



HAL
open science

Justiças nacionais e sistemas regionais de proteção dos direitos humanos: o exemplo brasileiro à luz da experiência francesa

Kathia Martin-Chenut

► **To cite this version:**

Kathia Martin-Chenut. Justiças nacionais e sistemas regionais de proteção dos direitos humanos: o exemplo brasileiro à luz da experiência francesa. A. Cicco; M. E. Rocha; A. F. Velloso. O direito internacional na constituição. Estudos em homenagem ao Ministro Francisco Rezek, pp.341-374, 2014. hal-02159667

HAL Id: hal-02159667

<https://hal.science/hal-02159667>

Submitted on 28 Sep 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

(Para citar este artigo : MARTIN-CHENUT, Kathia, “« Justiças nacionais e sistemas regionais de proteção dos direitos humanos : o exemplo brasileiro à luz da experiência francesa » In CICCÒ, A., ROCHA, M.E., VELLOSO, A.F., *O direito internacional na constituição. Estudos em homenagem ao Ministro Francisco Rezek*, Sao Paulo : Saraiva, 2014, pp. 341-374)

Justiças nacionais e sistemas regionais de proteção dos direitos humanos: o exemplo brasileiro à luz da experiência francesa

Kathia Martin-Chenut¹

1. Introdução

A contribuição a esta obra em homenagem a Francisco Rezek é fruto de debates que travamos há mais de dez anos, iniciados quando da defesa da minha tese de doutorado na Universidade de Paris I (Panthéon-Sorbonne) e que tiveram continuidade no seio da Rede franco-brasileira sobre a Internacionalização do Direito que criamos em 2005 no *Collège de France* junto à Cátedra dirigida por Mireille Delmas-Marty².

A criação de redes ID (Internacionalização do Direito) no *Collège de France* teve como origem uma constatação: a internacionalização do direito não representa uma categoria estável ou estabilizada como o direito interno ou o direito internacional. Ela representa um processo, uma dinâmica que marca a abertura dos direitos internos e do direito internacional a diversas interações.

A internacionalização do direito está vinculada tanto ao fenômeno do universalismo dos valores, proclamado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, quanto ao da globalização econômica, favorecida pela criação da Organização Mundial do Comércio. Estes fenômenos causam modificações profundas não somente no direito internacional, mas na concepção dos sistemas jurídicos e influenciam cada vez mais as relações internacionais. O papel do direito internacional e do direito comparado nas negociações internacionais ganha importância, o que justifica a criação de redes de reflexão prospectiva sobre a internacionalização do direito. O objetivo destas redes é o estabelecimento de um local privilegiado de análise e de crítica, ou seja, um verdadeiro laboratório de idéias. Por isso a denominação ID, siglas que podem também ser lidas como “Imaginação” e “Direito”, ou ainda, quando soletradas em francês soam como “*idée*”, o equivalente em língua francesa da palavra “idéia”.

Para alimentar a reflexão sobre as práticas de internacionalização do direito no mundo, três países foram escolhidos e três redes criadas: a franco-americana, a franco-brasileira e a franco-chinesa. O objetivo destas redes é, a partir de pesquisas existentes, muitas delas

¹ Doutora em direito e HDR (Habilitação para orientar pesquisas) pela Universidade de Paris I (Panthéon-Sorbonne), Pesquisadora do *Centre National de la Recherche Scientifique* (CNRS - UMR PRISME), membro da equipe “internormatividades no espaço penal” e coordenadora da Rede ID (Internacionalização do Direito) franco-brasileira, ambas do *Collège de France*.

² *Réseau ID franco-brésilien, Chaire Etudes juridiques comparatives et internationalisation du droit, Collège de France*, <http://www.college-de-france.fr/site/mireille-delmas-marty/laboratoire.htm#p=../mireille-delmas-marty/laboratoire.htm>. Veja também a contribuição de Mireille Delmas-Marty a esta obra, “L’internationalisation du droit : Pathologie ou métamorphose de l’ordre juridique ?”.

realizadas nos centros de pesquisa de origem de seus membros (por exemplo, o projeto “Figuras da internacionalização do direito na América latina” do *Collège de France*³, o Projeto “Responsabilidade de empresas multinacionais em matéria de direitos humanos” do CRDH da Universidade de Paris II⁴, os projetos do CEDIN da Universidade de Paris X sobre a responsabilidade internacional dos Estados⁵ ou os projetos da UMR de direito comparado da Universidade de Paris I sobre “Clemência nos direitos comparado e internacional”⁶ e sobre “Tribunais militares e de exceção em face das exigências do direito internacional”⁷) desenvolver uma reflexão sobre as diversas formas de internacionalização do direito e com isso contribuir para o desenvolvimento de um novo humanismo jurídico no contexto da mundialização.

A rede franco-brasileira, desde a sua criação, se dedica a uma comparação entre a internacionalização do direito na França (como um país representante da Europa) e no Brasil (como um representante da América latina). Esta comparação se justifica, por exemplo, pela posição ocupada por esses dois países: suas inserções nos processos de regionalização, tanto em matéria econômica (União europeia por um lado e Mercosul por outro) como em matéria de direitos humanos (Sistema europeu de proteção dos direitos humanos por um lado, sistema interamericano por outro). Por que escolhermos o Brasil dentre outros países da América latina também inseridos nestes dois sistemas regionais? Porque o Brasil é o 5º país do mundo em população, é uma potência emergente e tem aspirações à liderança no continente latino-americano, podendo contribuir para um equilíbrio na região. Ora, como veremos mais adiante, a situação do Brasil no continente condiciona em parte a sua postura em face do direito internacional e de seus órgãos de controle.

A Rede ID franco-brasileira permite colocar em contato personalidades de alto nível provenientes destes dois países, verdadeiros atores da internacionalização do direito e com interesse em refletir sobre as interações normativas nos espaços nacionais (francês e brasileiro), regionais (europeu e interamericano) e mundial. Francisco Rezek é um destes atores da internacionalização do direito, não somente por ter sido juiz da Corte Internacional de Justiça, Ministro das relações exteriores e Professor de direito formador de diplomatas no Instituto Rio Branco, mas também por ter sido Ministro do Supremo Tribunal Federal, órgão da justiça brasileira na linha de frente do fenômeno da internacionalização do direito.

A Rede ID encontra-se uma vez por ano, alternando reuniões na França e no Brasil. Desde a sua criação, reuniu-se quatro vezes⁸. Sua composição é mista em diversos aspectos, contribuindo, assim, para uma rica troca de experiências. A rede é interprofissional (reunindo juizes nacionais e internacionais, professores universitários e pesquisadores, peritos e consultores junto a Órgãos estatais e/ou Organizações internacionais, etc.); interdisciplinar

³ Vide DELMAS-MARTY, M. e MARTIN-CHENUT, K. (Org.), *Les figures de l'internationalisation du droit en Amérique latine*, Paris : Société de Législation Comparée, no prelo.

⁴ Cf. DECAUX, E. (org.), *La responsabilité des entreprises multinationales en matière de droits de l'homme*, Bruxelles : Bruylant, 2009.

⁵ Por exemplo, PELLET, A. et al. *Droit de la responsabilité internationale*, Paris : Pedone, no prelo.

⁶ Cf. RUIZ FABRI, H.; LAMBERT-ABDELGAWAD, E.; DELLA MORTE, G.; MARTIN-CHENUT, K. (org.). *La clémence saisie par le droit. Amnistie, grâce, prescription en droit international et comparé*. Paris: Société de Législation Comparée, 2007. Trabalho publicado também em língua portuguesa: *Clemência e Direito*, Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2011.

⁷ Cf. LAMBERT-ABDELGAWAD, E. (Org.), *Tribunaux militaires et juridictions d'exception en mutation : perspectives comparées et internationales*, Paris : AUF/éd. des Archives contemporaines, Collection "Actualité scientifique", 2007.

⁸ Duas vezes no Brasil (2007 e 2009) e duas vezes na França (2008 e 2011). Recentemente, a Rede franco-brasileira participou do primeiro encontro das três redes ID no Collège de France (10-12 de abril de 2012).

(reunindo especialistas do direito interno, do direito comparado e do direito internacional, mas também juristas especializados em diferentes temáticas); enfim, ela reúne diferentes gerações de juristas com visões por vezes “diametralmente opostas” do fenômeno de internacionalização do direito. As discordâncias que emergiram quando dos trabalhos da Rede não impediram, entretanto o debate, pelo contrário, permitiram o seu enriquecimento.

Minha contribuição a esta obra em homenagem a Francisco Rezek pode ser inserida na continuidade de um de nossos debates travados no seio da Rede ID franco-brasileira e no contexto de nossa cordial discordância. Ela trata das relações entre justiças nacionais e sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, mais especificamente sobre a justiça brasileira confrontada ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos à luz da experiência mais antiga francesa em face do respectivo sistema regional.

Desde o primeiro encontro da Rede ID franco-brasileira em 2007 na Faculdade de direito da Universidade de São Paulo⁹, o tema das graves violações dos direitos humanos e da luta contra a impunidade de seus presumidos autores foi central em nossos trabalhos. Este tema foi abordado sob o prisma das interações entre o direito internacional e o direito interno (francês e brasileiro) e notadamente das dificuldades enfrentadas na integração do direito internacional no âmbito interno.

Quando deste primeiro encontro da Rede ID, confrontamos as experiências de representantes das cortes superiores (STF e *Cour de Cassation*) sobre a questão da integração do direito internacional dos direitos humanos em direito interno e sobretudo da aplicação dos tratados internacionais nesta área pelas jurisdições nacionais.

Do testemunho do representante do STF, Ministro Joaquim Barbosa¹⁰, transparecia o estágio ainda embrionário da cultura jurídica brasileira em matéria de internacionalização dos direitos humanos e o papel limitado do direito internacional dos direitos humanos na formação da jurisprudência nacional. De acordo com o testemunho do Ministro, os operadores do direito e a sociedade em seu conjunto, encontravam-se pouco sensibilizados às normas e ao contencioso internacional sobre direitos humanos. Constatava-se sobretudo, segundo ele, a primazia dos conflitos sociais internos, os quais praticamente monopolizavam a atenção dos cidadãos e o contencioso nacional, poucas referências sendo feitas ao direito internacional.

Já o representante da *Cour de Cassation*, Sr. Régis de Gouttes¹¹, atestava uma aplicação praticamente espontânea dos tratados internacionais de direitos humanos pelas jurisdições francesas, não sem ressaltar quão árduo e lento foi o caminho percorrido pelas jurisdições deste país para atingir tal nível de interação entre o direito francês e o direito regional dos direitos humanos, enfim, para que tal espontaneidade na aplicação do direito regional dos direitos humanos fosse atingida.

