

ano 16 - n. 66 | outubro/dezembro - 2016
Belo Horizonte | p. 1-290 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v16i66
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
**ROMEU FELIPE
BACELLAR**

© 2016 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15ª andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo &
Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar.
2003) – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada
pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2016, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- *Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diálogo entre tribunais e proteção de direitos humanos: dificuldades e perspectivas

Dialogue between courts and the protection of human rights: difficulties and perspectives

Gustavo Ferreira Santos*

Universidade Católica de Pernambuco (Pernambuco, Brasil)
gustavasantos@pq.cnpq.br

João Paulo Allain Teixeira**

Universidade Católica de Pernambuco (Pernambuco, Brasil)
jpallain@hotmail.com

Marcelo Labanca Corrêa de Araújo***

Universidade Católica de Pernambuco (Pernambuco, Brasil)
marcelolabanca@outlook.com

Recebido/Received: 22.09.2015 / September 22nd, 2015

Aprovado/Approved: 13.05.2016 / May 13th, 2016

Como citar este artigo/*How to cite this article*: SANTOS, Gustavo Ferreira; TEIXEIRA, João Paulo Allain. Diálogo entre tribunais e proteção de direitos humanos: dificuldades e perspectivas. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 66, p. 267-282, out./dez. 2016. DOI: 10.21056/aec.v16i66.369.

- * Professor Adjunto de Direito Constitucional da Universidade Católica de Pernambuco (Recife-PE, Brasil). Professor Adjunto (licenciado) da Universidade Federal de Pernambuco. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, com Estágio Sênior na Universitat de València. Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq.
- ** Professor de Direito Constitucional da Universidade Católica de Pernambuco (Recife-PE, Brasil). Professor Adjunto da Universidade Federal de Pernambuco – Recife, Pernambuco, Brasil. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco.
- *** Professor de Direito Constitucional da Universidade Católica de Pernambuco (Recife-PE, Brasil). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, com Estágio Pós-Doutoral na Università di Pisa, Itália.

Resumo: Este artigo objetiva discutir a coordenação entre as atuações de órgãos judiciais nacionais e órgãos supranacionais ou internacionais de proteção de direitos humanos, a partir da ideia de diálogo entre tribunais. Demonstra que o crescimento de importância do intérprete e, portanto, do Judiciário tem bases comuns com o processo de internacionalização da proteção de direitos. A partir de um levantamento jurisprudencial, analisa o impacto nas decisões do Supremo Tribunal Federal da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Discute perspectivas no Brasil para um efetivo diálogo. Ressalta a necessidade de serem consideradas pelos tribunais nacionais, supranacionais e internacionais reciprocamente, em suas atividades, decisões de órgãos de níveis diversos.

Palavras-chave: Diálogo entre tribunais. Direitos humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tribunais internacionais.

Abstract: This article aims to discuss coordination between the actions of national courts and supranational or international organizations of human rights protection, from the idea of dialogue between courts. It shows that the growth of importance of the interpreter and therefore the judiciary has common ground with the process of internationalization of rights protection. From a jurisprudential survey analyzes the impact on the decisions of the Supreme Court of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. Discusses perspectives in Brazil for an effective dialogue. Emphasizes the need to be considered by national courts, supranational and international, in their activities, decisions of other organs at various levels, conversely.

Keywords: Dialogue between courts. Human rights. Inter-American Court of Human Rights. International courts.

Sumário: Introdução – **1** Constitucionalismo e garantia judicial da Constituição – **2** A proteção dos direitos humanos para além do Estado nacional – **3** Viabilizando as condições para um diálogo entre órgãos de garantia de direitos – Considerações finais – Referências

Introdução

A garantia de direitos humanos por órgãos judiciais caracteriza os Estados constitucionais contemporâneos. O século XX conheceu traumáticas experiências totalitárias ou autoritárias em países que já tinham certo histórico de declaração de direitos. O constitucionalismo em sua versão mais forte, surgido na Europa após a Segunda Guerra Mundial, dá centralidade à questão da aplicação eficaz da Constituição, sendo a garantia judicial um dos mais importantes instrumentos para isso.

O mesmo processo histórico levou à busca da construção de sistemas supranacionais ou internacionais de garantia de direitos humanos. A partir da constatação da insuficiência da garantia nacional, foram construídas instituições regionais e globais especialmente desenhadas para o monitoramento do cumprimento de obrigações assumidas em documentos internacionais consagradores de direitos.

A atuação coordenada dos diferentes sistemas de garantia de direitos é, assim, um dos grandes desafios do nosso tempo. Não há, entre instituições internas e internacionais de garantia de direitos, relação hierárquica. No entanto, muitos direitos estão consagrados tanto nas constituições nacionais como nos documentos internacionais, sobrepondo-se possibilidades de controle, não podendo as instituições

responsáveis pela afirmação de cada documento desconhecer o trabalho das outras. Neste texto, propomos uma reflexão, de natureza exploratória, sobre possibilidades e entraves do diálogo, a partir da experiência brasileira.

