

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO**

MARCELO TORELLY

**Governança Transversal dos Direitos Fundamentais:
Experiências Latino-Americanas**

**BRASÍLIA
2016**

MARCELO TORELLY

**Governança Transversal dos Direitos Fundamentais:
Experiências Latino-Americanas**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, “Direito, Estado e Constituição”, da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Neves

Brasília
29 de março de 2016

MARCELO TORELLY

**Governança Transversal dos Direitos Fundamentais:
Experiências Latino-Americanas**

Tese de Doutorado em Direito

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Marcelo da Costa Pinto Neves – Presidente
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília

Prof. Dr. Cristiano Paixão de Araújo Pinto
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília

Profa. Dra. Eneá de Stutz e Almeida
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília

Prof. Dr. George Rodrigo Bandeira Galindo
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília

Profa. Dra. Deisy de Freitas Lima Ventura – Membro Externo
Instituto de Relações Internacionais da Universidade de São Paulo

Profa. Dra. Roberta Camineiro Baggio – Membro Externo
Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

AGRADECIMENTOS

A pesquisa e escrita desta tese foi possível graças ao apoio e auxílio de inúmeras pessoas e instituições, a quem dedico sinceros agradecimentos.

Primeiramente, a orientação presente e segura do professor Marcelo Neves, na Universidade de Brasília, que interessou-se pelo projeto desde sua versão inicial e acompanhou seu desenvolvimento sugerindo novas perspectivas, oferecendo necessárias correções e críticas, sempre incentivando a ampliação dos horizontes da pesquisa. Agradeço ainda a co-orientação durante o estágio doutoral da professora Leigh Payne, do Centro de Estudos Latino Americanos e do Departamento de Sociologia da Universidade de Oxford, St Anthony's College, com quem tive o privilégio de trabalhar em inúmeros projetos desde o ano de 2009. Foram determinantes para os eventuais êxitos deste trabalho a atenção e supervisão dos professores David Kennedy, durante meu período como pesquisador visitante no *Institute for Global Law and Policy* da Escola de Direito da Universidade Harvard, e do professor Timothy Endicott, durante meu período como acadêmico visitante na Faculdade de Direito da Universidade de Oxford. Ainda, foram estruturalmente determinantes para qualquer sucesso tido os esforços e apoio dos professores Paulo Abrão e James Green.

Igualmente agradeço ao grande número de colegas que contribuíram com entrevistas, sugestões de casos e de literatura, e comentários as versões parciais do projeto e texto da tese, em português e inglês, apresentadas em eventos, grupos de estudos ou compartilhadas individualmente. Agradeço especialmente a Alberto Filippi, Alexandra Huneus, Amaya Alvez, Ana Lúcia Sabadell, Anthony Pereira, Bruno Bernardo Botti, Carina Calabria, Carlos Gaio, Cath Collins, Cecília MacDowell Santos, Chandra L. Sriram, Clara Sandoval, Cristiano Paixão, Deisy Ventura, Diego Garcia Sayan, Eduardo Moreira, Emilio Peluso Neder Meyer, Fábio Almeida, Federico Andreu Guzman, Francesca Lessa, George Rodrigo Bandeira Galindo, Gerald Neuman, Gustavo Sampaio de Abreu Ribeiro, Heidi Matthews, Iavor Rangelov, Inês Virgínia Prado Soares, James Cavallaro, James Crawford, José

Carlos Moreira Silva Filho, Juan Pablo Bohoslavsky, Karinna Fernández, Kathryn Sikkink, Koen Lemmens, Larissa Boratti, Lauro Joppert Swenson Junior, Leonardo Barbosa, Leonardo Filippini, Maurício Palma, Micha Wiebusch, Naomi Roht-Arriaza, Nina Schneider, Pablo Galain, Pablo Holmes, Pablo Saavedra Alesandri, Par Engstrom, Paul van Zyl, Pedro Rubim Borges Fortes, Pedro Salazar, Pola Cebulak, Rebecca Atencio, Roberto Gargarella, Roberto Figueiredo Caldas, Rossana Rocha Reis, Ruti Teitel, Sergio Garcia Ramirez, Stephan Parmentier, Vicki Jackson e William Twining.

Para além dos colegas nominados, recebi aportes “anônimos” durante a participação em eventos e atividades acadêmicas onde apresentei e discuti partes da tese. Algumas das ideias aqui expostas foram discutidas com os colegas de classe nos cursos tidos no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, e na turma do curso de *Global Law and Policy* da Escola de Direito da Universidade Harvard.