⁹ Cf. http://www.college-de-france.fr/media/mireille-delmarmarty/UPL14649_ID_programme_1_rencontre_BR.pdf

¹⁰ Cf. BARBOSA, J., “Les normes internationales de protection des droits de l’homme et les difficultés de leur intégration en droit interne », In DELMAS-MARTY, M., MARTIN-CHENUT, K. (Org.), *Regards croisés sur l’internationalisation du droit : France-Brésil*, Paris : Société de Législation Comparée, no prelo.

¹¹ Cf. DE GOUTTES, R., “Les normes internationales de protection des droits de l’homme et les difficultés de leur intégration en droit interne », In DELMAS-MARTY, M., MARTIN-CHENUT, K. (Org.), *Regards croisés sur l’internationalisation du droit : France-Brésil*, Paris : Société de Législation Comparée, no prelo.

O que tentarei realizar nestas breves linhas é decriptar o descompasso existente entre a abertura das jurisdições nacionais brasileiras e francesas ao direito e à jurisprudência regionais de proteção dos direitos humanos.

Como a França, o Brasil também está inserido em um sistema regional de proteção dos direitos humanos: o sistema interamericano. Este último possui algumas particularidades quando comparado ao sistema europeu.

2. O particularismo do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos

O sistema regional interamericano é resultado de uma lenta evolução iniciada em 1948 com a criação da Organização dos Estados Americanos (OEA) e a adoção da Declaração americana de direitos e deveres do homem. A declaração americana foi adotada antes mesmo da declaração universal de direitos humanos. Não se deve negligenciar o papel da América latina e de seus juristas na evolução do direito internacional em geral e do direito internacional dos direitos humanos em específico¹². Aliás, foi nesta ocasião, durante a IX Conferência interamericana de Bogotá que surgiu a proposta precursora de criação de uma jurisdição internacional de proteção dos direitos humanos. Proposta feita pelo Brasil!

Apesar destas iniciativas precursoras e da gênese do sistema interamericano ter sido contemporânea à do sistema europeu, o descompasso surge no processo de adoção da Convenção americana. O contexto político da região neste momento pode explicar este primeiro descompasso. Somente em 1969 uma convenção americana de proteção dos direitos humanos foi adotada, em um contexto político marcado pela proliferação de regimes ditatoriais na região.

A Convenção europeia constituiu uma fonte de inspiração para a Convenção americana (CADH), mas esta última vai além da primeira. Certos direitos previstos no texto americano não são previstos pelo texto europeu, como por exemplo, o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (art. 3), o direito de proteção da honra (art. 11), o direito de retificação ou de resposta (art. 14), o direito ao nome (art. 18) ou ainda o artigo relativo aos direitos da criança (art. 19). A Convenção europeia também não possui o equivalente do artigo 2 da Convenção americana, relativo à obrigação dos Estados de adaptar seu direito interno à Convenção, o qual teve um papel muito importante no desenvolvimento da jurisprudência relativa às obrigações positivas a cargo do Estado. Quanto aos direitos inderrogáveis em situações de emergência, o rol do artigo 27 da Convenção americana é mais extenso que o rol de direitos previsto pelo art. 15 da Convenção europeia¹³.

A Convenção americana somente entrou em vigor uma década após a sua adoção e a Corte interamericana foi instalada em 1979 em um ambiente acentuadamente autoritário.

O Sistema interamericano é complexo, pois possui como fontes principais dois instrumentos (a Declaração americana de 1948 e a Convenção americana de 1969). A este dualismo normativo, deve ser acrescentado um dualismo institucional. O sistema interamericano é um sistema bicéfalo. Ele possui dois órgãos de controle distintos (a Comissão e a Corte

¹² Por exemplo, a participação de Alejandro Alvarez, através da promoção do que ele denominava “Declaração dos direitos e deveres das Nações”, no processo de adoção da Declaração americana, a qual precedeu a Declaração universal.

¹³ Entretanto, as circunstâncias que permitem a suspensão das garantias são mais amplas no texto americano.

interamericanas) sediados em dois países diferentes (Estados-Unidos para a Comissão e Costa Rica para a Corte).

A Comissão funciona tanto como órgão político, competente para realizar visitas *in loco* e elaborar relatórios sobre a situação dos direitos humanos nos Estados-membros, quanto como órgão quase-jurisdicional, competente para analisar a admissibilidade de denúncias relativas a violações de direitos humanos e conduzir um procedimento que pode ter como desfecho o encaminhamento do caso à Corte.

A Corte, órgão jurisdicional, além de competência contenciosa, possui importante competência consultiva sobre a interpretação do direito interamericano de proteção dos direitos humanos¹⁴.

Contrariamente ao sistema europeu, no sistema interamericano a competência contenciosa da Corte é sujeita à aceitação dos Estados membros (art. 62 da CADH). Esta cláusula facultativa de aceitação da competência contenciosa da corte é ampla. De acordo com o artigo 62, § 2 da Convenção americana, a declaração pode ser feita incondicionalmente ou sob condição de reciprocidade, por duração determinada ou para casos específicos.

Além desta particularidade do sistema interamericano ligada ao reconhecimento da competência do órgão de controle jurisdicional, é preciso ressaltar que também contrariamente ao sistema europeu, em que todos os países membros do Conselho da Europa ratificaram a Convenção europeia, a Convenção americana dos direitos humanos não foi subscrita e ratificada por todos os países membros da OEA¹⁵.

Ora, esta disparidade quanto ao estado das ratificações da Convenção explica e justifica em parte a manutenção de dois órgãos distintos de controle (Comissão e Corte) diferentemente do sistema europeu que suprimiu a Comissão europeia em 1998 (Protocolo adicional nº 11 à Convenção europeia).

Por um lado, com base na Carta da OEA e na Declaração americana de direitos e deveres do homem, a Comissão controla todos os Estados membros da OEA, pois estes textos lhes são aplicáveis independentemente da situação destes Estados quanto à ratificação da Convenção americana. Por outro lado, a Corte interamericana exerce um controle somente sobre os Estados que ratificaram a Convenção e só exerce a sua competência contenciosa sobre Estados que a aceitaram.

A disparidade das ratificações, mas também a particularidade da exigência de declaração de reconhecimento da competência contenciosa da Corte pelos Estados (somente 21 Estados a reconhecem), justifica e legitima a manutenção dos dois órgãos de controle. A Comissão é o único órgão regional capaz de controlar o respeito dos direitos humanos pelos Estados membros da OEA que não ratificaram a Convenção ou que não aceitaram a competência da Corte interamericana, como os Estados Unidos e o Canadá. E ela o faz. Há relatórios e diversos casos de violações dos direitos humanos perante a Comissão atinentes, por exemplo,

¹⁴ Importante tanto em termos qualitativos, quanto quantitativos. Durante seus primeiros anos de existência a Corte exerceu somente esta função. Antes da primeira sentença em 1987 (Caso *Velásquez Rodríguez c/ Honduras*), ela já havia emitido oito opiniões consultivas. Hoje o número de opiniões consultivas da Corte se eleva a 20.

¹⁵ 25 Estados dos 35 membros da OEA a ratificaram, mas com a denúncia do tratado feito por Trindade e Tobago, este número cai para 24.

à manutenção da pena de morte¹⁶ ou às garantias do devido processo legal¹⁷, inclusive no contexto da luta contra o terrorismo¹⁸. O impacto destas decisões na América do Norte é certamente limitado, entretanto, tal limitação não deve ser utilizada como argumento para empreender um enfraquecimento do sistema interamericano (notadamente através da supressão ou da limitação de competências da Comissão interamericana). Se este argumento fosse válido, a existência de outros órgãos de controle onusianos estaria também comprometida. Outrossim, se o exemplo europeu fosse seguido pelo sistema interamericano e a Comissão suprimida, o sistema interamericano, no estágio atual das ratificações e do reconhecimento da competência da Corte, se tornaria realmente o que Hector Gros Espiel denominava no final dos anos oitenta e início dos anos noventa de “sistema latino-americano de proteção dos direitos humanos”¹⁹.

3. O Brasil em face do sistema interamericano

Como assinalado, o Brasil participou ativamente do processo inicial de construção do sistema interamericano. Entretanto, sua entrada no sistema foi retardada em virtude do regime autoritário em vigor no país por mais de vinte anos (1964 e 1985) e ocorreu paulatinamente após a abertura democrática. Em 1992, o Brasil ratificou a Convenção americana, e em 1998, aceitou a competência da Corte interamericana.

Desde a aceitação da competência contenciosa da Corte em 1998, este órgão julgou cinco casos contra o Brasil, tendo constatado violações de disposições da Convenção em quatro deles. A primeira condenação do Brasil ocorreu em 2006 no caso *Ximenes Lopes*²⁰ (condições desumanas e degradantes de atendimento em hospital psiquiátrico que acarretaram a morte de paciente portador de transtorno mental). Esta primeira condenação foi seguida de duas outras em 2009, ambas relativas a violações de direitos humanos cometidas no contexto dos conflitos pela posse da terra no Brasil: casos *Arley José Escher*²¹ (relativo ao monitoramento ilegal pela polícia militar do Estado do Paraná de linhas telefônicas de membros de uma associação comunitária de trabalhadores rurais e de uma cooperativa de comércio e de

¹⁶ Veja, por exemplo, dentre os diversos casos, *Michael Domingues c/ Estados Unidos* (Caso 12.285, Informe nº 62/02), *Caso Napoleon Beazley c/ Estados Unidos* (Caso 12.412, Informe nº 101/03), *Gary Graham/Shaka Sankofa c/ Estados Unidos* (Caso 11.193, Informe nº 97/03), *Douglas Christopher Thomas c/ Estados Unidos* (Caso 12.240, Informe nº 100/03), *Toronto Markkey Patterson c/ Estados Unidos* (Caso 12.439, Informe nº 25/05). Veja também, sobre a exigência de notificação e assistência consulares: *Ramón Martínez Villarreal c/ Estados Unidos* (Caso 11.753, Informe nº 52/02), *Cesar Fierro c/ Estados Unidos* (Caso 11.331, Informe nº 99/03), *Javier Suarez Medina c/ Estados Unidos* (Caso 12.421, Informe nº 91/05), *Roberto Moreno Ramos c/ Estados Unidos* (Caso 12.430, Informe nº 1/05), *Medellín, Ramírez Cardenas y Leal García c/ Estados Unidos* (Caso 12.644, Informe nº 90/09). Para maiores informações sobre a questão da abolição da pena de morte no sistema interamericano, veja o recente relatório temático CIDH, “La pena de muerte en el sistema interamericano de derechos humanos: de restricciones a abolición”, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 68, 2011.