Em uma primeira parte, discutimos as justificações teóricas abraçadas pelo constitucionalismo para uma garantia judicial da Constituição, ressaltando o processo de desconfiança da política e valorização do intérprete/aplicador. Logo depois, discutimos o processo que ocorreu em paralelo, mas fundado quase que exclusivamente nas mesmas razões, de internacionalização da proteção de direitos, demonstrando que ainda temos pouco conhecimento sobre a existência e o funcionamento desses sistemas supranacionais e internacionais. Por fim, discutimos a situação atual e as perspectivas de diálogo entre órgãos judiciais nacionais e órgãos supranacionais de proteção de direitos – mais especificamente tratando do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos.

1 Constitucionalismo e garantia judicial da Constituição

Vivemos a época histórica na qual mais fortemente o Direito Constitucional é destacado no rol das disciplinas jurídicas. O Estado constitucional é uma forma específica de organização política que tem em seu centro uma Constituição rígida, garantida por instituições desenhadas especificamente com essa finalidade.

Da Segunda Guerra aos nossos dias, tanto no plano internacional como no plano interno das democracias constitucionais, verificamos uma preocupação forte com a eficácia dos chamados direitos fundamentais. A preocupação não mais está concentrada na sua declaração, sua enunciação, mas com a sua eficácia, a efetiva observância de seus conteúdos.

Direitos fundamentais fazem parte do discurso político dominante no Ocidente desde as chamadas revoluções burguesas. Antes da independência das ex-colônias inglesas na América e da Revolução Francesa, vários fatos políticos, debates filosóficos ou textos literários incluíam conteúdos que seriam, nesses processos de ruptura, consagrados como direitos fundamentais. Alguns documentos adotados por sociedades políticas, inclusive, traziam já alguns elementos desses conteúdos. No entanto, faltava a tais conteúdos uma forma de declaração que claramente os reconhecesse como universais.

Com a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia e com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, a humanidade passa a uma nova fase da sua história política. Os direitos humanos/fundamentais faziam parte do próprio conteúdo do que entendiam os revolucionários como “constituição”. Lembrem-se que a declaração francesa, no seu art. 16, dizia que um país que não declara direitos e não separa poderes não tem uma constituição.

Horst Dippel¹ identifica na Carta da Virgínia os elementos que são caracterizadores do constitucionalismo moderno, a saber:

1. soberania popular;
2. princípios universais;
3. direitos humanos;
4. governo representativo;
5. supremacia constitucional;
6. separação de poderes;
7. governo limitado;
8. responsabilidade e sindicabilidade do governo;
9. imparcialidade e independência dos tribunais;
10. reconhecimento ao povo do direito de reformar o seu próprio governo e do poder de revisão da constituição.

O autor citado demonstra, em uma leitura das constituições europeias e das constituições dos estados norte-americanos do século XIX – o século da “constituição” –, que todas as constituições, a partir dali, foram feitas com referência nesse conteúdo, para afirmá-lo ou para negá-lo. Quando chegamos ao século XX, já tínhamos um certo acúmulo em matéria de declaração de direitos e, no início do século, avançamos mais, com a consagração de direitos econômicos, sociais e culturais.

Após as experiências totalitárias do nazifascismo e da Segunda Guerra, é notável uma preocupação maior com a efetividade dos direitos. Sob uma constituição consagradora de direitos fundamentais – a Constituição da Weimar – a Alemanha viu ser gestada e desenvolvida uma concepção política negadora de direitos fundamentais, responsável por uma das mais cruéis páginas da história da humanidade. Parece-nos importante destacar que essa constatação leva a uma verdadeira revolução na teoria – no debate constitucional – e a um certo deslocamento do debate político para o Poder Judiciário.

A teoria constitucional orientada pela preocupação com a efetividade das normas aparece como uma complexa teia de conceitos. Ideias como eficácia horizontal de direitos, concordância prática e proporcionalidade marcam uma teoria dos direitos fundamentais dominante. Surgem novas técnicas interpretativas e, a partir delas, novas técnicas de decisão para conflitos sobre constitucionalidade.

O Poder Judiciário transformou-se em um agente político central porque assumiu novas tarefas, já que a ele foi confiado um papel de garantidor da aplicação da Constituição, na maioria dos estados democráticos.² O processo de mudança no debate constitucional vai alimentando a máquina judicial, que, aos poucos, se agiganta. O

¹ DIPPEL, Horst. *História do Constitucionalismo Moderno*. Novas Perspectivas. Lisboa: Calouste. Gulbenkian, 2007.

² SANTOS, Gustavo Ferreira. *Neoconstitucionalismo, Poder Judiciário e Direitos Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 78.

intérprete privilegiado da Constituição tem uma posição de destaque nesse desenho institucional.

2 A proteção dos direitos humanos para além do Estado nacional

2.1 As bases para uma comunidade internacional fundada no reconhecimento de direitos

O discurso político ocidental que dá destaque à ideia de “direitos humanos” toma estes como universais. O homem é, por sua condição humana, titular de direitos, existindo, assim, direitos que o ser humano titulariza, independentemente de sua condição social, do tempo ou do espaço.