Rascunhos e partes do texto da tese também foram apresentados no grupo de pesquisa *Disco – Direito, Sociedade Mundial e Constituição*, da Universidade de Brasília; no seminário internacional *Transitional Justice: vergleichende einblicke in transitionsprozesse aus Brasilien und Deutschland*, realizado na Universidade Goethe de Frankfurt, em julho de 2012; em palestra intitulada *Justiça Transicional e a Insurgência de Normas Globais*, na Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, em abril de 2013; no workshop *Assessing the Inter-American Human Rights System: empirical and methodological challenges*, realizado pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade de São Paulo, em julho de 2013; no *Harvard Law School Visiting Scholars & Visiting Researches Colloquium*, em setembro de 2013; no *Watson Institute for International Affairs* da Universidade Brown, em outubro de 2013; na *School of International and Public Affairs* da Universidade Columbia, em outubro de 2013; em dois encontros acadêmicos na cidade de Nova Iorque, em novembro de 2014, primeiro na *New York Law School* e, a seguir, no *Center for Human Rights and Global Justice* da Escola de Direito da Universidade de Nova Iorque; em duas conferências na Universidade Tulane, no Departamento de Estudos Portugueses e Espanhóis e no *Payson Center for International Development*, em dezembro de 2013; na *II Graduate Conference on Latin American Law and Policy*, realizada na St. Anthony’s College da Universidade de Oxford em março de 2014, sob auspícios da Faculdade de Direito e

do Centro de Estudos Latino-Americanos; no *Zukunftskolleg Seminar Series* da Universidade de Konstanz, em abril de 2014; no seminário internacional *Human Rights and Transitional Justice in Latin America: developing multiple strategies on the road from impunity to accountability*, tido em maio de 2014 na Universidade Católica de Leuven; no workshop *The Study of Democracy, International Human Rights Courts and Punishment*, na *University College London*, em maio de 2014; na conferência *Borders and Boundaries in Transitional Justice* da *Oxford Transitional Justice Research* realizada em junho de 2014; no colóquio internacional *1964: la dictature brésilienne et son legs*, realizado em junho de 2014 na *École des Hautes Études en Sciences Sociales*; na conferência *Shifting Debates and Meanings of Amnesty: civil society and the struggle for justice in Brazil*, na *London School of Economics and Political Science*, em julho de 2014; na oficina *Transnacionalismo, Compliance e Direito Humanos*, realizada em outubro de 2014 no Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade de São Paulo; no workshop *Assessing the Impact of the Inter-American Human Rights System*, realizado na Cidade do México em outubro de 2014, na Universidade Nacional Autônoma do México e no Instituto de Estudos Tecnológicos do México; na reunião de 2014 da *American Society for Legal History*, em novembro de 2014; no *VIII Seminário Internacional de Direitos Humanos* da Universidade Federal da Paraíba, em dezembro de 2014, em João Pessoa; e no workshop anual do *Institute for Global Law and Policy* da Faculdade de Direito da Universidade Harvard, em janeiro de 2015, em Doha.

Resultados preliminares, reflexões sobre o acervo de entrevistas realizadas e da revisão de literatura e dos casos que compõem a presente tese foram publicados na *Revista Sistema Penal e Violência* do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; na *Revista Fórum de Ciências Criminais*; no livro *Justiça de Transição nos 25 anos da Constituição de 1988*, editado por Marcelo Andrade Cattoni e Emilio Peluso Neder Meyer para a *Initia Via*; no livro *Fragmentação do Direito Internacional - Pontos e Contrapontos*, editado por George Rodrigo Bandeira Galindo para *Arraes Editores*; no livro *Law and Policy in Latin America: transforming courts, rights, and institutions*, editado por Pedro Rubin Borges Fortes, Larrisa Boratti, Andres Palacios e Tom Daly, no prelo pela *Palgrave MacMillan*; e em obra ainda sem título editada por Par

Engstrom, Rossana Reis e Sandra Borda no bojo do projeto *Assessing the Impact of the Inter-American Human Rights System*. O processo de revisão, cega e pelos editores designados, bem como o retorno recebido após a eventual publicação dos trabalhos foi fundamental para aprimorar argumentos, corrigir erros e melhorar o conjunto desta tese.

