispositivos da Convenção Americana – neste sentido, foram localizados 79 acórdãos versando sobre: prisão do depositário infiel; duplo grau de jurisdição; uso de algemas; individualização da pena; presunção de inocência; direito de recorrer em liberdade; razoável duração do processo; dentre outros temas especialmente afetos ao garantismo penal. Como analisa Virgilio Afonso da Silva: "a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é altamente permeável a argumentos utilizados em alguns Tribunais de outros países, mas ignora por completo a jurisprudência dos Tribunais vizinhos"[40], tendo a jurisprudência da Corte Interamericana ainda reduzida ressonância no âmbito interno.

Observe-se que diversamente da Argentina (que ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos e reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana em 1984, sendo que a primeira sentença proferida pela Corte em face da Argentina foi em 1995), o Brasil apenas aderiu à Convenção Americana em 1992, tendo reconhecido a jurisdição da Corte em 1998 – ainda, a primeira sentença condenatória proferida pela Corte em face do Brasil (caso Damião Ximenez Lopes) é datada de julho de 2006.

[37] Ver decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 2006, na Extradição n.954/2006.
[38] Ver decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 2009, no RE 511961.
[39] Ver Virgilio Afonso da Silva, Integração e Diálogo Constitucional na América do Sul, In: Armin Von Bogdandy, Flavia Piovesan e Mariela Morales Antoniazzi (coord.), Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul, Rio de Janeiro, ed. Lúmen Júris, 2010, p. 529.
[40] Ver Virgilio Afonso da Silva, Integração e Diálogo Constitucional na América do Sul, In: Armin Von Bogdandy, Flavia Piovesan e Mariela Morales Antoniazzi (coord.), Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul, Rio de Janeiro, ed. Lúmen Júris, 2010, p. 530.

4. Controle de convencionalidade e Diálogo entre Jurisdições: Desafios para o *ius commune* latino-americano em matéria de direitos humanos

A fim de avançar no diálogo jurisdicional regional e constitucional, fortalecendo a proteção dos direitos humanos, mediante o controle da convencionalidade exercido tanto pela Corte Interamericana, como pelas Cortes latino-americanas, destacam-se 7 desafios centrais para o *ius commune* latino-americano:

1) Promover a ampla ratificação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos da ONU e da OEA

Com a democratização na região sul-americana, os Estados passaram a ratificar os principais tratados de direitos humanos. Ao longo dos regimes autoritários ditatoriais, os direitos humanos eram concebidos como uma agenda contra o Estado; apenas com a democratização, é que passaram a ser incorporados na agenda estatal, sendo criada uma institucionalidade inspirada nos direitos humanos (compreendendo a adoção de Programas Nacionais de Direitos Humanos, Secretarias especiais, Ministérios e Comissões em casas do poder Legislativo em diversos Estados latino-americanos). Emerge a concepção de que os direitos humanos são um componente essencial ao fortalecimento da democracia e do Estado de Direito na região.

Ao compartilhar desta base consensual, os Estados latino-americanos estariam a aceitar o mesmo piso protetivo mínimo no campo da proteção de direitos humanos, o que se converte em um ponto de partida para a composição de um *"ius commune".*

2) Fortalecer a incorporação dos tratados de direitos humanos com um *status* privilegiado na ordem jurídica doméstica

O constitucionalismo sul-americano tem se caracterizado por contemplar cláusulas constitucionais abertas a fomentar o diálogo constitucional-internacional, bem como a recepção privilegiada de tratados de direitos humanos na ordem doméstica.

É neste contexto — marcado pela tendência de Constituições latino-americanas em assegurar um tratamento especial e diferenciado aos direitos e garantias internacionalmente consagrados — que se insere o desafio de encorajar todos os textos constitucionais latino-americanos a incluírem cláusulas abertas a conferir aos tratados de direitos humanos *status* hierárquico constitucional.