Um caminho que o mundo também toma após o trauma da Segunda Guerra e que se sustenta na ideia de universalidade é o da internacionalização da proteção de direitos. Esse processo parte da constatação de que aqueles conteúdos das declarações de direitos são importantes demais para ficarem à mercê da decisão arbitrária de um Estado nacional. Durante o século XX, declarações e pactos foram elaborados, instituições internacionais e supranacionais foram construídas com o objetivo de garantir a afirmação dos direitos humanos.

Para viabilizar a efetividade desses direitos, apostou-se, também, em instituições internacionais que emulam os judiciários nacionais. São verdadeiras cortes, responsáveis por aplicar uma normatividade que só vem crescendo. Interessam-nos neste artigo as estruturas criadas diretamente com o objetivo de garantia de direitos humanos. Podemos falar em um sistema global de proteção de direitos humanos e em sistemas regionais de proteção de direitos humanos.

Esses últimos, até por uma facilidade que decorre do fato de que as regiões são menos complexas do que o planeta, avançaram bem mais. Basicamente, falamos em sistemas europeu, interamericano e africano de proteção de direitos humanos. Tais sistemas vivem em etapas muito distintas de desenvolvimento, sendo a experiência europeia a que mais avançou.

O processo narrado no item anterior, de transferência ao intérprete da Constituição de um amplo poder de decisão sobre temas políticos, dando destaque, portanto, ao Judiciário, intérprete privilegiado em sistemas com controle judicial da constitucionalidade, aprofunda a tensão entre constitucionalismo e democracia. Um número maior de questões de interesse público e sobre as quais a sociedade diverge sai do espaço no qual a decisão majoritária determina, passando a ser objeto de decisão de um tribunal. Nesse desenho no qual parte da garantia de conteúdo de direitos é transferida para órgãos supranacionais, a questão do déficit democrático é

ainda mais grave do que aquela que envolve a transferência de poderes para órgãos nacionais.

O Uruguai viveu uma experiência que merece registro, de tensão entre a decisão democrática direta e a decisão de órgão supranacional. Superada a ditadura que se abateu sobre o país de 1973 a 1985, foi editada uma lei de anistia, em 1986, que foi referendada em uma consulta popular direta, em 1989. Posteriormente, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 2011, julgando o caso *Gelman*, considerou não aplicável a lei, por violar o dever de proteção de direitos humanos ao qual, pela Convenção Americana de Direitos Humanos, o Uruguai está vinculado.³

2.2 Sistemas global e regional de proteção de direitos humanos, esses ilustres desconhecidos

A transferência de poderes de controle para instituições supranacionais corresponde, no plano externo, ao processo de transferência de poderes a instituições judiciais, no plano interno. Os dois movimentos têm origens comuns: preocupações quanto aos limites da política na garantia de posições que a humanidade, há muito, vem consolidando como uma necessidade de se proteger.

Pois bem. Nos últimos anos, torna-se evidente que o debate constitucional complexo não está adstrito à interpretação a aplicação da Constituição do Estado nacional. Assim, também não está reservado aos tribunais constitucionais ou congêneres. Mas, para além do espaço nacional, precisam ser considerados vários documentos internacionais.

A Europa – com um sistema de proteção de direitos humanos muito aberto aos pleitos dos cidadãos e com muitos poderes – avançou sobremaneira na aplicação dos direitos humanos pelas instituições supranacionais no plano nacional. Os indivíduos não estão mais presos às leituras que as instituições nacionais fazem do conteúdo dos direitos humanos. Não é possível mais falar em um debate nacional sobre conteúdo do catálogo de direitos fundamentais da Constituição que não seja constrangido pelas interpretações levadas a cabo pela Corte Europeia de Direitos Humanos sobre o conteúdo dos direitos consagrados na Convenção Europeia de Direitos Humanos. Os sistemas interamericano e africano, apesar de em estágios distintos, estão ainda longe de atingir o grau satisfatório de eficácia.

O sistema regional de proteção de direitos ao qual estamos submetidos – sistema interamericano de direitos humanos – vem se afirmando paulatinamente e a sua Corte tomando decisões importantes. Muitos países já incorporam as decisões da Corte Interamericana no debate constitucional nacional.

³ RINCÓN-COVELLI, Tatiana. El derecho internacional de los derechos humanos: ¿límite o elemento constitutivo de la democracia? –A propósito de la transición uruguaya a la democracia–. *Revista Estudios Socio-jurídicos*, Mexico, v. 2, p.71-106, 2012.

Apesar de já termos ratificado o Pacto de San José da Costa Rica desde 1992 e reconhecermos a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos desde 1998 (Decreto Legislativo nº 89, de 3 de dezembro de 1998, e Decreto nº 4463, de 8 de novembro de 2002), tem sido notado pouco impacto das decisões da Corte no debate constitucional nacional.