O financiamento para a realização da pesquisa foi possível graças a bolsas concedidas pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) e pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes). Ainda, suporte financeiro adicional para pesquisa, viagens e apresentação de resultados parciais foi oferecido pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade de São Paulo, pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, pelo *Institute for Global Law and Policy* da Faculdade de Direito da Universidade Harvard, pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, pelo *Institute for Global Law, Justice and Politics* da *New York Law School*, pelo Departamento de Estudos Portugueses e Espanhóis da Universidade Tulane, pelo programa de excelência *Zukunftskolleg* da Universidade de Konstanz, pela Faculdade de Direito da Universidade Católica de Leuven, pela *École des Hautes Études en Sciences Sociales*, pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, pelo *Leverhulme Trust*, pela *American Society for Legal History*, pelo Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos da Universidade Federal da Paraíba, pela Fundação Qatar e pela Universidade Hamad Bin Khalifa.

Finalmente, agradeço a minha família e aos meus amigos, por tornarem possível e feliz a intensa experiência desses últimos quatro anos. Um obrigado mais especial aos meus pais, Jayme e Leonice, por literalmente acompanharem e darem suporte a uma jornada que se estendeu da pré-escola ao doutoramento, e ao Frederico, pela paciência com todos os sacrifícios que esse projeto implicou e pela generosa leitura do manuscrito final.

RESUMO

Esta tese defende que a maior interação entre ordens constitucionais domésticas e regimes auto-continentes propicia a emergência de espaços de governança transversal. Na América Latina, a interação entre as ordens constitucionais domésticas e o regime regional dos direitos humanos é um lócus para essa emergência, mas a transversalidade é limitada por pretensões hierárquicas próprias das ordens e regimes envolvidos. A ideia de transconstitucionalismo é introduzida como alternativa às perspectivas hierárquicas como o monismo e o dualismo. A primeira parte da tese apresenta o desenvolvimento histórico que conforma o atual estilo de governança global judicializada e estuda a emergência da norma global de responsabilidade individual por graves violações contra os direitos humanos. A segunda parte analisa elementos de um conjunto de 50 casos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e das justiças domésticas da Argentina, Brasil, Chile, México e Uruguai lidando com a aplicação da norma global de responsabilidade individual e o surgimento de novos mecanismos de interação, por meio de reformas constitucionais e da doutrina do controle de convencionalidade. Analisa como padrões de resistência, convergência e articulação são formados e contribuem ou restringem a governança transversal. Conclui que a despeito da gradual consolidação de um discurso de horizontalidade e cooperação entre regimes, a doutrina e a prática judicial seguem promovendo argumentos de solução hierárquica de conflitos que tendem a restringir e inibir as possibilidades de uma governança efetivamente transversal dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE

1. Governança Global;
2. Transconstitucionalismo;
3. Responsabilidade Individual;
4. Controle de Convencionalidade;
5. América Latina.

TORELLY, Marcelo. **Governança Transversal dos Direitos Humanos: Experiências Latino-Americanas**. Tese de doutorado em Direito apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2016, 300f.

ABSTRACT

This dissertation argues that the increasing interaction between constitutional orders and self-contained legal regimes leads to the emergency of areas of transversal governance. In Latin America the domestic constitutional orders and the Inter-American Human Rights System interaction allow this emergency but the transversal governance is limited by hierarchical claims. The idea of transconstitutionalism is introduced as an alternative to hierarchical perspectives such as monism and dualism. Part I addresses the historical development of the current style of judicialized global governance and analyze the emergence of the global norm of individual accountability for gross human rights violations. Part II assesses elements of 50 cases from the Inter-American Human Rights System and the domestic justice systems from Argentina, Brazil, Chile, Mexico, and Uruguay dealing with the global norm of individual accountability and the rising of new mechanisms of interaction via constitutional reforms and the emergence of the conventional review doctrine. It also analyzes how patterns of resistance, convergence and engagement are shaped and contribute or restrict the transversal governance. It concludes that regardless the gradual consolidation of a speech of horizontality and cooperation among legal regimes the theory and the legal practice still argue for hierarchical conflict resolutions, inhibiting effective possibilities of fundamental rights transversal governance.

KEY WORDS

1. Global Governance;
2. Transconstitutionalism;
3. Individual Accountability;
4. Conventional Review;
5. Latin America.

TORELLY, Marcelo. **Governança Transversal dos Direitos Humanos: Experiências Latino-Americanas.** PhD Dissertation, University of Brasília, Faculty of Law, 2016, 300p.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
------------------	----

PARTE I

PANORAMA TEÓRICO:

GOVERNANÇA TRANSVERSAL, TRANSCONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E EMERGÊNCIA DAS NORMAS GLOBAIS

Capítulo 01. Desenvolvimento e Judicialização da Governança Global	21
1.1. Direito Internacional e assembleísmo global	25
1.2. Balanço de poder e capacidade executiva.....	30
1.3. Fragmentação, regimes jurídicos auto-continentes e novas abordagens constitucionais.....	37
1.4. Judicialização e processo jurídico transnacional	42
1.5. Evolução e características Estruturais da Governança Global	52