¹⁷ Veja, por exemplo, os casos *William Andrews c/ Estados Unidos* (Caso nº 11.139, Informe nº 57/96, Relatório anual da CIDH 1997), *Juan Raul Garza c/ Estados Unidos* (Caso 12.243, Informe nº 52/01), *Ramón Martínez Villarreal c/ Estados Unidos* (Caso 11.753, Informe nº 52/02), *Javier Suarez Medina c/ Estados Unidos* (Caso 12.421, Informe nº 91/05), *Medellín, Ramírez Cardenas y Leal García c/ Estados Unidos* (Caso 12.644, Informe nº 90/09), *Roberto Moreno Ramos c/ Estados Unidos* (Caso 12.430, Informe nº 1/05), *Jeffrey Timothy Landrigan c/ Estados Unidos* (Caso 12.776, Informe nº 81/11).

¹⁸ CIDH, “Informe sobre terrorismo y derechos humanos”, OEA/Ser. L/V/II.116, Doc 5, rev. 1, corr. 22, outubro de 2002.

¹⁹ Cf. GROS ESPIELL, H., « La convention américaine et la convention européenne des droits de l'homme – Analyse comparative », in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, tomo 218, 1991, p. 226.

²⁰ Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, sentença de 4 de julho de 2006, Série C nº 149.

²¹ Corte IDH, *Caso Escher y otros vs. Brasil*, sentença de 6 de julho de 2009, Série C nº 200.

reforma agrária, assim como à consecutiva denegação de justiça), e *Sétimo Garibaldi*²² (homicídio cometido no contexto da repressão ao “Movimento dos Sem Terra” – notadamente dos despejos forçados de camponeses – e a falta de investigação e julgamento dos presumidos responsáveis). Finalmente, a quarta e última condenação do Brasil ocorreu em novembro de 2010 no caso *Gomes Lund*²³ (desaparecimentos forçados no contexto da Guerrilha do Araguaia e obstáculos à obtenção de informações, à investigação e ao julgamento dos responsáveis).

Além destas sentenças, a Corte adotou também medidas provisórias em quatro casos concernentes ao Brasil, todos relativos a instituições de privação de liberdade destinadas a adultos (“Presídio Urso Branco” no Estado de Rondônia e “Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira” no Estado de São Paulo) ou a adolescentes (“Complexo do Tatuapé” da Fundação CASA no Estado de São Paulo e “Unidade de internação socioeducativa – UNIS” no Estado do Espírito Santo²⁴).

Já a Comissão interamericana, além da visita realizada em dezembro de 1995 e da conseguinte elaboração de um relatório sobre os direitos humanos no Brasil em 1997²⁵, ela manifestou-se em diversos casos individuais contra o Brasil e outorgou também “medidas cautelares”. Estas últimas referem-se majoritariamente a condições desumanas e degradantes de privação de liberdade (tanto de menores como de maiores de 18 anos) e a ameaças contra defensores de direitos humanos e/ou testemunhas de graves violações de direitos humanos. Em 2011, quinze solicitações de medidas cautelares contra o Brasil foram apresentadas à CIDH, das quais duas foram acolhidas: uma relativa à proteção da vida e da integridade pessoal de comunidades indígenas da Bacia do Rio Xingu, ameaçada pela construção da usina hidroelétrica de Belo Monte, outra relativa à proteção da vida, da saúde e da integridade física de detentos em condições desumanas e degradantes na penitenciária Aníbal Bruno em Recife.

Trabalhos sobre os casos apresentados perante o sistema interamericano contra o Brasil e sobre a implementação das decisões interamericanas²⁶ mostram como em um primeiro momento, durante os anos noventa, as organizações da sociedade civil foram tímidas na apresentação de denúncias à Comissão interamericana, inclusive por falta de conhecimento dos instrumentos internacionais existentes. Pouca relevância também era atribuída às solicitações da Comissão pelo Estado brasileiro (descumprimento de prazos, respostas genéricas limitadas a alguns parágrafos, etc.). Na década seguinte, houve um aumento significativo de denúncias e podem ser constatados esforços por parte do Brasil no intuito de responder às exigências do sistema interamericano, mostrando assim um maior comprometimento durante as diferentes fases dos litígios. Além do reconhecimento de sua responsabilidade internacional em diversos casos, da criação em nível interno de uma divisão

²² Corte IDH, *Caso Garibaldi vs. Brasil*, sentença de 23 de setembro de 2009, Série C n° 203.

²³ Corte IDH, *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, sentença de 24 de novembro de 2010, Série C n° 219.

²⁴ Único caso em que as medidas provisórias continuam em vigor, nos três primeiros casos elas foram levantadas. Veja *infra*.

²⁵ Cf. <http://www.cidh.oas.org/countryrep/brazil-port/indice.htm>.

²⁶ Veja, por exemplo, CAVALLARO, J.L., “Toward fair play: a decade of transformation and resistance in international human rights advocacy in Brazil”, *Chicago Journal of International Law*, 2002, v. 3, n° 2, pp. 481-492; BERNARDES, M. N., “Sistema interamericano de direitos humanos como esfera pública transnacional: aspectos jurídicos e políticos da implementação de decisões internacionais”, *Revista Sur*, 2011, n° 15, pp. 134-154; MACDOWELL SANTOS, C., “Ativismo jurídico transnacional e o Estado: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão interamericana de direitos humanos”, *Revista Sur*, 2007, n° 7, pp. 26-57.

de direitos humanos no Ministério das Relações Exteriores especializada nos sistemas onusiano e interamericano, ou ainda, a criação da Secretaria de direitos humanos, o Brasil chegou a adotar uma postura mais ativa: ao invés de somente reagir às solicitações do sistema, tentou ir além e criar condições para, de acordo com o art. 48, “b”, CADH, fazer com que os fundamentos da demanda cessassem de existir e que a causa fosse arquivada.

Mas é certo que a implementação das decisões interamericanas em nível interno encontra diversos óbices. Um de grande vulto é a estrutura federativa do Brasil. A União federal responde internacionalmente por atos sobre os quais seu controle é limitado. Na verdade são as autoridades estaduais e municipais que têm em geral competência para controlar a maior parte das violações dos direitos humanos. Porém a União não pode utilizar este argumento para eximir-se de sua responsabilidade internacional. Os órgãos do Poder executivo federal que representam o Brasil internacionalmente precisam, portanto, negociar com as autoridades estaduais e municipais, as quais, em regra geral, desconhecem o funcionamento do sistema regional e sobretudo a natureza jurídica de suas decisões.

Se a relação entre órgãos do Poder executivo já é complicada, notadamente em presença de dissenso federativo, a relação entre os órgãos responsáveis pela representação do Brasil e os Poderes legislativo e judiciário é ainda mais complexa. Ora, muitas das decisões do sistema interamericano são atinentes a atos ou omissões de natureza legislativa ou judiciária.

O foco deste artigo será sobretudo este último aspecto: o do impacto do sistema interamericano na justiça nacional e as eventuais interações entre justiças nacional e supranacional.

Como já mencionado, o STF é o órgão jurisdicional na linha de frente da internacionalização do direito (acumulando funções de corte constitucional e de órgão recursal máximo da justiça brasileira), sendo inegável sua centralidade no debate nacional relativo aos direitos humanos e à definição destes mesmos direitos²⁷.

A abertura da Corte suprema ao sistema interamericano ocorreu quando do debate sobre a compatibilidade entre a disposição constitucional que prevê como exceção à proibição da prisão civil por dívida o caso do depositário infiel (art. 5º, LXVII) e a Convenção americana²⁸ que só autoriza a prisão civil em caso de inadimplemento de obrigação alimentícia (art. 7.7).

Foi graças a este debate, que houve avanço na jurisprudência do STF relativa à relação hierárquico-normativa entre tratados internacionais de direitos humanos e a constituição. Ora, Francisco Rezek participou deste movimento de abertura do STF ao direito interamericano, pois este debate foi iniciado quando ainda era Ministro da Corte suprema federal.

Em um primeiro momento, o STF manteve entendimento firmado nos anos setenta²⁹ segundo o qual existia paridade entre tratado internacional e lei federal³⁰, não estabelecendo qualquer

²⁷ Cf. VIEIRA, O.V., “Supremocracia”, *Revista Direito GV*, n° 8, jul.-dez. 2008, pp. 441-464.

²⁸ Incorporada pelo Decreto n° 678 de 6 de novembro de 1992.

²⁹ RE 80.004/SE de 1º de junho de 1977, DJ 29/12/1977. De acordo com este entendimento, em caso de conflito entre um tratado internacional e uma lei posterior, esta prevaleceria, por ser expressão última da vontade do legislador. Francisco Rezek, diversas vezes se manifestou sobre o tema, reiterando a prevalência da última palavra do Congresso Nacional, mas ressaltando também as possíveis consequências do descumprimento do tratado no plano internacional.

³⁰ Cf. HC 72.131/RJ, 23 de novembro de 1995, rel. Min. Marco Aurélio (vencido, juntamente com Francisco Rezek, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence), publicação DJ 01/08/2003, pp. 103. Leia-se na ementa : “Nada

distinção entre tratados relativos aos direitos humanos e demais tratados. Aliás, Francisco Rezek, em palestra proferida em evento organizado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal em 1999³¹ afirmava que “o Brasil é um país particularmente cauteloso, quase conservador, mas muito bem organizado no que se refere à liturgia da incorporação” dos tratados. E acrescentava que “o processo de incorporação não é diferenciado quando se cuida de direitos humanos”. Para o ex-Ministro do STF era certo que a temática dos direitos humanos encontrava maior facilidade de assimilação pela ordem interna, mais isso não justificava um tratamento distintivo para os tratados relativos aos direitos humanos.

Em suas decisões dos anos noventa o STF considerava que, uma vez que a Constituição federal previa a possibilidade de prisão civil do depositário infiel, a Convenção americana não teria força hierárquica para dispor diferentemente e na contradição entre os dois textos, a constituição deveria prevalecer.

Francisco Rezek entoou então voz dissonante. Não por entender que os tratados internacionais relativos aos direitos humanos fossem superiores às leis ordinárias, nem muito menos tivessem status constitucional ou supraconstitucional. Francisco Rezek foi voto vencido por considerar que não havia conflito entre a Convenção americana e a Constituição federal. Para ele a Constituição autorizava a prisão do depositário infiel, mas não determinava a sua ocorrência. O texto constitucional previa uma exceção à regra geral da proibição da prisão por dívidas, ele não impunha a prisão do depositário infiel.