Aliás, ainda é pouco o conhecimento que temos, aqui no Brasil, do que ocorre nos países vizinhos. A academia brasileira pouco dialoga com as congêneres dos países latino-americanos – e na área jurídica o problema é grave.

Um levantamento rápido feito por Virgílio Afonso da Silva⁴ em currículos de cursos de Direito de seis universidades públicas – UFRJ, UFRGS, UFPE, UnB, UERJ e USP – constatou que temas relativos à integração regional e ao sistema interamericano na proteção de direitos humanos não faziam parte de disciplinas obrigatórias. Quando apareciam alguns tópicos sobre o tema, estavam previstos nos programas de disciplinas eletivas.

Esse dado é importante para destacar que no ambiente de formação de nossos profissionais do Direito não são colocadas questões relativas ao sistema regional de proteção de direitos humanos. Esse silêncio na formação tem, necessariamente, consequências na prática dos profissionais, que continuam a agir como se os sistemas internacionais nada dissessem sobre as questões práticas nas quais atuam.

Em um levantamento em base de periódicos nacionais, no qual Virgílio colocou os descritores “corte interamericana” e “tribunal europeu”, encontrou mais artigos com temas sobre o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (54) do que sobre a nossa Corte Interamericana de Direitos Humanos (43).

Na jurisprudência do STF, o problema é bem maior. No trabalho citado, foi realizada uma busca na base de dados do STF, procurando referências à Corte Interamericana de Direitos Humanos, à Suprema Corte Argentina, aos Tribunais Constitucionais de Colômbia e Chile, à Suprema Corte norte-americana e ao Tribunal Constitucional Federal alemão. Não encontrou qualquer referência à jurisprudência da Corte regional ou dos tribunais nacionais dos países sul-americanos pesquisados. No entanto, localizou 80 citações da Suprema Corte norte-americana e 58 do Tribunal Constitucional Federal alemão.

⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales. Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 515-530. As informações estão em artigo publicado como capítulo de livro coletivo em 2010. No entanto, há nota no texto informando que tem por base apresentação oral feita em novembro de 2008. Supõe-se, assim, que o levantamento foi feito antes dessa data.

3 Viabilizando as condições para um diálogo entre órgãos de garantia de direitos

3.1 Os primeiros passos para um diálogo

De 2008, quando foi realizado o referido levantamento por Virgílio Afonso da Silva, aos dias de hoje, alguns passos importantes foram dados. Quanto às universidades, timidamente vemos um interesse maior dirigido à América Latina nos dois últimos anos. Esse interesse é mais focado na tentativa de conhecer o chamado “novo constitucionalismo latino-americano”.

Quanto ao diálogo entre órgãos judiciais nacionais e o Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos, uma decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 2010, lançou novas luzes sobre a sua atuação. É a decisão do “Caso Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia X Brasil)”.

Na decisão, a Corte entendeu que os crimes da ditadura no Brasil são crimes de lesa-humanidade e que a lei de anistia adotada no país ao final da ditadura não pode obstar a punição dos que cometeram esses crimes. Como o Supremo Tribunal Federal já tinha afirmado, em mais de um caso, a validade da lei de anistia, por considerá-la compatível com a Constituição, houve um início de debate sobre o poder da Corte Interamericana.

Muito reveladora é a reação que tiveram os ministros do Supremo Tribunal Federal no dia da divulgação do julgado da Corte Interamericana, ainda sob o choque da notícia sobre a decisão. Uma leitura de uma reportagem do jornal O Estado de São Paulo, de dezembro de 2010, dá uma noção do impacto imediato da decisão sobre eles:

O presidente do STF, Cezar Peluso, afirmou que a decisão do tribunal não muda em nada, mesmo após a sentença da Corte Interamericana. “Ela não revoga, não anula, não caça a decisão do Supremo”, disse. A decisão, acrescentou, provoca efeitos no campo da Convenção Americana de Direitos Humanos.

O ministro Marco Aurélio enfatizou que o governo brasileiro está submetido ao julgamento do Supremo e não poderia, em qualquer hipótese, afrontar a decisão do STF para cumprir a sentença da Corte Interamericana. “É uma decisão que pode surtir efeito ao leigo no campo moral, mas não implica cassação da decisão do STF”, disse. “Evidentemente que o governo brasileiro está submetido às instituições pátrias e às decisões do Supremo. E quando não prevalecer a decisão do Supremo, estaremos muito mal”.

Voto vencido no julgamento da Lei de Anistia, o ministro Carlos Ayres Britto concordou que prevalece a decisão do STF sobre a sentença da Corte Interamericana. Mas admitiu que o Brasil fica em posição delicada no âmbito internacional. “Isso é uma saia justa, um constrangimento para o País criado pelo poder que é o menos sujeito a esse tipo de vulnerabilidade (o Judiciário)”, disse.

(...)