Faz-se fundamental transitar da pirâmide jurídica hermética fundada no *State approach* para a permeabilidade do trapézio jurídico fundado no *Human rights approach.*

A emergência deste novo paradigma demanda o desafio de projetar uma nova visão do Direito, o que requer profundas transformações no ensino jurídico, na metodologia jurídica e na pesquisa.

3) Fomentar uma cultura jurídica orientada pelo controle da convencionalidade

Além da ratificação de tratados de direitos humanos, a serem recepcionados de forma privilegiada pela ordem jurídica local, fundamental é transformar a cultura jurídica tradicional, por vezes refratária e resistente ao Direito Internacional, a fim de que realize o controle de convencionalidade. Sobre o tema, instigante estudo de Néstor P. Sagues, acerca da "Situación (en los Tribunales nacionales) de la Doctrina del Control de Convencionalidad en el Sistema Interamericano"[41], propõe uma classificação baseada em 4 categorias de controle de convencionalidade: a) admissão expressa (com destaque à Argentina); b) admissão tácita (com destaque à Costa Rica, Peru, Chile, El Salvador e Bolivia); c) silêncio (com destaque ao Equador, Brasil, México e Colômbia); e d) negação tácita (com destaque ao grave caso venezuelano, em que a Sala Constitucional do Tribunal Supremo de Justiça declarou não executável uma sentença da Corte Interamericana, encorajando o poder Executivo a retirar-se da Convenção Americana de Direitos Humanos, em 18 de dezembro de 2008 {caso "Apitz Barbera"}).

O pressuposto básico para a existência do controle de convencionalidade é a hierarquia diferenciada dos instrumentos internacionais de direitos humanos em relação à legalidade ordinária. A isto se soma o argumento de que, quando um Estado ratifica um tratado, todos os órgãos do poder estatal a ele se vinculam, compromentendo-se a cumpri-lo de boa fé.

Como enfatiza a Corte Interamericana:

> Quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que lhes obriga a zelar para que os efeitos dos dispositivos da Convenção não se vejam mitigados pela aplicação de leis contrárias a seu objeto, e

[41] Ver "Situación (en los Tribunales nacionales) de la Doctrina del Control de Convencionalidad en el Sistema Interamericano", encuesta realizada por Néstor P. Sagués, noviembre de 2010. Este estudo foi apresentado no simpósio "Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un *ius comune* latinoamericano", no Max-Planck-Institute, em Heidelberg, em 25 de novembro de 2010.

> que desde o início carecem de efeitos jurídicos. (...) o poder Judiciário deve exercer uma espécie de "controle da convencionalidade das leis" entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.[42]

O controle de convencionalidade contribuirá para que se implemente no âmbito doméstico os standards, princípios, normatividade e jurisprudência internacional em matéria de direitos humanos. Também essencial é assegurar que as sentenças internacionais condenatórias de Estados sejam obrigatórias e diretamente executáveis no âmbito doméstico.

4) Fomentar programas de capacitação para que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário apliquem os parâmetros protetivos internacionais em matéria de direitos humanos

A transformação da cultura jurídica requer a realização de programas de capacitação endereçados aos agentes públicos dos diversos poderes, a fim de que os instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, a principiologia específica aplicável a estes direitos e a jurisprudência protetiva internacional convertam-se em referência e parâmetros a guiar a conduta de tais agentes.

A elaboração de normas, a adoção de políticas públicas e a formulação de decisões judiciais devem louvar o princípio da boa fé no âmbito internacional, buscando sempre harmonizar a ordem doméstica à luz dos parâmetros protetivos mínimos assegurados na ordem internacional no campo dos direitos humanos.