Em seu voto dissidente no HC 72.131-RJ, afirmava: “(...) no Brasil, tal como sucede nos Estados Unidos da América e em muitos outros países, o tratado não tem a estatura de uma restrição constitucional. É claríssimo – e obras doutrinárias diversas o dizem – que ele convive hierarquicamente com a lei federal, e que, na hipótese de conflito material entre seu texto e aquele da Carta, é o primeiro que deve ser sacrificado. Dá-se prevalência sempre à Carta, embora isso não nos exonere de responder, internacionalmente, pelo ato ilícito – consistente em adotar, pelos meios rotineiros, um compromisso que não poderíamos honrar, culpa da inadvertência dos poderes políticos do Estado”³². Aliás, em 1999, quando da palestra acima mencionada, Francisco Rezek reiterava “nós somos um país que não dá prevalência a tratados sobre leis nacionais de primeiro nível. Vários são os que fazem isso e, respeitada apenas a integridade da Constituição, garantem que o tratado, independentemente do calendário, prevaleça sobre o direito interno ordinário. No nosso caso – porque o constituinte nunca quis determinar isso, e porque o Supremo Tribunal Federal não se julgou no direito de inventar uma regra de prevalência que o constituinte não quisera criar – observa-se a cronologia. Se o texto mais recente é a lei doméstica conflitante com o tratado, essa há de prevalecer, não porque tenha a qualidade para revogar o compromisso internacional, mas porque a ela devem obediência juízes e tribunais, como última expressão da vontade do Congresso Nacional”³³.

interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no §7 do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica”. Veja, também, HC 74.383/MG, 22 de outubro de 1996, rel. Min. Néri da Silveira, publicação DJ 27/06/1997, pp. 30227. Neste último acórdão, Francisco Rezek também foi voto vencido.

³¹ REZEK, F., “Princípio da complementaridade e soberania”, conferência proferida no Seminário Internacional “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira”, Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, 30 de setembro de 1999, <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewArticle/333/535>.

³² Veja Voto dissidente, HC 72.131-1/RJ (p. 1).

³³ REZEK, F., “Princípio da complementaridade e soberania”, *Op. Cit.*

É verdade que a Constituição federal adotada em 1988 foi silente quanto à hierarquia dos tratados internacionais na ordem jurídica nacional. Mas o artigo 5º2 do texto constitucional, o qual tece a interação entre o direito nacional e o direito internacional dos direitos humanos, foi interpretado por uma corrente progressista da doutrina, fundada na elevação da dignidade humana como princípio fundamental da Carta constitucional (art. 1º, III) – núcleo básico e informador do ordenamento jurídico nacional, servindo como critério interpretativo das normas internas –, como incluindo dentre os direitos constitucionalmente protegidos aqueles enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil fosse parte. Esta corrente progressista da doutrina concluía portanto que a Constituição atribuía aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos “uma hierarquia especial e diferenciada, qual seja, a de norma constitucional”³⁴. A hierarquia constitucional dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos decorreria “da previsão constitucional do art. 5º § 2, à luz de uma interpretação sistemática e teleológica da Carta, particularmente da prioridade que atribui aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana”³⁵. Ora, esta tese não foi adotada pela maioria dos ministros do STF, que manteve, como vimos, a tese da paridade entre tratados internacionais e leis federais.

Mais de quinze anos após o advento da Constituição federal, a Emenda Constitucional nº 45 de 8 de dezembro de 2004 veio suprir a omissão do texto de 1988 e responder à polêmica doutrinária e jurisprudencial, ressaltando o caráter especial dos tratados relativos aos direitos humanos quando comparados aos demais tratados e dispondo que “os tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas à Constituição” (artigo 5º §3º).

Esta emenda constitucional, apesar de buscar encerrar a controvérsia quanto à hierarquia dos tratados internacionais relativos aos direitos humanos na ordem jurídica nacional, foi considerada por parte da doutrina como um retrocesso – quando comparada à interpretação da Constituição mencionada acima e que considerava que todos os tratados internacionais em matéria de direitos humanos possuíam um status constitucional –, por instaurar uma clivagem entre tratados anteriores e posteriores a 2004³⁶.

Somente em 2008, e portanto após esta emenda constitucional, o STF redesenhou a posição dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro através do julgamento de três processos relativos à prisão civil do depositário infiel³⁷ e portanto relativos à compatibilidade entre o direito interno e a Convenção americana. O STF consagrou o caráter supralegal dos tratados relativos a direitos humanos ratificados anteriormente à Emenda Constitucional nº 45 de 2004, negando assim aplicabilidade às normas internas que conflitem com dispositivos do tratado.

³⁴ Veja, por exemplo, PIOVESAN, F., *Direito Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, São Paulo: Max Limonad, 1997; PIOVESAN, F., “Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF”. Disponível em <http://www.dhnet.org.br>.

³⁵ Cf. PIOVESAN, F., “Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF”, *Op. Cit.*

³⁶ Veja, por exemplo, BARBOSA, J., “Les normes internationales de protection des droits de l’homme et les difficultés de leur intégration en droit interne », *Op. cit.*,

³⁷ Cf. Habeas Corpus nº 87.585/TO, 03 de dezembro de 2008, publicação DJe. 26/06/09, 118; Recurso Extraordinário 349.703/RS, 03 de dezembro de 2008, publicação 05/06/09 DJe, 104; e Recurso Extraordinário 466.343-1, 03 de dezembro de 2008, pub. 05/06/09 DJe, 104. Em seguida, foi editada a súmula vinculante nº 25 de 2009, a qual considera ilícita a prisão do depositário infiel apesar da previsão constitucional do art. 5º, LXVII da CF/88.

Apesar desta importante evolução da jurisprudência do STF, a abertura da justiça nacional ao direito internacional dos direitos humanos ainda é tênue e o testemunho do Ministro Joaquim Barbosa em 2007 continua sendo atual. Segundo o Ministro, o direito internacional em geral, e o direito internacional dos direitos humanos em particular não eram suficientemente conhecidos e muitas vezes eram simplesmente desconhecidos, inclusive pelas instâncias superiores da justiça brasileira. Este desconhecimento implicava em fraco papel do direito internacional na formação da jurisprudência³⁸.

Na jurisprudência nacional, alusões são feitas a artigos da Convenção americana de direitos humanos (por exemplo, em matéria de prisão civil por dívidas já mencionada, de duplo grau de jurisdição, de presunção de inocência, de direito de recorrer em liberdade, de razoável duração do processo, etc.), porém, raramente podem ser identificadas referências à jurisprudência interamericana. Levantamentos feitos por pesquisadores confirmam o testemunho de Joaquim Barbosa mencionado no início deste texto e mostram a escassez de decisões do STF incorporando a jurisprudência interamericana³⁹. Há uma maior tendência em referir-se à jurisprudência estrangeira (por exemplo, à Corte suprema americana ou ao Tribunal constitucional alemão) do que à jurisprudência internacional⁴⁰. Entretanto, quando estas referências são feitas, o são no intuito de reforçar posições locais e não interamericanas.

Em severa crítica à abertura do STF à internacionalização do direito, Deisy Ventura, após comparar algumas decisões nas quais este tribunal teve a oportunidade de aplicar o direito internacional, afirma que “o enfoque da Corte, ao enfrentar processos que envolvem diversas ordens jurídicas e jurisdições internacionais, regionais e/ou locais, é eminentemente estatalista, baseado no direito interno. Quando muito, os Ministros aplicam a norma internacional *se e quando* ela está em concordância com, ou é equivalente ao direito interno; neste caso, é o último, e não o Direito Internacional, que o juiz está *preparado, técnica mas também psicologicamente, para aplicar e fazer respeitar*. Logo, de modo geral, o STF aplica pouco e mal o Direito Internacional; ignora(ndo) o grande debate contemporâneo sobre a internacionalização do direito e o transconstitucionalismo (...)”⁴¹.

Apesar destas duras críticas e da centralidade do STF nas relações entre o direito interno e internacional, não podemos desconsiderar o papel da integralidade dos atores da justiça nacional na efetiva aplicação do direito regional de proteção dos direitos humanos. A Corte interamericana, desde a sua sentença no caso *Almonacid Arellano* contra o Chile afirma a importância do ativismo do judiciário nacional e faz um apelo aos juízes nacionais, considerados como aliados na aplicação efetiva da Convenção americana. Neste caso contra o Chile, a Corte exige claramente e pela primeira vez o exercício pelas jurisdições nacionais de

³⁸ Cf., BARBOSA, J., “Les normes internationales de protection des droits de l’homme et les difficultés de leur intégration en droit interne », *Op. cit.*

³⁹ Podem ser mencionados a Extradução nº 954/2006 em que é aplicada a Opinião consultiva nº 16 da Corte interamericana relativa ao direito do estrangeiro detido de ser informado sobre a assistência consular e que integra as garantias do devido processo legal ou o RE 511961 em 2009 em que a Opinião consultiva nº 5 de 1985 é aplicada para descartar a exigência de diploma para a profissão de jornalista com fundamento no direito à informação e à liberdade de expressão.

⁴⁰ Cf. AFONSO DA SILVA, V., “Integração e Diálogo Constitucional na América do Sul”, In VON BOGDANDY, A., PIOVESAN, F. e MORALES ANTONIAZZI, M. (org.), *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*, Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2010, pp. 515-530.

⁴¹ VENTURA, D., “A interpretação judicial da *Lei de Anistia* brasileira e o direito internacional”, In Comissão de Anistia, Centro de Estudos Latino-Americanos da Universidade de Oxford, *A Anistia na Era da Responsabilização: O Brasil em Perspectiva Internacional e Comparada*, Brasília : Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, e Oxford : Oxford University, Latin American Centre, 2011, pp. 319-320.

um controle de convencionalidade entre as normas internas aplicadas em casos concretos e a Convenção americana⁴². A Corte tenta assim buscar aliados nas justiças nacionais, convidando os juízes não somente a se adequarem ao texto da Convenção, mas também à interpretação que a Corte conferiu a este texto. Na continuidade desta jurisprudência, a Corte interamericana afirma no caso *Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia)* “que é consciente de que as autoridades internas estão sujeitas ao império da lei e, por esse motivo, estão obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. No entanto, quando um Estado é Parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, também estão submetidos àquele, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e finalidade, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. O Poder Judiciário, nesse sentido, está internacionalmente obrigado a exercer um ‘controle de convencionalidade’ *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulamentações processuais correspondentes. Nessa tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que a ele conferiu a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana”⁴³.

Neste caso a Corte interamericana observou que “não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado e que, pelo contrário, a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia, sem considerar as obrigações internacionais do Brasil derivadas do Direito Internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento⁴⁴. O Tribunal estima oportuno recordar que a obrigação de cumprir as obrigações internacionais voluntariamente contraídas corresponde a um princípio básico do direito sobre a responsabilidade internacional dos Estados, respaldado pela jurisprudência internacional e nacional, segundo o qual aqueles devem acatar suas obrigações convencionais internacionais de boa-fé (*pacta sunt servanda*). Como já salientou esta Corte e conforme dispõe o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, os Estados não podem, por razões de ordem interna, descumprir obrigações internacionais. As obrigações convencionais dos Estados Parte vinculam todos os seus poderes e órgãos, os quais devem garantir o cumprimento das disposições convencionais e seus efeitos próprios (*effet utile*) no plano de seu direito interno »⁴⁵.