Peluso argumentou que se alguém for processado e condenado pelos crimes anistiados, conforme entendimento do STF, poderá recorrer ao tribunal por meio de habeas corpus. E já adiantou qual deverá ser o resultado. “O Supremo vai conceder (o habeas corpus) na hora, na hora”, disse.⁵

Não deveria o posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos causar espanto a ninguém. Esse posicionamento já havia sido adotado pelo órgão em relação a outros países e era previsível que, caso a lei brasileira fosse analisada, a decisão seria nesse mesmo sentido. No entanto, fica evidente pela reação o quanto estão os ministros, naquele momento, distantes de entender ou de reconhecer o papel que tem, quanto a direitos fundamentais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Refazendo o referido levantamento sobre as citações pelo Supremo Tribunal Federal de julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos, encontramos, desta vez, vinte e duas decisões.⁶ A mais antiga delas é de 2008, ano do levantamento anteriormente citado. Em 2013, já é possível ver uma presença maior das referências: sete. Mas, em 2014, apenas uma ocorrência é encontrada. Uma das 22 decisões é a que trata da lei de anistia. Quatro dessas referências estão ligadas ao mesmo caso: uma ação penal e três agravos nela interpostos.

Algo digno de nota é o fato de que nas “observações” que acompanham as decisões do STF, as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos são incluídas em “decisões estrangeiras”. Quando, nas ementas, há uma referência expressa ao precedente do órgão supranacional, é dito que se trata de “direito comparado”. Assim, não é feita uma diferenciação qualitativa quanto ao tratamento dado à decisão do sistema de proteção de direitos humanos e às decisões de quaisquer tribunais estrangeiros citados.

3.2 Reconhecendo o desafio

Estamos longe, ainda, de assistir a um efetivo diálogo entre os sistemas, entre as cortes, mas precisamos discutir parâmetros para isso. Na linguagem comum, dialogar é “procurar entender-se [com outra(s) pessoa(s) ou outro(s) grupo(s)]”. Também é “trocar (interlocutores) opiniões, comentários etc., com alternância dos papéis de falante e ouvinte; conversar”.⁷ Nas palavras do poeta Carlos Drummond de Andrade, “Dialogar é dizer o que pensamos e suportar o que os outros pensam”.⁸

⁵ RECONDO, Felipe. *O Estadão*. São Paulo. 15 dez. 2010. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,stf-defende-lei-da-anistia-apos-decisao-sobre-araguaia,654094>>. Acesso em: 12 abr. 2015.

⁶ Utilizamos os mesmos descritores da pesquisa de Virgílio Afonso da Silva: “corte adj interamericana”. Resultam 25 decisões. No entanto, uma decisão em 2014 e duas decisões em 2013 citam o nome da Corte na justificativa de ausência de ministros que estavam na sua sede, na Costa Rica, participando de eventos.

⁷ HOUAISS, Antonio. *Grande Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

⁸ ANDRADE, Carlos Drummond de. *O avesso das coisas. Aforismos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1990

No caso do “diálogo entre tribunais”, a interlocução precisa estar refletida no texto. Ao decidir, uma instituição faz referência a outros órgãos, em outros sistemas, utilizando, para adotar ou refutar, argumentos que fundamentaram as decisões dos outros órgãos, em casos assemelhados. Assim, as instituições legitimam as suas missões reciprocamente, sem disputa de proeminência.

O argumento da soberania nacional, que está implícito na citada reação, retratada na mídia, dos ministros do STF à decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, não parece ir muito longe. Não é convincente. As decisões que levaram o Brasil a aderir à Convenção Americana de Direitos Humanos e submeter-se à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos são, também, decisões soberanas, tomadas por instituições executivas e legislativas legitimadas pela Constituição para isso.

Como sabemos, desde o texto originário, a Constituição de 1988 reservou um papel especial aos “tratados de direitos humanos”, consagrando a abertura do sistema para a incorporação de novos direitos por esse meio. Depois de uma controvérsia sobre o papel dos tratados em nosso ordenamento – que a maioria dos teóricos e a jurisprudência do STF diziam ter hierarquia infraconstitucional, a Emenda nº 45/2004 superou as discussões, afirmando que tratados de direitos humanos, incorporados por um procedimento especial, que tem exigências de aprovação semelhantes ao previsto para a aprovação de emendas constitucionais, teriam o mesmo *status* que as próprias normas constitucionais.

Precisamos, na aplicação da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos, reconhecer sua interdependência e criar condições para o diálogo entre os tribunais responsáveis por sua aplicação. Os direitos consagrados nos documentos supranacionais, como é o caso da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), são os mesmos direitos consagrados no catálogo constitucional de direitos fundamentais, com pequenas diferenças de redação ou de amplitude do catálogo. Assim, decisões do órgão máximo da jurisdição constitucional no país giram em torno de uma base textual igual ou muito parecida com aquela utilizada pelo órgão responsável pela aplicação do Pacto.

Não é razoável imaginar que o país viverá com interpretações incompatíveis de textos idênticos ou parecidos a ele aplicáveis pelos órgãos responsáveis por dar a última palavra sobre os textos do Pacto e da Constituição.