Capítulo 02. Estatalidade, Transconstitucionalização e Direito “Global” – o caso da Norma Global de Responsabilidade Individual.....	63
2.1. Enunciação e Efetivação de Direitos pelo Estado Nacional.....	68
2.2. Declínio da estatalidade e redistribuições de capacidade decisória	79
2.3. A transconstitucionalidade dos direitos fundamentais	88
2.4. A emergência de normas globais e sua estruturação em regras e princípios.....	104
2.5. A norma global de responsabilidade individual.....	115
2.6. Entre adequação e consistência: a diferença funcional na aplicação da norma global de responsabilidade individual	126

PARTE II

GOVERNANÇA TRANSVERSAL NA AMÉRICA LATINA:

TRANSCONSTITUCIONALIZAÇÃO DOMÉSTICA NO SISTEMA INTERAMERICANO E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Capítulo 03. Transconstitucionalização doméstica dos Direitos Fundamentais no Sistema Interamericano de Direitos Humanos	136
3.1. Processo jurídico transnacional na Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o uso do litígio estratégico	141
3.2. As cortes e as emergências transconstitucionais: as anistias e a norma global de responsabilidade individual	151
3.3. Arquitetura institucional doméstica para a abertura ao Direito Internacional dos Direitos Humanos.....	192
Capítulo 04. Dilemas e perspectivas da governança transversal dos Direitos Humanos: o Controle de Convencionalidade	202
4.1. Retomando metáforas “ultrapassadas”: de monismo e dualismo à unidade heterárquica	205

4.2. Uma ferramenta jurídica ímpar: a genealogia da ideia de “controle de convencionalidade” na Corte Interamericana de Direitos Humanos	218
4.3. Conflitos decorrentes da implementação do controle de convencionalidade nas cortes domésticas	240
4.4. Controle de convencionalidade como acoplamento entre regimes: possibilidades e limitações da abordagem transconstitucional não-hierárquica.....	255
4.5. Controle de convencionalidade e processo jurídico transnacional: um balanço.....	262
CONCLUSÕES	276
REFERÊNCIAS.....	285

INTRODUÇÃO

Na presente tese argumenta-se que a maior interação entre ordens constitucionais domésticas e os regimes auto-continentes existentes no âmbito transnacional propicia a emergência de espaços de governança transversal onde a função de mediação entre direito e política do direito constitucional é substancialmente redimensionada. Na América Latina, a interação entre as ordens constitucionais domésticas e o regime regional dos direitos humanos é um lócus desse processo, abrindo espaço para que distintos agentes sociais operem de maneira funcionalmente similar àquela dos atores constitucionais clássicos do constitucionalismo de matriz estatal. A transversalidade, não obstante, é limitada por pretensões hierárquicas próprias das ordens e regimes envolvidos, seja por razões de preservação de atribuições, seja por questionamentos à própria legitimidade do processo de governança transversal. A ideia de transconstitucionalidade pode auxiliar a reformatar o debate sobre direitos fundamentais, equilibrando sua dupla dimensão positiva, de direitos humanos no direito internacional e direitos constitucionais no direito doméstico, fortalecendo as garantias fundamentais sem estabelecer uma hierarquia prévia entre doméstico e internacional que iniba a transversalidade.

A tese elaborada dialoga criticamente com pelo menos seis argumentos comumente encontrados na literatura. Primeiro, a ideia de que o maior protagonismo das cortes internacionais implica um mais amplo uso do Direito na solução dos problemas globais, na maior consolidação de um “estado de direito internacional”, ou mesmo na superação da política pela nova ordem global. Ao contrário, ao defender o deslocamento dos problemas constitucionais para um âmbito que transcende (sem

excluir) o Estado nacional, argumenta-se pela ampliação dos processos capazes de influir na conformação dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, não na “superação” da política pelo direito, mas na alteração do papel do direito constitucional: de mediador entre direito e política no âmbito doméstico para mediador entre direito e política e entre interno e externo em um espaço global organizado por interações parciais, estáveis ou pontuais. Sem que deixem de existir problemas constitucionais domésticos, passam a existir também problemas constitucionais transversais. A tensão entre direito e política segue presente em ambos os casos, sendo que o maior protagonismo das cortes decorre mais de uma mudança no estilo de governança hegemônico do que um sintoma de uma suposta ampliação do império do direito global.