Certamente a execução de um efetivo controle de convencionalidade não deixa de ser complexa e não é isenta de obstáculos jurídicos e políticos. Porém, apesar das particularidades de cada sistema jurídico, todos os países são confrontados a dificuldades na implementação de decisões internacionais, sejam eles da região interamericana⁴⁶ ou da Europa⁴⁷ em face do respectivo sistema regional.

⁴² CorteIDH, *Almonacid Arellano e outros vs Chile*, 26 de setembro de 2006, Série C n° 154, § 124.

⁴³ Cf. CorteIDH, *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, Op. Cit. § 176. Veja, também, CorteIDH, *Gelman vs. Uruguai*, 24 de fevereiro de 2011, Série C n° 221. Para uma análise destas sentenças da Corte interamericana relativas a graves violações dos direitos humanos cometidas durante os regimes autoritários latinoamericanos, veja MARTIN-CHENUT, K. “Le renforcement des obligations positives de nature pénale dans la jurisprudence interaméricaine : l'exemple des graves violations des droits de l'homme commises pendant les dictatures des pays du Cône sud », *Revue des sciences criminelles et de droit pénal comparé*, n° 3, 2012, no prelo.

⁴⁴ A Corte refere-se à ADPF n° 153 de 29 de abril de 2010.

⁴⁵ Cf. CorteIDH, *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, Op. Cit. § 177.

⁴⁶ A respeito do controle de convencionalidade na América latina, veja o voto separado do juiz *ad hoc* Eduardo FERRER Mac-GREGOR no caso CorteID, *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, 26 de novembro de

4. O exemplo brasileiro à luz da experiência francesa

O descompasso entre a abertura do sistema jurídico brasileiro e a abertura do sistema francês à internacionalização do direito na área de proteção dos direitos humanos pode ser explicado de diversas formas.

Primeiramente, em virtude da história autoritária brasileira que durou praticamente duas décadas e que retardou a adesão do Brasil a importantes tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, retardando também a aceitação dos mecanismos internacionais de controle.

Com a redemocratização a partir de 1985, a Constituição federal de 1988, marco jurídico da transição democrática, representou um importantíssimo avanço na abertura do sistema jurídico brasileiro ao direito internacional dos direitos humanos, notadamente através da adoção dos artigos 4, II e 5 §§ 2 e 3⁴⁸ da Constituição federal, sem negligenciar o artigo 7º das Disposições constitucionais transitórias que anuncia que o Estado brasileiro propugnarà pela formação de um tribunal internacional de direitos humanos. Foi somente a partir da redemocratização e da adoção da Carta constitucional de 1988 que o Brasil ratificou os principais tratados internacionais relativos aos direitos humanos⁴⁹. É assim que uma interpretação sistemática da Constituição federal conduziu à conclusão de que tratados internacionais de direitos humanos terão status constitucional ou ao menos supralegal⁵⁰. Outrossim, um tribunal internacional criado por estes tratados reconhecidos pelo Brasil, cuja competência contenciosa tenha sido igualmente aceita pelo Brasil através de ato específico, como foi o caso da aceitação da competência contenciosa da Corte interamericana em 1998, goza de autoridade e suas decisões são obrigatórias.

Ora, apesar desta abertura democrática, acompanhada da abertura da ordem jurídica brasileira ao direito internacional, o ensino do direito internacional dos direitos humanos, do direito internacional humanitário e do direito internacional penal nas universidades brasileiras, mas também nas diversas formações profissionais destinadas a advogados ou magistrados, ainda não se generalizou. Enquanto tal generalização não ocorrer, assistiremos raramente à aplicação do direito internacional pelas jurisdições internas. Os operadores do direito precisam ter conhecimento dos mecanismos jurídicos disponíveis para utilizá-los efetivamente.

2010, série C n° 220. Veja, também, FERRER Mac-GREGOR, E., « El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional », In FIX-ZAMUDIO, H., VALADES, D., (coord.), *Formación y perspectiva del Estado Mexicano*, México : UNAM, 2010, pp. 151-188; SAGUES, N. P. “Dificultades operativas del control de convencionalidad en el sistema interamericano”, *La Ley*, Buenos Aires, 11 de agosto de 2010, pp 1-3; CASTILLA, “El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco”, *Anuario Mexicano de Derecho Constitucional*, 2011, pp. 593-624.

⁴⁷ Veja, JIMENA QUESADA, L., « Control de constitucionalidad y control de convencionalidad : un desafío para os Tribunales constitucionales en la Unión Europea ? », In *Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, pp. 285-317.

⁴⁸ Este último, como vimos, adotado somente em 2004 com a Emenda constitucional n° 45.

⁴⁹ Para uma análise do círculo virtuoso entre democracia e internacionalização do direito, particularmente internacionalização dos direitos humanos, veja MARTIN-CHENUT, K., “ Droit international et démocratie », *Diogenes*, n° 220, outubro de 2007, pp. 36-48.

⁵⁰ Após duas décadas de discussões e não sem a ajuda da Emenda Constitucional n° 45 de 2004.

O papel da academia na divulgação dos mecanismos internacionais de controle do respeito dos direitos humanos à disposição do cidadão de um Estado parte vítima de violação ou dos operadores do direito (nacionais ou transnacionais) é fundamental. Lembremos quão importante foi o papel da academia na efetiva aplicação em nível interno, do direito europeu dos direitos humanos⁵¹. Podemos mencionar o discurso de Paul Mahoney quando deixou a Corte europeia após trinta anos de atividades: ele agradece os universitários que contribuíram para transformar a Convenção europeia de direitos humanos de “especialidade esotérica do direito internacional” em grande tema do direito nacional⁵². Pode ainda ser citado o testemunho de Polys Modinos, o qual preconizava a “desinternacionalização” da Convenção europeia. Para ele, a criação de um verdadeiro direito europeu dos direitos humanos só poderia se tornar efetiva quando a Convenção deixasse de ser domínio reservado dos internacionalistas e se tornasse objeto de reflexão e de ensino do civilista e do penalista. Para ele, era necessário “internacionalizar” o mundo judiciário nacional e ao mesmo tempo “desinternacionalizar” a Convenção europeia⁵³.

Portanto, o papel da academia na sensibilização dos profissionais do direito à utilização dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos é de extrema importância. A inclusão do direito internacional dos direitos humanos nos currículos das faculdades de direito é essencial⁵⁴, assim como sua inserção em concursos para as carreiras jurídicas. Esta inclusão tem-se tornado realidade no Brasil, mas é muito recente e ainda embrionária.

Além disso, outra explicação que pode ser apontada para a lenta e difícil abertura das jurisdições brasileiras ao direito internacional dos direitos humanos, é o dogma da auto-suficiência da Constituição federal. Acredita-se que o amplo rol de direitos fundamentais contido na constituição⁵⁵ torna desnecessária a alegação em justiça de disposições de tratados internacionais para a proteção destes direitos, esquecendo-se da abertura prevista pelo artigo 5º, § 2 CF/88. Ora, a recente experiência do *Conseil Constitutionnel* francês mostra que ao invés de concorrentes, a proteção constitucional e convencional dos direitos humanos é complementar⁵⁶.

É preciso lembrar que a estratégia utilizada pela França no início da aplicação da Convenção europeia de direitos humanos foi a de se alegar dispositivos do direito interno combinados com dispositivos da Convenção europeia que ao mesmo tempo em que legitimavam o direito nacional, reforçando a sua pertinência, faziam com que os juízes nacionais se familiarizassem com a utilização do direito internacional.

⁵¹ Veja, HENNETTE-VAUCHEZ, S., « L'Europe au service du droit des droits de l'homme. Réalité politique, entreprise savante et autonomisation d'une branche du droit », *Politix*, 2010, pp. 57-78 ; RASK MADSEN, M., « La Cour qui venait du froid. Les droits de l'homme dans la genèse de l'Europe d'après guerre », *Critique internationale*, 2005, pp. 133-146.

⁵² Cf. HENNETTE-VAUCHEZ, S., « L'Europe au service du droit des droits de l'homme. Réalité politique, entreprise savante et autonomisation d'une branche du droit », *Op. cit.*, p. 89.

⁵³ *Idem.*

⁵⁴ Veja as diretrizes curriculares mínimas do curso de direito, antiga Portaria nº 1.886, de 30 de dezembro de 1994 (<http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/LegislacaoOab/LegislacaosobreEnsinoJuridico.pdf>) e a Resolução do Conselho Nacional de Educação que a revogou, Resolução CNE/CES nº 9, de 29 de setembro de 2004 (<http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/ces092004direito.pdf>)

⁵⁵ Segundo Francisco Rezek, “há uma natural simpatia do texto constitucional para com esse gênero de direito público (...), porque nos deparamos com valores que o texto constitucional de 1988 quase que, obstinadamente, homenageia, como raras leis fundamentais lá fora o fazem”. Cf. REZEK, F., “Princípio da complementaridade e soberania”, *Op. Cit.*

⁵⁶ Veja GUILLAUME, M., « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2011, pp. 67-95.

O apelo mencionado acima da Corte interamericana aos juízes nacionais para que se tornem seus aliados na aplicação da Convenção, para que efetuem um controle de convencionalidade e apliquem não somente o tratado, mas o tratado tal como interpretado pelo tribunal regional, acaba por fortalecer o princípio da subsidiariedade. O juiz nacional torna-se juiz do direito regional dos direitos humanos.

O voto separado de Eduardo Ferrer Mac-Gregor no caso *Cabrera García y Montiel Flores* contra o México⁵⁷ constitui um verdadeiro guia do controle de convencionalidade. Neste voto, distingue-se o controle concentrado de convencionalidade (realizado pela Corte interamericana) do controle difuso de convencionalidade (exercido por todos os juízes nacionais). Neste voto, uma graduação é estabelecida. O controle pode consistir na interpretação do direito nacional à luz do direito interamericano tal como interpretado pela Corte interamericana. Mas pode também consistir em abstenção de aplicação ao caso concreto da norma nacional contrária à Convenção, ou ainda em declaração de nulidade da norma nacional com efeito *erga omnes*.

Este apelo aos juízes nacionais para que apliquem a Convenção tal como interpretada pela Corte interamericana, se for ouvido em nível interno, reforçará, como já mencionado, o princípio da subsidiariedade e impedirá assim que o sistema interamericano seja vítima de asfixia em virtude de um aumento exponencial de casos contenciosos.