O “diálogo” entre instituições judiciais nacionais e internacionais vai além da mera submissão das instituições nacionais a vontades externas. É um verdadeiro processo de aproximação dos debates nacionais dos vários países que formam o sistema de proteção dos direitos humanos. Representa uma tentativa de aproximação dos padrões de decisão sobre conteúdos de direitos humanos que, como se pretendia na sua origem, são universais.

A mera superação do problema da inexistência de citação no STF de decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos não é suficiente. A mera citação não irá caracterizar, ainda, diálogo. Em muitos casos, a citação não representa uma comparação, mas, simplesmente, um uso ornamental ou de reforço da argumentação.⁹ No entanto, referir-se ao direito supranacional ou estrangeiro é um passo fundamental para que as condições para um diálogo se estabeleçam.

Os órgãos devem assumir o ônus de argumentar, quando da fundamentação de seus julgados, considerando os padrões decisórios, sobre a temática, dos outros órgãos envolvidos na afirmação de direitos. É importante que, quando se distanciam os posicionamentos, sejam marcadas as diferenças entre os casos decididos e entre as formas de decisão.

3.3 O chamado “controle de convencionalidade”

Com a adoção da Convenção Americana de Direitos Humanos pelos países do continente, esse texto passa a ser, também, parâmetro a ser considerado na análise da legitimidade dos atos normativos. Esse controle pode ser realizado tanto pelos órgãos criados no Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos como pelos órgãos judiciais nacionais.

Faz parte da própria sistemática dos tratados internacionais a necessidade de compatibilizar, na aplicação, dispositivos de direito interno e as obrigações assumidas pelo país em um documento internacional. O art. 27 da Convenção de Viena – que regula o direito dos tratados – estabelece que “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. Dessa forma, as instituições nacionais estão submetidas a um dever de conformação do direito interno ao tratado internacional ao qual o país aderiu, já que não podem se eximir do seu cumprimento sob a alegação de impedimento fixado por norma nacional.

A Convenção Americana de Direitos Humanos traz regra específica sobre o dever de conformação a ela do direito interno. O art. 1º da Convenção estabelece o compromisso dos países com o respeito aos direitos previstos em seu texto, enquanto o art. 2º fixa um dever de conformação do direito interno ao conteúdo do tratado:

Artigo 1º. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião,

⁹ VERGOTTINI, Giuseppe de. El diálogo entre tribunales. *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, v. 28, p.335-352, 2011.

opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Artigo 2º. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1º ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

Aplicando os dispositivos citados, a Corte Interamericana de Direitos Humanos entende que as normas nacionais incompatíveis com a Convenção são inválidas, fundamentando um controle de convencionalidade. Esse controle assemelha-se a um controle de constitucionalidade, mas tendo como parâmetro não a Constituição, e sim a Convenção.

3.4 O outro lado do diálogo: “a margem de apreciação nacional”

É fato que as instituições supranacionais trabalharão com problemas complexos, dadas as diferenças existentes entre os diversos países submetidos à sua jurisdição. Cada país tem uma cultura, uma história. São diferentes vivências dos mesmos enunciados de direitos humanos. Sobre isso, diz Dieter Grimm¹⁰ que, se é verdade que há direitos reconhecidos aos homens independentemente da sua condição social, do tempo ou do espaço, também é verdade que o homem deve poder continuar vivendo a sua vida e suas orientações valorativas forjadas na cultura de seu país de origem, independentemente do local do mundo onde ele estiver. Com isso, percebe-se que a tutela dos direitos oscila entre a planificação jurídica (o reconhecimento do algo comum entre as pessoas e o consequente tratamento igualitário de padrões jurídicos mundiais) e a valorização da diversidade (o reconhecimento das formas de vida e dos traços característicos referentes ao patrimônio jurídico-cultural de cada país).

Atuar tutelando direitos considerando essa complexidade não é, certamente, um problema exclusivo das instituições judiciais supranacionais. As instituições judiciais nacionais já trabalham, em países com razoável pluralismo interno, levando em conta essas possibilidades várias de expectativas quanto ao conteúdo dos direitos e têm o ônus de atuar tomando em consideração esse pluralismo.

A coordenação entre as atuações dos sistemas judiciais nacional e internacional não é responsabilidade apenas das instituições nacionais, mas, também, deve ser objeto de preocupação por parte dos órgãos do sistema regional de proteção de direitos humanos. Tais instituições precisam levar em conta, no momento decisório,

¹⁰ GRIMM, Dieter. Multiculturalidad y derechos fundamentales. In: DENNINGER, Erhard; GRIMM, Dieter. *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 53.

entendimentos já consolidados em debates nacionais sobre os temas submetidos à sua análise e as especificidades nacionais dos casos analisados.