Segundo, consoante a demonstração de duas hipóteses chave, quais sejam, a da maior interação entre ordens e regimes e a da emergência de novos atores e normas globais, desafia-se a ideia clássica de que o direito constitucional é produto de decisões soberanas tidas nos estados nacionais, e que o direito internacional é produto do acordo de vontade da maioria ou suficientes estados nacionais. Sem questionar a idealidade destas assertivas, procurar-se-á demonstrar como, em concreto, a dupla positividade dos direitos fundamentais, prescritos como direitos constitucionais nas ordens domésticas e direitos humanos no direito internacional dos direitos humanos, tem como resultado que aquilo que Harold Koh definiu como “processos jurídicos transnacionais” venham a incidir de maneira determinante no escopo dos direitos fundamentais e das garantias e obrigações deles decorrentes. Nesse novo “jogo”, são atores constitucionais não apenas “o povo” e as instituições domésticas, mas também organizações públicas e privadas, domésticas e internacionais, mediadas por uma plêiade de técnicos e especialistas.

Terceiro, e como consequência, resta alterada uma das ideias chave do constitucionalismo clássico que conecta as garantias fundamentais com o poder constituinte originário e sua proteção com a atuação das cortes constitucionais. Sem que estes atores deixem de ter relevância, novos documentos jurídicos passam a receber interpretação análoga à constituição, ensejando a emergência de divergências e disputas quanto às cortes detentoras da “última palavra” em relação à interpretação dos direitos fundamentais.

Quarto, ao investir na ideia de interação, empreende-se um movimento de deslocamento de uma perspectiva substancialista estruturalmente baseada na organização institucional do Estado nacional rumo a uma perspectiva processualmente baseada, que considera um conjunto de legalidades superpostas e não hierarquicamente coordenadas. Ao fazê-lo, questiona-se outra premissa do constitucionalismo estatal clássico, qual seja, a da homogeneidade normativa. A governança transversal e o transconstitucionalismo, ao apostarem em processos de interação não hierarquicamente mediados, abrem o constitucionalismo (e o Direito), a uma maior heterogeneidade. Como se pretende demonstrar na discussão quanto à emergência de normas globais, as mesmas se internalizam de maneira distinta nas variadas ordens constitucionais e regimes internacionais, funcionando ora como regras, ora como princípios e, eventualmente, sendo simplesmente resistidas.

Quinto, a ideia de que a concessão de um maior status hierárquico para os direitos humanos nas ordens domésticas *per se* resulta numa maior efetividade dos instrumentos internacionais de proteção e das decisões das cortes internacionais. Como se pretende demonstrar, em que pese uma maior abertura da arquitetura institucional das constituições domésticas contenha o potencial de ampliar a interação com o direito internacional dos direitos humanos, fatores de cultura jurídica expressos, sobretudo, na interpretação das cortes superiores igualmente guardam potencial para inibir os processos interativos. Ou, em outras palavras, a maior consideração da dupla positividade dos direitos fundamentais não depende apenas da arquitetura institucional, mas também da inclinação do judiciário à efetivação do direito internacional dos direitos humanos e das normas globais emergentes.

Sexto, ao apostar em uma perspectiva da governança transversal, buscando soluções não hierárquicas, questiona-se a afirmação presente em parte da literatura e da prática judicial de que a possibilidade de exercício de um controle de legalidade estrito por cortes internacionais, no presente caso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, necessariamente implique uma maior efetividade do direito internacional dos direitos humanos e das decisões judiciais internacionais. Por meio da leitura combinada entre a evolução da ideia de controle de convencionalidade e da aplicação da norma global de responsabilidade individual por graves violações contra os direitos humanos, é possível contrastar casos de maior ou menor sucesso

da penetração do direito internacional nas ordens constitucionais domésticas com aqueles de prática mais ou menos incisiva da revisão judicial baseada na Convenção Americana.

No diálogo com tais assertivas, a tese se divide em duas partes que combinam a argumentação teórica com a análise de casos. Na primeira, composta por dois capítulos, é construído um panorama da questão da governança transversal, localizando-a dentro do mais amplo campo da governança global multicêntrica, sendo introduzida o tema da emergência das normas globais.

O primeiro capítulo busca responder a questão “qual é o projeto hegemônico de governança global no qual se inserem as interações entre o regime regional de direitos humanos e as ordens jurídicas domésticas e como chegamos a ele?” A partir da revisão de parte da literatura sobre a evolução dos projetos de governança global ao longo do Século XX, especialmente aquela proposta pelo internacionalista norte-americano David Kennedy, busca-se demonstrar como o próprio direito internacional gradualmente migrou sua estratégia de governança de um estilo assembleísta para outro, executivo e, finalmente, como a combinação entre especialização funcional e expansão da capacidade auto-regulatória de determinados regimes conduziu a um cenário de “fragmentação” do direito internacional. Os regimes auto-continentes resultantes desse processo, como aquele do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, valorizam o papel das cortes e tribunais na gestão de conflitos e divergências, produzindo uma “judicialização” internacional similar àquela experimentada em alguns contextos domésticos.