Mas temos que admitir que esta chamada da Corte interamericana pode incomodar ou até chocar alguns juristas apegados à soberania nacional. Francisco Rezek, quando do encontro das três Redes ID (franco-americana, franco-brasileira e franco-chinesa) na França em abril de 2011, encontro que teve por tema a “Internacionalização do direito: patologia ou metamorfose da ordem jurídica?”, elencou como patologia que ameaça a internacionalização do direito e pode vir a contaminar a causa de um estado de direito planetário, a “incrível falta de tato” de certos organismos internacionais (que ignoram que o Estado permanece uma realidade), referindo-se notadamente mas sem mencioná-las claramente, à decisão da Corte interamericana no caso *Gomes Lund* (a qual, segundo ele, diz ao STF como interpretar a constituição) ou à medida cautelar da Comissão interamericana no caso *Belo Monte*⁵⁸. Ora, a Corte interamericana na avaliação das exceções preliminares levantadas pelo Brasil no Caso *Gomes Lund* distingue claramente o controle de convencionalidade do controle de constitucionalidade. Ela afirma que « o esclarecimento quanto à violação ou não, pelo Estado, de suas obrigações internacionais, em virtude da atuação de seus órgãos judiciais, pode levar este Tribunal a examinar os respectivos processos internos, inclusive, eventualmente, as decisões de tribunais superiores, para estabelecer sua compatibilidade com a Convenção Americana (...). No presente caso, não se solicita à Corte Interamericana a realização de um exame da Lei de Anistia com relação à Constituição Nacional do Estado, questão de direito interno que não lhe compete e que foi matéria do pronunciamento judicial na Arguição de Descumprimento No. 153 (...), mas que este Tribunal realize um controle de convencionalidade, ou seja, a análise da alegada incompatibilidade daquela lei com as obrigações internacionais do Brasil contidas na Convenção Americana ».

⁵⁷ *Op.Cit.* Nota n° 46.

⁵⁸ Cf. REZEK, F., « L'internationalisation du droit : Pathologie ou métamorphose de l'ordre juridique ? », palestra proferida na cerimônia de encerramento do encontro *Inter-Réseaux ID*, em Paris, dia 12 de abril 2012, inédito.

O problema é que simplesmente desconhecemos no Brasil o “controle difuso de convencionalidade” tal como qualificado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, o controle de convencionalidade realizado pelos juízes nacionais. Por isso o interesse em comparar a situação da justiça brasileira com a da justiça francesa, quando confrontadas a um sistema regional de proteção dos direitos humanos, esta última exercendo efetivamente um controle de convencionalidade. Na França, este controle tornou-se rotineiro. Mas não podemos ignorar o problema da temporalidade. A instauração de um efetivo controle de convencionalidade na França foi lenta e gradual.

Apesar da abertura da constituição francesa de 1958 à internacionalização do direito (seu artigo 55 considera que os tratados internacionais regularmente ratificados ou aprovados possuem, desde a publicação, um status supralegal)⁵⁹, é preciso notar que a França teve que percorrer um árduo caminho até atingir uma aplicação espontânea dos tratados internacionais por suas jurisdições. Não se pode esquecer quão longo foi o percurso desde a assinatura da Convenção europeia em 1950 e sua ratificação em 1974; desde a aceitação em 1981 do recurso individual, permitindo, assim, aos cidadãos questionar perante a Corte uma violação da Convenção europeia⁶⁰ e desde a primeira condenação da França em 1986 (Caso *Bozano*⁶¹) até esta aplicação voluntária do direito internacional dos direitos humanos pelas jurisdições francesas mencionada por Régis de Gouttes no primeiro encontro da Rede ID franco-brasileira.

A “prudência” do *Conseil Constitutionnel*, que em jurisprudência que data dos anos setenta⁶² se absteve de exercer um controle de convencionalidade das leis, fez com que os juízes ordinários se liberassem e exercessem tal controle. Cabe a qualquer juiz, de qualquer instância⁶³, o exercício de um controle de convencionalidade que pode levá-lo a afastar a aplicação da lei nacional incompatível com a Convenção europeia.

É preciso notar que a primeira reação dos juízes franceses foi negativa e protecionista. Adotaram uma postura visando limitar a aplicação da Convenção europeia. Mas eles perceberam que esta postura era simplesmente vã. Foi assim que uma evolução (para alguns comentadores uma verdadeira “revolução”) ocorreu e passamos a uma aplicação espontânea e construtiva da Convenção pelos juízes nacionais.

Os juízes nacionais perceberam que a Convenção poderia representar não uma limitação no exercício de suas funções, mas pelo contrário, uma fonte de alargamento de seu ofício e de fortalecimento de sua missão principal de guardião das liberdades individuais.

O juiz francês se apropria portanto da Convenção como um instrumento que ele pode mobilizar e através dele se emancipar da norma nacional. Ora, uma releitura dos votos

⁵⁹ Os tratados internacionais são considerados supralegais e infraconstitucionais.

⁶⁰ Este recurso era, inicialmente, optativo. Quando a Convenção europeia entrou em vigor, somente três Estados o aceitavam. Em 1998, com o Protocolo adicional nº 11 à Convenção europeia, este recurso tornou-se obrigatório.

⁶¹ Em um caso de expulsão do território travestida em extradição. CEDH, *Bozano c/ França*, 18 de dezembro de 1986, nº 9990/82.

⁶² Relativa à compatibilidade entre a lei relativa à interrupção voluntária de gravidez (IVG) e o artigo 2 da Convenção europeia relativo ao direito à vida. O Conselho constitucional francês decidiu então não exercer um controle de convencionalidade (compatibilidade de uma lei com as obrigações internacionais ou europeias da França) quando do exercício do controle de constitucionalidade *a priori*.

⁶³ Logicamente sob o controle das instâncias jurisdicionais superiores através da utilização das vias recursais nacionais.

vencidos de Francisco Rezek na jurisprudência dos anos noventa relativa à prisão civil do depositário infiel nos revela uma tentativa de emancipação, certamente bem comedida, do juiz nacional através da norma internacional. Crítico quanto à norma interna que alargou as possibilidades de prisão civil⁶⁴ Francisco Rezek via na Convenção americana uma “oportunidade” aberta ao “Tribunal de, sem autopenitência maior, fazer aquilo que, de outro modo, significaria não mais que uma volta atrás, desaconselhável em nome da estabilidade das relações jurídicas, e da conveniência de que prevaleça a idéia da constância da corte na interpretação do direito positivo”⁶⁵. Para Francisco Rezek, “ainda que houvesse dificuldade operacional em tomar esse caminho, pelo que ele tem de avesso a uma jurisprudência da qual todos acabamos por participar algum dia, no passado recente desta corte, teríamos na Convenção o argumento para dizer que, em nome de algo que tem estatura bastante para derrogar a legislação ordinária, não subsiste no Brasil, hoje, prisão civil senão aquela do alimentante omissa, voluntário e inescusável”⁶⁶. Crítico quanto à posição refratária ao direito internacional então adotada pela maioria dos Ministros, Francisco Rezek afirmava no final dos anos noventa que o STF entendeu que a Convenção americana, “ao eliminar a possibilidade da prisão do depositário infiel, estava limitando a liberdade que tem o legislador ordinário para deliberar alguma coisa diferente no futuro, como se fosse um produto de alienígenas que desabasse traiçoeiramente sobre as nossas cabeças patrióticas, como se não devesse a sua existência à participação brasileira nas negociações, ao desejo do Congresso Nacional, expresso por larga maioria, de aprová-lo, e do Governo da República, de ratificá-lo”⁶⁷. Segundo Francisco Rezek, “o necessário para que a República se envolva num tratado é, no mínimo, igual ao necessário para produzir direito ordinário. Entretanto, havendo-se raciocínio como se a convenção não fosse obra que só vincula por causa da nossa vontade soberana, exorcisou-se a convenção como coisa estranha à nossa brasilidade”⁶⁸. Para o ex-ministro, “o texto vincula, sim, o Brasil, em moldes perfeitamente conformes à Constituição da República, e que há que prestar-lhe a devida obediência, sob pena de nos declararmos em situação de ilícito internacional, porque nos obrigamos a fazer uma coisa e os tribunais fazem outra”⁶⁹. E acrescentava: “Quero crer que o episódio não signifique uma política judiciária de resistência aos avanços que nesse domínio se fazem no plano internacional”⁷⁰.

Na França, esta emancipação é hoje realidade. O juiz nacional é também juiz ordinário dos direitos europeus (comunitário e dos direitos humanos) e dialoga com os juízes da Corte Européia de Direitos Humanos e com a Corte de Justiça da União Européia. Este diálogo foi recentemente enriquecido pela instauração de um controle *a posteriori* de constitucionalidade⁷¹.

⁶⁴ Em seu voto dissidente no HC 72.131-1/RJ (p. 4), chega a qualificar ironicamente o Decreto de 1º de outubro de 1969 de “obra prima” que traz a assinatura dos três membros da junta militar que assumiu o poder quando o país encontrava-se em situação de ruptura não somente com a ordem constitucional, mas também institucional em face do alijamento do Vice-Presidente da República.

⁶⁵ Cf. voto dissidente no HC 72.131-1/RJ, p. 4.

⁶⁶ Cf. voto dissidente no HC 72.131-1/RJ, p. 4 e 5.

⁶⁷ REZEK, F., “Princípio da complementaridade e soberania”, *Op. Cit.*

⁶⁸ Cf. voto dissidente no HC 74383-8/MG, p. 4.

⁶⁹ Cf. voto dissidente no HC 74383-8/MG, p. 4 e 5.

⁷⁰ REZEK, F., “Princípio da complementaridade e soberania”, *Op. Cit.*

⁷¹ A cultura jurídica francesa era tradicionalmente hostil a um controle de constitucionalidade *a posteriori*. Mas o fato de um controle de convencionalidade ter sido instaurado sob a pressão do sistema europeu, forçou o sistema francês a adotar um controle de constitucionalidade *a posteriori* em 2008 (Revisão constitucional de 23 de julho de 2008) e tal controle foi organizado através do mecanismo denominado QPC (*Question Prioritaire de Constitutionnalité*). Veja GARAPON, A., “Les limites à l’interprétation évolutive de la Convention”, *In CEDH, Dialogue entre juges 2011 : « Quelles sont les limites à l’interprétation évolutive de la Convention ? »*, p. 35,

Portanto, para se atingir tal grau de interação entre direito nacional e internacional, assim como entre jurisdições nacionais e internacionais, foram necessárias décadas.

Uma verdadeira revolução jurídica ocorreu nestas últimas duas décadas na França. Do testemunho de Régis de Gouttes⁷², depreende-se que o juiz francês, durante muito tempo habituado a aplicar somente a norma nacional, passou progressivamente a aplicar a norma internacional de proteção dos direitos humanos. No início esta aplicação foi forçada e reticente, mas com o tempo, tornou-se espontânea e voluntária.

As condenações da França pela Corte europeia de direitos humanos funcionaram como verdadeiros eletrochoques e fizeram com que a jurisprudência e a legislação nacionais evoluíssem. De acordo com Emmanuel Decaux⁷³, como a França não preveniu as condenações, antecipando reformas ou mudanças de posições jurisprudenciais se espelhando na experiência de outros países da região condenados pela Corte, foram precisos os eletrochoques que representaram as condenações da França pela CEDH para uma efetiva mudança de hábitos.