Um dos mecanismos hoje utilizados para essa finalidade é a ideia de “margem de apreciação nacional”. Sob essa expressão, organismos regionais de proteção de direitos humanos admitem, em algum grau, uma margem de interpretação que as instituições nacionais têm na aplicação dos mecanismos previstos nos tratados de direitos humanos. Reconhecem que, em certas decisões, as autoridades nacionais estão mais aptas a apreciar as variáveis envolvidas no problema e decidir sobre a melhor medida a ser tomada, diante da falta de um entendimento sobre o tema compartilhado em toda a região.

Com tal mecanismo, a Corte faz uma autocontenção, deixando aos órgãos nacionais a definição segundo a experiência acumulada internamente sobre o tema. Evita, assim, criar tensão com órgãos nacionais, quando considera que não há acúmulo coletivo suficiente para dar uma resposta ao problema.

Há, no entanto, riscos de resultar o uso do instituto em baixa efetividade da atuação da Corte, já que, em algumas matérias, deixar às autoridades nacionais o delineamento de um direito fundamental pode significar a legitimação de aplicações incoerentes do mesmo direito em países submetidos ao mesmo sistema regional de proteção de direitos humanos.

Isso é, por exemplo, o que ocorre nas decisões de casos que envolvem o uso de símbolos religiosos. Há uma clara incoerência entre as decisões dos casos *Dahlab* e *Lautsi*, editadas pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Nos dois casos, o Tribunal aceitou as decisões nacionais. No primeiro, professora muçulmana suíça que foi proibida de dar aulas utilizando o véu de sua religião. No segundo, uma cidadã italiana que questionava o uso em escolas italianas do crucifixo. No caso *Dahlab*, o Tribunal entendeu que o uso do símbolo religioso pela professora “poderia” influenciar as crianças. No caso *Lautsi*, o Tribunal entendeu que não havia como provar que o crucifixo na parede da sala de aula influenciaria as crianças.¹¹

Além da própria autocontenção da Corte Internacional (quando atua de cima pra baixo, deixando temas para serem decididos pelas instâncias nacionais), a própria “margem de apreciação nacional” pode ser reforçada também “de baixo pra cima” (quando as Cortes nacionais impõem um limite àqueles limites estabelecidos pelos ordenamentos internacionais aos ordenamentos nacionais). Ou seja, quando as Cortes nacionais ampliam a margem de apreciação nacional, controlando as diretrizes internacionais a partir de aspectos do patrimônio jurídico local.

¹¹ SOLAR CAYÓN, José Ignacio. *Lautsi contra Italia: sobre la libertad religiosa y los deberes de neutralidad y imparcialidad del Estado. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Valencia, n. 23, p. 566-586, 2011, p. 583.

Na Itália, esse debate vem sendo travado, no sentido de uma desconstrução da tensão opositiva (entre a primazia do ordenamento da União Europeia em detrimento dos ordenamentos nacionais) para a construção de necessária e “amena” coexistência entre os ordenamentos, já que direito da União Europeia potencializa a igualdade dos Estados frente aos tratados, com indicativo de fortalecimento do respeito às identidades nacionais. Desta forma, a chamada margem de apreciação nacional termina sendo apoiada pela teoria do “controlimiti”, expressão italiana representativa da identificação, por parte das Cortes nacionais, dos limites à aplicação do direito da União Europeia dentro dos Estados-membros nacionais. Para Silvio Gambino,¹² o *controlimiti* fortalece o diálogo entre Cortes. Veja-se:

é plenamente confirmada aquela já mencionada interpretação, segundo a qual os “controlimiti” não são mais considerados como “um rígido muro entre os ordenamentos”, mas sim como “o ponto de junção, a dobradiça das relações entre U.E. e Estados-membros”. Desta forma, os “controlimiti” transformam-se em um elemento positivo e dinâmico de integração entre os ordenamentos, com os quais os juízes dos dois sistemas poderão reconstruir melhor e de forma mais eficaz o diálogo necessário entre as Cortes (e as respostas às suas recomendações) a partir de uma interessante circulação de jurisprudência que terá como contrapartida o nível mais elevado de proteção, de acordo com o caso concreto. Exerce-se, portanto, “uma aplicação *pro individuo* do standard de tutela comunitária ou nacional” (A. Celotto).

Portanto, a chamada margem de apreciação nacional não pode ser encarada como um obstáculo ao diálogo (em razão da reafirmação do direito interno em detrimento do externo), mas, ao revés, constitui-se em mais um elemento na identificação daquilo que pode ser universalizável e do que, ao revés, deve ser reconhecido como algo peculiar a uma dada comunidade jurídica nacional.

Considerações finais

Não haverá solução unilateral, que passe pela afirmação exclusiva de um único sistema. Por um lado, o discurso da soberania nacional é frágil, diante do reconhecimento crescente de que há um patrimônio valorativo comum à humanidade – evidentemente com conteúdo em disputa – que não pode ser deixado aos cuidados apenas dos judiciários nacionais. Por outro lado, o discurso universalista mais radical é pouco convincente, diante de diferentes entendimentos sobre o conteúdo desses valores

¹² GAMBINO, Silvio. Os Direitos Fundamentais na Europa. In: ARAÚJO, Marcelo Labanca C. de; ROMBOLI, Roberto. *Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Arraes, 2015, p. 479 e 481.

e de especificidades nacionais que precisam ser consideradas, em diversos temas que estão ligados a debates sobre direitos humanos.