A reconfiguração da governança global igualmente ilustra a emergência de uma nova lógica de legitimação do direito. Gradualmente abandonando uma perspectiva positivista rumo a outra, realista e funcionalista, o direito internacional fragmentado mostra-se menos dependente da estatalidade para legitimar seu projeto de governança. A ideia de especialização funcional permite a consolidação de campos de governança onde a legitimidade democrática, característica do constitucionalismo doméstico, é substituída pela legitimidade da expertise. O foco da governança gradualmente se desloca do eixo substancial da busca *do direito* a ser aplicado rumo a uma perspectiva processual e funcionalista, que reconhece a fragmentação e a pluralidade e se preocupa como o *problema jurídico* compartilhado.

O segundo capítulo contrasta o processo de afirmação de direitos no processo de consolidação dos Estados nacionais, que informa a teoria clássica do constitucionalismo estatal, com o processo de emergência das chamadas “normas globais”, valendo-se do exemplo da norma global de responsabilidade individual por graves violações contra os direitos humanos. A ideia de “declínio da estatalidade”, proposta por Dieter Grimm, é acionada para demonstrar a contraparte doméstica ao processo de expansão e fragmentação do direito internacional: a gradual perda de exclusividade regulatória do Estado.

A esse ponto, interessa responder a duas questões. Primeiro, o que são normas globais? Leituras distintas, no direito e na ciência política, abordam o fenômeno produzindo respostas que, embora não sejam reciprocamente excludentes, guardam distinções relevantes entre si. Segundo, como tais normas se enquadram dentro da teoria do direito, especialmente no que concerne à sua aplicação prática como regras ou como princípios?

Para construir o arcabouço teórico de onde se partirá para responder a essas questões, será introduzida a teoria do “transconstitucionalismo” de Marcelo Neves, entendido como uma forma de constitucionalismo relativa a problemas de natureza constitucional – no caso desta tese, alusivo aos direitos fundamentais e garantias e obrigações deles decorrentes – que ocorrem simultaneamente em diferentes ordens e regimes jurídicos que não estão hierarquicamente coordenados. Igualmente articula-se a abordagem de Vicki Jackson sobre a convergência, resistência e a articulação entre o direito constitucional doméstico e o direito internacional para, somando-a com a ideia de transconstitucionalidade, explorar as inúmeras possibilidades que existem para além do debate estrito sobre a observância e o cumprimento das obrigações internacionais pelos Estados.

O transconstitucionalismo funciona, assim, como uma proposta metodológica para explicar a interação entre as ordens e regimes sem propor uma forma de hierarquia vertical entre elas. Qual a contribuição de uma abordagem transconstitucional para o problema da governança transversal? Oferecer uma alternativa aos antigos modelos hierárquicos de solução de conflitos, reposicionando o problema dos direitos fundamentais sem recorrer a precedência exclusiva do direito constitucional estatal, mas também afastando o argumento da precedência absoluta do direito internacional dos direitos humanos.

A análise da emergência da norma global de responsabilidade individual em processos jurídicos transnacionais igualmente permite avançar com a resposta a outras indagações necessárias para o questionamento dos pressupostos presente na literatura acima elencados. Mais notadamente, quem são os atores constitucionais relevantes na emergência das normas globais?

Nesse mesmo capítulo, são diferenciados dois usos do transconstitucionalismo: o reflexivo e o normativo. Ainda, discute-se como as normas globais se internalizam e se diferenciam como regras e como princípios nas múltiplas ordens jurídicas sobrepostas, afirmando outro elemento relevante para a tese central: o da heterogeneidade das normas globais.

A segunda parte da tese analisa a experiência de governança transversal dos direitos fundamentais na América Latina. Mais especificamente, analisa as relações entre as ordens constitucionais dos Estados nacionais da região e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Para tanto, busca suporte em 50 casos: 05 relatórios das Comissão Interamericana; 20 sentenças da Corte Interamericana e seus posteriores relatórios de cumprimento; e 25 decisões das cortes supremas e tribunais inferiores da Argentina, Brasil, Chile, México e Uruguai. Foca-se em responder se existe um espaço transversal de governança na região e como se dá a relação entre as ordens constitucionais e o regime regional em um contexto que combina uma heterarquia geral com mecanismos específicos de hierarquização e soluções *ad hoc* em casos concretos.