A título de exemplo, podem ser citadas a supressão do regime sucessório discriminatório ao qual eram submetidos os filhos adúlteros (após a condenação da França no caso *Mazureck* em 2000⁷⁴); a aceitação pela jurisprudência, antes mesmo da adoção da lei sobre a presunção de inocência em 2000⁷⁵, dos recursos de condenados em fuga (após a condenação da França no caso *Khalifaoui* em 1999⁷⁶); a inscrição das garantias do devido processo legal previstos pelo art. 6-1 da Convenção europeia em um artigo preliminar do Código de processo penal francês; as reformas no regime de detenção provisória para uma maior adequação do sistema francês ao artigo 5-3 da Convenção europeia após diversas condenações da França (por exemplo, reformas de 30 de setembro de 1996, de 15 de junho de 2000, de 9 de setembro de 2002, de 9 de março de 2004) ou dos direitos da defesa durante a *garde à vue* (Caso *Brusco* em 2010⁷⁷); ou ainda a instauração de um procedimento que permite a revisão de uma decisão penal nacional após a condenação da França pela Corte europeia⁷⁸.

Quem diria há vinte anos atrás que a França reformaria suas decisões judiciais transitadas em julgado em virtude de uma condenação por um órgão supranacional de proteção dos direitos humanos?

No Brasil, uma sensibilização dos juristas nacionais ao direito supranacional e às interações possíveis entre justiça nacionais e internacionais ocorre gradualmente. O desenvolvimento do contencioso interamericano contribuirá certamente a um movimento maior de abertura do direito e da justiça nacional ao direito internacional. Porém este movimento é ainda muito

http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/304F3DDD-EFC6-4A12-A3DD-E6F33B3D6FD6/0/DIALOGUE_2011_FR.pdfs.

⁷² Cf. DE GOUTTES, R., “Les normes internationales de protection des droits de l’homme et les difficultés de leur intégration en droit interne », *Op. cit.*

⁷³ Cf. DECAUX, E., “Les normes internationales de protection des droits de l’homme et les difficultés de leur intégration en droit interne », In DELMAS-MARTY, M., MARTIN-CHENUT, K. (Org.), *Regards croisés sur l’internationalisation du droit : France-Brésil*, Paris : *Société de Législation Comparée*, no prelo

⁷⁴ CEDH *Mazureck c/ France*, n. 34406/97, 1º de fevereiro de 2000. Após esta condenação, houve uma alteração da posição jurisprudencial da *Cour de Cassation* e reformas legislativas (leis de 3 de dezembro de 2001 e de 4 de março de 2002).

⁷⁵ Lei de 15 de junho de 2000.

⁷⁶ CEDH, *Khalifaoui c/ France*, 34791/97, 14 de dezembro de 1999

⁷⁷ CEDH *Brusco c/ France*, nº 1466/07, 14 de outubro de 2010.

⁷⁸ Cf. Lei de 15 de junho de 2000, art. 626-1 a 626-7 do CPP.

recente. As quatro condenações do Brasil ocorreram em 2006. Ora, 20 anos separam a primeira condenação francesa pela Corte europeia (1986) da primeira condenação brasileira pela Corte interamericana (2006). Vinte anos também separam o início do funcionamento das duas cortes (1959 para a Corte europeia, 1979 para a Corte interamericana). Os dois sistemas regionais também se diferenciam quanto à complexidade e sobretudo quanto aos meios que permitem um funcionamento eficiente dos tribunais.

O sistema europeu de proteção dos direitos humanos funda-se em um grande texto de referência (Convenção europeia juntamente com seus protocolos) e desde a aplicação do protocolo nº 11 (1998), possui um único órgão de controle, a Corte, que é permanente e competente para julgar todos os 47 Estados membros do Conselho da Europa e partes da Convenção europeia. Para tanto, ela é composta por 47 juizes. O sistema interamericano, como vimos, é bicéfalo. A Comissão é um órgão semi-jurisdicional competente para analisar com base nos dois textos de referência (Declaração e Convenção americanas) denúncias contra todos os Estados da OEA, ou seja, 35. Porém, ela é composta por somente 7 membros. Já a Corte interamericana é um órgão jurisdicional que não atua de forma permanente, que é competente para julgar somente os Estados membros da Convenção americana que tenham aceitado sua competência (21 Estados) e, como a Comissão, também é composta por somente 7 juizes.

A jurisprudência da Corte interamericana, além de ser bem mais recente que a europeia, é bem mais restrita em termos quantitativos⁷⁹. Entre o primeiro julgado da Corte europeia em 1960 (caso *Lawless c/ Irlanda*) e 2011, a corte pronunciou mais de 15.000 sentenças. Em mais de 83% destas decisões a Corte constatou pelo menos uma violação da Convenção europeia. Dentre estas decisões, 5,7% foram relativas à França⁸⁰. Já a Corte interamericana entre 1987 (ano de sua primeira decisão no Caso *Velásquez Rodríguez vs Honduras*) e 2012 pronunciou somente 250 sentenças⁸¹.

No final de 2011, 151.600 casos estavam pendentes perante uma formação da Corte europeia (2.752 relativos à França) contra um pouco mais de uma centena perante a Corte interamericana⁸² (nenhum contra o Brasil). Mas é preciso notar que a Corte interamericana conhece atualmente uma multiplicação dos casos que lhe são transmitidos pela Comissão. Em 2011, 23 casos foram apresentados à Corte, contra 2 em 1997.

Desde a reforma do sistema europeu e da supressão em 1998 da Comissão europeia (a qual funcionava como um filtro), a Corte conheceu um aumento exponencial de casos: 91% das sentenças da Corte desde a sua criação em 1959 foram emitidas entre 1998 e 2010. Nos últimos anos a Corte tem reunido casos para um tratamento comum. Em 2010 a Corte europeia emitiu 1499 sentenças e em 2011, em virtude desta reunião de casos complexos, o número de sentenças diminuiu para 1.157, entretanto o número de casos analisados aumentou. Já a Corte interamericana emitiu somente 18 sentenças em 2011, assim como 32 resoluções de

⁷⁹ Não podemos, entretanto, quando de uma análise comparativa quantitativa dos dois sistemas regionais, negligenciar o número importante de decisões quase-jurisdicionais da Comissão interamericana.

⁸⁰ Cf « CEDH – Aperçu 1959-2011 », http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/AB207AED-B81D-4981-8628-11DD546B46CA/0/APERCU_19592011_FR.pdf. Os dados estatísticos mencionados neste trabalho podem ser encontrados no site da Corte europeia : <http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Reports+and+Statistics/Statistics/Statistical+data/>.

⁸¹ Veja a lista da jurisprudência da Corte (<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>). Os diversos dados estatísticos relativos à Corte interamericana mencionados neste trabalho foram obtidos no site da Corte, notadamente no relatório anual de 2011 disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/informes/espanol.pdf>.

⁸² A grande maioria em fase de execução.

supervisão de cumprimento de sentença. Mas aos dados estatísticos relativos à Corte interamericana, temos que acrescentar os dados atinentes à Comissão interamericana para termos uma visão global do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. A Comissão, em 2011⁸³, publicou 67 relatórios de admissibilidade e 11 de inadmissibilidade, 8 relatórios relativos a soluções amigáveis e 25 decisões de mérito, enfim, 23 casos foram transmitidos à Corte. Atualmente, mais de 6.000 petições encontram-se pendentes perante a Comissão e mais de 250 são relativas ao Brasil.

Ora, na França foram necessários vários anos desde o reconhecimento do recurso individual e várias condenações (mais de 600⁸⁴) para uma efetiva mudança dos hábitos e para uma difusão generalizada do direito internacional junto aos profissionais do direito. Mas se a jurisprudência interamericana é recente e modesta no plano quantitativo, isso não significa que ela não tenha importância em termos qualitativos ou um impacto importante no âmbito interno brasileiro.

Apesar dos diversos óbices à implementação das decisões interamericanas e das críticas que podem ser feitas à aplicação do direito regional de proteção dos direitos humanos pelos juízes nacionais, os quais não têm exercido um controle de convencionalidade, as decisões do sistema interamericano têm um impacto no Brasil que não pode ser negligenciado. Podem ser observados esforços do Brasil para o cumprimento das recomendações da Comissão ou das sentenças da Corte, mas também para o levantamento de medidas “cautelares”⁸⁵ ou “provisórias”⁸⁶.

A título de exemplo, podemos mencionar a implosão dos pavilhões da Casa de Detenção de São Paulo (Carandiru) em dezembro de 2002 após o caso apresentado à Comissão interamericana relativo à morte de 111 presos em 1992, ou a política do Estado do Rio de Janeiro visando abolir a carceragem em delegacias de polícia como resposta às medidas cautelares outorgadas pela Comissão⁸⁷.

No Caso relativo ao Presídio Urso Branco (Casa de Detenção José Mário Alves em Porto Velho), no qual a Corte emitiu dez resoluções em nove anos, um pacto foi firmado entre a União, o Governo do Estado de Rondônia e o Ministério público, a Defensoria pública e o Poder judiciário estaduais visando ao levantamento das “medidas provisórias” ordenadas pela

⁸³ Veja o relatório anual da Comissão de 2011, disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2011/indice.asp>.

⁸⁴ Dentre estas condenações, 39% são concernentes à duração abusiva do processo diante das jurisdições francesas e 34% a falhas na aplicação de um devido processo legal, portanto mais de 60% das condenações da França são relativas à violação do artigo 6 da Convenção européia. Apesar do número elevado de condenações, é preciso ressaltar que 96% das petições apresentadas à Corte contra a França não têm como desfecho uma sentença de mérito.

⁸⁵ Emitidas pela Comissão interamericana.

⁸⁶ Emitidas pela Corte interamericana.

⁸⁷ A Comissão interamericana havia outorgado em 2005 uma medida cautelar visando a proteger a vida e a integridade pessoal de detentos em condições desumanas e degradantes no sótão da delegacia POLINTER (Praça Mauá), a qual foi desativada. Em 2009, nova cautelar foi outorgada pela CIDH visando à proteção da vida, da saúde e da integridade física de detentos em condições desumanas e degradantes na penitenciária POLINTER-Neves de São Gonçalo, em virtude de denúncias de superlotação e propagação de doenças contagiosas em carceragem localizada em São Gonçalo. Em junho de 2012 foi amplamente divulgado na mídia o pioneirismo do Rio de Janeiro na extinção das carceragens no interior das delegacias de polícia e transferência dos presos que aguardavam julgamento para a nova Cadeia Pública Hélio Gomes em Magé.