É necessário criar condições para uma ação coordenada entre os órgãos. É preciso que eles se considerem reciprocamente, quando da fundamentação de suas decisões.

Aparentemente, a intensificação, a partir de 2010, das referências à Corte Interamericana de Direitos Humanos nas decisões do Supremo Tribunal Federal mostra uma influência da decisão do caso “Gomes Lund”, que envolvia o Brasil e se chocava com o posicionamento de nossa Corte, por chamar a atenção dos ministros para a existência do órgão do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos. Essa hipótese não se confirma quando da leitura das decisões. Em 2013, ano de maior número de ocorrências de referências, das sete decisões que citam a Corte, três são agravos, portanto desdobramentos de uma ação penal, julgada em ano anterior, em 2012, na qual já havia referência à Corte. Em 2012, foram apenas duas referências. Em 2014,¹³ apenas uma.

Os números ainda denunciam o modesto espaço que a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos tem na solução de problemas no direito interno. Há, ainda, muito que avançarmos para que os sistemas interno e internacional de proteção de direitos efetivamente dialoguem. Mas já há certas condições favoráveis a isso.

O chamado “controle de convencionalidade” feito por órgãos judiciais nacionais tem por consequência a produção de um discurso, no debate jurídico interno, sobre os conteúdos dos documentos internacionais que sustentam sistemas de proteção de direitos humanos. No caso brasileiro, introduz a Convenção Americana de Direitos Humanos na pauta de preocupação de juristas e autoridades. Para essa aplicação, não é possível desconhecer padrões decisórios adotados pela Corte responsável pela garantia da Convenção. Assim, torna-se uma engrenagem fundamental para o diálogo entre os sistemas.

Do lado dos órgãos de sistemas internacionais ou supranacionais de proteção de direitos, é importante o reconhecimento de que certas decisões precisam ser feitas pelas autoridades nacionais ou com padrões construídos nacionalmente. A ideia de que há uma “margem de apreciação nacional” comporta uma postura de diálogo, já que representa uma autocontenção que reforça a legitimidade dos outros órgãos igualmente instituídos para a garantia de direitos. O importante no tema é reforçar a necessidade do mútuo reconhecimento entre os sistemas que resulta em recíproca legitimação.

¹³ Como demoram as publicações de decisões no Supremo Tribunal Federal, ainda é possível que decisões tomadas em 2014 e que tenham referência ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos sejam publicadas no decorrer do ano de 2015.

Referências

- ANDRADE, Carlos Drummond de. *O avesso das coisas*. Aforismos. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1990
- BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/DO678.htm>. Acesso em: 19 mar. 2015.
- BRASIL. Decreto Legislativo nº 89, de 3 de dezembro de 1998. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=150844>>. Acesso em: 17 maio 2015.
- BRASIL. Decreto nº 4463, de 8 de novembro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4463.htm>. Acesso em: 17 maio 2015.
- DIPPEL, Horst. *História do Constitucionalismo Moderno*. Novas Perspectivas. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007.
- GAMBINO, Silvio. Os Direitos Fundamentais na Europa. In: ARAÚJO, Marcelo Labanca C. de; ROMBOLI, Roberto. *Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Arraes, 2015, p. 479 e 481.
- GRIMM, Dieter. Multiculturalidad y derechos fundamentales. In: DENNINGER, Erhard; GRIMM, Dieter. *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- HOUAISS, Antonio. *Grande Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br>>. Acesso em: 15 mar. 2015.
- RECONDO, Felipe. *O Estadão*. São Paulo. 15 dez. 2010. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,stf-defende-lei-da-anistia-apos-decisao-sobre-araguaia,654094>>. Acesso em: 12 abr. 2015.
- RINCÓN-COVELLI, Tatiana. El derecho internacional de los derechos humanos: ¿límite o elemento constitutivo de la democracia? –A propósito de la transición uruguaya a la democracia–. *Revista Estudios Socio-jurídicos*, Mexico, v. 2, p.71-106, 2012.
- SANTOS, Gustavo Ferreira. *Neoconstitucionalismo, Poder Judiciário e Direitos Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2011.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales. *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 515-530.
- SOLAR CAYÓN, José Ignacio. Lautsi contra Italia: sobre la libertad religiosa y los deberes de neutralidad y imparcialidad del Estado. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Valencia, n. 23, p.566-586, 2011.
- VERGOTTINI, Giuseppe de. El dialogo entre tribunales. *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, v. 28, p.335-352, 2011.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SANTOS, Gustavo Ferreira; TEIXEIRA, João Paulo Allain. Diálogo entre tribunais e proteção de direitos humanos: dificuldades e perspectivas. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 66, p. 267-282, out./dez. 2016. DOI: 10.21056/aec.v16i66.369.