O terceiro capítulo da tese parte do questionamento: “como ocorre o processo jurídico transnacional na América Latina?” O recorte da tese foca na mobilização pela enunciação jurídica de pretensões políticas por direitos fundamentais na Comissão Interamericana de Direitos Humanos e na Corte Interamericana de Direitos Humanos. São exemplificativamente analisados dois casos de reforma legal e de políticas públicas alavancados pela Comissão Interamericana e, na sequência, as respostas nacionais à norma global de responsabilidade individual na Argentina, Brasil, Chile e Uruguai.

Os casos permitem verificar, na prática, quem são os novos atores constitucionais mobilizados no processo jurídico transnacional e como ocorre em concreto a transconstitucionalização normativa e reflexiva. Ainda, explicitam a heterogeneidade da norma global de responsabilidade individual e as tentativas de

solução hierárquicas a essa heterogeneidade que prevalecem na prática e no discurso jurídico, mesmo quando a transconstitucionalização se faz presente na prática.

A parte final do capítulo é dedicada à discussão em concreto de outro dos pressupostos geralmente verificados na literatura do campo: o maior status hierárquico do direito internacional dos direitos humanos nas ordens constitucionais domésticas implica em maior efetividade das decisões internacionais. Em outras palavras: é a arquitetura institucional um elemento determinante na interação entre ordens e regimes? Em que pese a constatação de que, sim, uma arquitetura constitucional favorável é benfeitoria para a maior articulação dos direitos fundamentais, os casos apontam que formas reflexivas de transconstitucionalização, ou mesmo formas normativas no plano infraconstitucional, podem gerar resultados mais positivos do que aqueles tidos onde se buscou uma vinculação hierárquica forte. A hipótese discutida é a de que tentativas de solução hierárquicas fortes tendem a respostas polarizantes, de resistência ou convergência entre a ordem doméstica e o regime regional, enquanto formas de abertura mais flexíveis podem permitir um processo de articulação dos direitos fundamentais.

O capítulo final da tese é dedicado à emergência da prática e da doutrina do controle de convencionalidade. O controle de legalidade baseado na Convenção Americana é uma das mais promissoras ideias nascidas na Corte Interamericana no período recente, mas sua evolução e aplicação levantam questionamentos: como e em que medida a ideia de um controle judicial de legalidade desta natureza é compatível com a perspectiva de “diálogo” e “horizontalidade” defendida na literatura e nas falas da própria Corte Interamericana? Retomando o debate “ultrapassado” entre monistas e dualistas, procura-se demonstrar como muito da retórica da “comunidade global de cortes”, para usar a definição de Anne-Marie Slaughter, esbarra em pretensões hierárquicas, não apenas dos tribunais superiores domésticos (como geralmente se imagina), mas também da Corte Interamericana. Em contraposição, formula-se uma proposta de “unidade heterárquica” do direito global, inspirada no transconstitucionalismo de Neves e no constitucionalismo societal de Teubner.

A aplicação da revisão judicial baseada na Convenção Americana pela Corte de San José, pelas cortes superiores domésticas, e pelos demais atores públicos

domésticos, faz retomar o tema da fragmentação do direito, explorado na primeira parte da tese. Diferentes critérios normativos podem emergir da Convenção Americana quando lida por distintos atores com assento em diferentes tribunais. Novamente são contrastadas as alternativas hierárquicas para uniformizar aquilo que, nas palavras do ex-Presidente da Corte Interamericana Sérgio Garcia Ramirez em entrevista para essa tese, as vezes parece “uma locomotiva fora de controle”, com a proposta do transconstitucionalismo, avaliando-se as possibilidades e limites do instituto em um proposta de governança transversal dos direitos fundamentais.

Em conjunto, as duas partes da tese apresentam uma panorama sobre os desenvolvimentos dos processos de governança global, uma proposta de readequação do pensamento constitucionalista para fazer frente a esta nova conjuntura, por meio do transconstitucionalismo, e uma análise da experiência latino-americana, focada no processo jurídico transnacional na Comissão e na Corte Interamericana e na emergência do controle de convencionalidade. A despeito das conclusões possíveis serem válidas apenas para o conjunto de casos explorados, que não constituem uma amostra geral do Sistema e das ordens domésticas, elas permitem não apenas a afirmação da tese proposta no parágrafo inicial desta introdução como, mais relevante, fornecem elementos para um debate continuado sobre os seis pressupostos que a tese questiona e o grande número de questões que de sua superação emergem.