Corte interamericana⁸⁸. Deve ser ressaltada a participação da sociedade civil neste pacto: as ONGs peticionárias junto ao sistema interamericano participarão do monitoramento da implementação deste pacto. A Corte, por sua vez, após reconhecer os esforços do Brasil e considerar que os requisitos de extrema gravidade, urgência e necessidade de prevenir danos irreparáveis à integridade e à vida dos beneficiários cessaram de existir, determinou o arquivamento do caso em 25 de agosto de 2011⁸⁹.

Outro importante exemplo é o da desativação do Complexo do Tatuapé da Fundação CASA no Estado de São Paulo em outubro de 2007, sob pressão das “medidas provisórias” ordenadas pela Corte interamericana desde 2005 em virtude de problemas ligados à superlotação, maus-tratos e até mesmo tortura. Neste caso também a Corte determinou o arquivamento, considerando o avanço notável que representou a desativação paulatina do Complexo do Tatuapé e a transferência dos beneficiários das medidas provisórias a outras unidades da Fundação, as quais, segundo registros, não apresentariam superlotação, e que portanto, os fatos que motivaram a adoção das “medidas provisórias” teriam deixado de existir⁹⁰. Entretanto, a Corte ressaltou a persistência de problemas estruturais que afetam todas as crianças e adolescentes cumprindo medidas sócio-educativas, mas problemas estes que só poderão ser avaliados em decisões de mérito⁹¹.

Podemos citar ainda a reconstrução da Penitenciária de Araraquara sob a pressão das medidas provisórias ordenadas pela Corte interamericana no “Caso das pessoas privadas de liberdade na Penitenciária *Dr. Sebastião Martins Silveira*”, as quais também foram levantadas e o caso arquivado em 2008⁹².

Não podemos deixar de citar a adoção, graças à pressão exercida pela Comissão interamericana⁹³, da legislação de prevenção e sanção da violência doméstica e familiar contra as mulheres (Lei “Maria da Penha”)⁹⁴, assim como as mudanças ocorridas na política de saúde mental em virtude da pressão exercida pelo sistema interamericano no contexto do caso Damião Ximenes Lopez⁹⁵.

⁸⁸ “Pacto para Melhoria do Sistema Prisional do Estado de Rondônia e Levantamento das Medidas Provisórias Outorgadas pela Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Cf. <http://www.sejus.ro.gov.br/wp-content/uploads/2011/09/pacto-encerramento-das-mps-urso-branco.vers%C3%A3o-final.22.08.11.pdf>.

⁸⁹ Cf. http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso_se_10_por.pdf.

⁹⁰ Resolução da Corte interamericana de 25 de novembro de 2008, “Assunto das crianças e adolescentes privados de liberdade no “Complexo do Tatuapé” da Fundação CASA, Cf. http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/febem_se_06_por.pdf. Veja, notadamente, §§ 17 e 21.

⁹¹ Notadamente no caso n° 12.328. Cf. Resolução da Corte interamericana de 25 de novembro de 2008, “Assunto das crianças e adolescentes privados de liberdade no “Complexo do Tatuapé”, Op. Cit., § 14.

⁹² Cf. Resolução da Corte interamericana de 25 de novembro de 2008, “Assunto das pessoas privadas de liberdade na Penitenciária “Dr. Sebastião Martins Silveira” em Araraquara, São Paulo », http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/araraquara_se_05_por.pdf.

⁹³ Em 2001, no caso 12.051, a Comissão interamericana declarou o Estado brasileiro responsável pela violação dos artigos 1.1, 8 e 25 CADH, assim como da Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher (Convenção de Belém do Pará de 1994).

⁹⁴ Recentemente, quando do julgamento do plenário do STF sobre a constitucionalidade de certas disposições da Lei “Maria da Penha”, o papel importante da Comissão interamericana foi lembrado pelo Ministro Celso de Mello. Veja “ADC 19: dispositivos da Lei Maria da Penha são constitucionais”. *Notícias STF*, 9 de fevereiro de 2012, “<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199845>”.

⁹⁵ Veja ROSATO, C. M., CORREIA, L. C., “Caso Damião Ximenes Lopes: Mudanças e desafios após a primeira condenação do Brasil pela Corte interamericana de direitos humanos”, *Revista Sur*, v. 8, n° 15, 2011, pp. 93-113.

Recentemente, como consequência do caso *Gomes Lund*, deve ser citada adoção da lei que regula o acesso à informação (Lei nº 12.527 de 18 de novembro de 2011). Com esta lei o acesso à informação torna-se regra, e o sigilo, exceção. Na continuidade desta sentença contra o Brasil houve também a criação da “Comissão nacional da verdade” em 2011⁹⁶.

5. Conclusões

Os exemplos citados acima relativos ao impacto das decisões do sistema interamericano – notadamente nas políticas públicas nacionais – e a comparação da experiência jurisdicional brasileira com a experiência francesa – onde mais de duas décadas foram necessárias para se alcançar o estágio atual de interação entre os sistemas nacional e europeu –, auguram uma conclusão otimista. Porém este otimismo é abrandado quando comparamos a postura do Brasil em face do sistema interamericano com a dos países vizinhos e que estão sujeitos à mesma temporalidade.

Como explicar o hermetismo brasileiro quando o comparamos com a postura da Argentina, do Uruguai, da Colômbia, do Perú ou do México? Como comparar a posição do STF, por exemplo na ADPF 153 em 2010, com a da Corte suprema argentina em 2005 no caso *Simón* ou ainda com a da Corte suprema uruguaia em 2009 no caso *Sabalsagaray*? A justiça argentina erige a jurisprudência interamericana em paradigma interpretativo para afastar leis nacionais que mantêm a impunidade de autores de graves violações de direitos humanos⁹⁷. A justiça uruguaia, antes mesmo da condenação do Uruguai pela Corte interamericana no caso *Gelman* e às vésperas de uma consulta popular sobre o tema, declarou a inconstitucionalidade da *Ley de Caducidad* modificando orientação jurisprudencial de mais de vinte anos. Para tanto, também apoiou-se no direito internacional, em decisões da Corte interamericana e até mesmo em decisões de cortes nacionais da região. Devem ser também lembradas a implementação das decisões interamericanas no Perú, cujo Tribunal constitucional admitiu o caráter vinculante das sentenças da Corte; na Colômbia, cuja Corte constitucional incorpora elementos da jurisprudência interamericana, considerando as sentenças interamericanas como elementos hermenêuticos importantes para suas próprias decisões; ou ainda no México, cuja Suprema Corte além de admitir a obrigatoriedade das sentenças da Corte interamericana, considera os critérios utilizados nas sentenças interamericanas elementos orientadores fundamentais no controle de convencionalidade em nível interno.

Quando comparamos a postura do Brasil à dos países vizinhos mencionados acima, constatamos um isolamento da justiça brasileira que poderia, inclusive, ser qualificado de arrogante. A assimetria existente em nível regional pode trazer alguns elementos de explicação para tal isolamento. Como mencionado na introdução deste artigo, o Brasil é uma potência emergente com aspirações à liderança no continente, concentrando parte importante do território, da população e da economia da região. Nestas condições, a submissão do país a normas e decisões supranacionais parecem ser interpretadas como desagradáveis concessões. Um exemplo recente é o da violenta reação brasileira à medida cautelar outorgada pela Comissão interamericana relativa à construção da usina hidroelétrica de Belo Monte. Outro exemplo é o dos comentários suscitados pela sentença da Corte interamericana no caso *Gomes Lund* relativos à submissão ou não do Brasil à decisão supranacional.

⁹⁶ Apesar de sua criação ter sido prevista desde a adoção do III Plano nacional de direitos humanos no final de 2009, a sentença da Corte interamericana certamente contribuiu para acelerar este processo de criação.

⁹⁷ Apoiando-se inclusive em sentença que não questionava diretamente as leis argentinas, mas as leis peruanas no emblemático caso *Barrios Altos vs Peru*, 14 de março de 2001, Série C nº 75.

A experiência francesa mostra a importância do diálogo entre as jurisdições nacionais e regionais. O fortalecimento do sistema interamericano (leia-se o verdadeiro fortalecimento do sistema e não a desarticulação do mesmo preconizada por certos países da região⁹⁸) passa necessariamente por um diálogo jurisprudencial. Aliás, este diálogo não possui uma única orientação. Ele não obedece a um simples movimento descendente (do sistema interamericano aos sistemas nacionais). Ele se inscreve em um movimento de mão dupla. O sistema interamericano também valoriza as decisões nacionais que favorecem a efetiva proteção dos direitos humanos. Nas sentenças da Corte interamericana, as decisões dos tribunais internos são cada vez mais citadas, quando não homenageadas.

O desenvolvimento desse diálogo propiciará, talvez em um futuro próximo, a integração de mecanismos de flexibilização como a “margem nacional de apreciação” tão difundida no sistema europeu. Tal “margem” por sua vez, favorece a instalação do diálogo, criando, assim, um círculo virtuoso. Este diálogo não é isento de tensões, receios de perda de soberania ou riscos de insegurança jurídica⁹⁹, porém, a efetiva proteção dos direitos humanos através da aplicação do direito internacional não se concretizará através da “guerra de juízes”¹⁰⁰, mas através da cooperação permanente entre as jurisdições nacionais e internacionais.

Francisco Rezek, no mencionado encontro das três Redes ID em abril de 2012 concluiu sua palestra exortando os membros destas Redes a adotarem uma postura realista e uma política de procura de resultados. Parte dos membros da nossa Rede ID franco-brasileira, com a qual me identifico, é otimista sem ser ingênua e divide a bela acepção da palavra utopia adotada por Paul Bouchet: utopia como “antecipação militante”¹⁰¹.

⁹⁸ Veja, a este respeito, VENTURA, D., CETRA, R., “O Brasil e o sistema interamericano de direitos humanos: de Maria da Penha à Belo Monte”, In MOREIRA DA SILVA FILHO, J. C., TORELLY, M. (org.), *Justiça de transição nas Américas: olhares interdisciplinares, fundamentos e padrões de efetivação*, Belo Horizonte : Forum, 2013, disponível em [http://www.conectas.org/arquivos/Ventura%20Cetra%20O%20Brasil%20e%20o%20SIDH%202012%20\(2\)\(1\).pdf](http://www.conectas.org/arquivos/Ventura%20Cetra%20O%20Brasil%20e%20o%20SIDH%202012%20(2)(1).pdf)

⁹⁹ Para um testemunho sobre esta evolução e as dificuldades encontradas, veja, palestra de Guy Canivet , ex-presidente da *Cour de cassation* e atual membro do *Conseil constitutionnel*, “Cours suprêmes nationales et Convention européenne des droits de l’homme. Nouveau rôle ou bouleversement de l’ordre juridique interne ?”, disponível em http://www.courdecassation.fr/IMG/File/cours_supremes_canivet.pdf.

¹⁰⁰ *Idem*.

¹⁰¹ BOUCHET, P., « Mes sept utopies », Paris : Editions de l’Atelier, 2010, p. 159.