5) Dinamizar o diálogo entre os sistemas regionais objetivando seu fortalecimento

[42] Ver caso Almonacid Arellano and others vs. Chile. Judgment of 26 September 2006. A título ilustrativo, em 24 de novembro de 2010, no caso Gomes Lund e outros *versus* Brasil, a Corte Interamericana entendeu que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 153, em 29 de abril de 2010 -- que manteve a interpretação de que a lei de anistia de 1979 teria assegurado anistia ampla, geral e irrestrita, alcançando tanto as vítimas como os algozes -- afeta o dever internacional do Estado de investigar e punir graves violações a direitos humanos, afrontando, ainda, o dever de harmonizar a ordem interna à luz dos parâmetros da Convenção Americana. Concluiu a Corte que "não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado brasileiro", tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da lei de anistia sem considerar as obrigações internacionais do Brasil decorrentes do Direito Internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 1, 2, 8 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Fortalecer o diálogo entre os sistemas regionais interamericano e europeu surge como especial estratégia para o aprimoramento mútuo dos sistemas regionais.

A partir do diálogo inter-regional será possível identificar as fortalezas, potencialidades, bem como as debilidades e limitações de cada sistema, permitindo intercâmbios voltados ao refinamento de cada sistema. Verifica-se o crescente diálogo entre os sistemas, com referências jurisprudências recíprocas, culminando nos processos de "interamericanização" do sistema europeu e "europeização" do sistema interamericano, na medida em que as agendas de violação de direitos humanos – ainda que diversas – passam a apresentar similitudes. A título ilustrativo, cabe menção aos graves casos de violação de direitos humanos decorrentes da inserção dos países do leste europeu no sistema europeu – cuja jurisprudência alude aos paradigmáticos casos julgados pelo sistema interamericano envolvendo graves violações de direitos. Por sua vez, o sistema interamericano passa a enfrentar temas inovadores, como é o caso da primeira sentença proferida pela Corte Interamericana em caso envolvendo discriminação por orientação sexual (caso Atala Riffo y hijas *versus* Chile, sentença de 24 de fevereiro de 2012) – temática enfrentada pelo sistema europeu desde a década de 80.

6) Aprimorar os mecanismos de implementação das decisões internacionais no âmbito interno

Para Antonio Augusto Cançado Trindade: *"O futuro do sistema internacional de proteção dos direitos humanos está condicionado aos mecanismos nacionais de implementação."*

Com efeito, faz-se fundamental aprimorar os mecanismos de implementação das decisões internacionais no âmbito doméstico, seja assegurando-lhes eficácia direta e imediata no plano interno, seja reforçando a capacidade fiscalizadora e sancionatória dos sistemas regionais.

7) Dinamizar o diálogo horizontal entre as jurisdições constitucionais

Identificar as *best practices* regionais organizando e sistematizando um repertório de decisões emblemáticas em matéria de direitos humanos no âmbito latino-americano surge como relevante medida para fortalecer o controle de convencionalidade e o *ius commune* regional em matéria de direitos humanos.

Para Julie Allard e Antoine Garapon (Os Juízes na Mundialização), *"o comércio entre os juizes vai-se intensificando, impelidos por um sentimento ou consciência crescente de um patrimônio*

democrático ou civilizacional comum. Os juizes afirmam-se como agentes de primeiro plano na mundialização do direito em uma sociedade de tribunais".

A abertura da ordem local ao diálogo horizontal com outras jurisdições e ao diálogo vertical com jurisdições supra-nacionais é condição, requisito e pressuposto para a formação de um *ius commune* em matéria de direitos sociais.

De um lado, é essencial que os sistemas latino-americanos possam enriquecer-se mutuamente, por meio de empréstimos constitucionais e intercâmbio de experiências, argumentos, conceitos e princípios vocacionados à proteção dos direitos humanos. Por outro lado, a abertura das ordens locais aos parâmetros protetivos mínimos fixados pela ordem global e regional, mediante a incorporação de princípios, jurisprudência e *standards* protetivos internacionais, é fator a dinamizar a pavimentação de um *ius commune* em direitos humanos na região.

Para a criação de um *ius commune* fundamental é avançar na interação entre as esferas global, regional e local, potencializando o impacto entre elas, mediante o fortalecimento do controle da convencionalidade e do diálogo entre jurisdições, sob a perspectiva emancipatória dos direitos humanos.