PARTE I

PANORAMA TEÓRICO:

GOVERNANÇA TRANSVERSAL, TRANSCONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E EMERGÊNCIA DAS NORMAS GLOBAIS

1. Desenvolvimento e Judicialização da Governança Global

Em um ambiente legal crescentemente especializado, sobraram poucas instituições para falar a língua do direito internacional geral, com o objetivo de regular, em um plano universal, relações que não podem ser reduzidas à realização de interesses especiais e que vão além da coordenação técnica.

Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas, 2006¹

Entendendo “governança” como o modo pelo qual o conjunto de instituições políticas são mobilizadas para a gestão dos assuntos humanos², é fácil imaginar que o direito internacional deva participar do processo de governança global desempenhando um papel determinante. Não obstante, após décadas de bipolarismo e enfrentamento entre potências internacionais com concepções políticas antagônicas, muitos passaram a rezear que, na prática, a força e não o direito seria efetivamente o único fiador de determinada ordem global. Tal cenário se altera com a dissolução da antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, quando um conjunto de teóricos passa a celebrar a “nova ordem global”, liberal, onde finalmente o direito passaria a cumprir um papel cada vez mais preponderante

¹ Tradução livre, no original: “In an increasingly specialized legal environment, few institutions are left to speak the language of general international law, with the aim to regulate, at a universal level, relationships that cannot be reduced to the realization of special interests and that go further than technical coordination”. UNITED NATIONS. International Law Commission. *Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law*. (A/CN.4/L.682), Genebra, 2006, p. 255.

² KALDOR, Mary. “Governance, Legitimacy, and Security: three scenarios for the Twenty First Century.” In: WAPNER, Paul; EDWIN Jr, Lester (org.). *Principled World Politics: the challenge of normative international relations*. Lanham: Rowman & Littlefield, 2000, p.284.

no manejo de assuntos globais.

Questionando a profecia da nova ordem global regida pelo direito, no presente capítulo será investigado como o direito internacional transformou-se ao longo do Século XX, defendendo que o que ocorre com o passar do tempo e, mais especialmente, com o fim do bipolarismo e a prevalência de um estilo de governança específico, não é uma ampliação do papel do direito ante a outros mecanismos de governança, mas sim uma judicialização da governança jurídica, com o fortalecimento do papel das cortes e outros espaços de resolução interindividual de conflitos. Para a construção desse argumento, o estudo apropria e atualiza o conjunto de “mapas” sobre a evolução do campo do direito internacional produzidos pelo internacionalista norte-americano David Kennedy ³, enfatizando sete características-chave dos modelos hegemônicos de governança global que se alteraram radicalmente ao longo do século passado: tipo de problema preocupando o campo; estratégias de ação dos operadores; processo de tomada de decisão; estilo de governança; organizações e instituições disponíveis; atores principais; e abordagens teóricas. Construído como marco teórico geral para a posterior análise do caso da governança transversal dos direitos fundamentais na América Latina, o presente capítulo procura responder a questão: qual o atual projeto hegemônico de governança global no qual se inserem as interações entre o regime regional de direitos humanos e as ordens jurídicas domésticas?

A leitura das transformações do direito internacional é coordenada pela perspectiva de seu uso como elemento de governança de assuntos de repercussão global. Ou seja, procura focar os processos, práticas, leis, tratados, regulamentos, instituições e organizações que, desde a plataforma do direito internacional, incidem em processos cuja natureza transcende o “doméstico”. Como forma de estruturar a comparação, argumenta-se pela existência de três momentos distintos no desenvolvimento das formas de governança global ao longo do Século XX. Um primeiro, que se estende até a Segunda Grande Guerra, um segundo que se inicia no pós-Guerra e cujas características se mantêm até o final dos anos 1980, atravessando o conflito bipolar, e um terceiro, pós-Guerra Fria e dissolução da

³ Especialmente nos seguintes estudos: KENNEDY, David. “One, Two, Three, Many Legal Orders: Legal Pluralism and the Cosmopolitan Dream” *NYU Review of Law and Social Change*, vol.31, 2007. KENNEDY, David. “Tom Franck and the Manhattan School”. *NYU Journal of International Law and Politics*, vol. 35, 2002-2003.

URSS, cujas características e efeitos se encontram no presente, em processo de aprofundamento. A análise global aponta para uma mudança de foco da geração de consensos abrangentes para a resolução de conflitos na ordem internacional e para o fortalecimento de lógicas privadas de resolução de conflitos, especialmente pela via judicial, com um gradual desprestígio da política como mecanismo decisório explícito.

A primeira seção do capítulo analisa a *primeira fase* de desenvolvimento estrutural proposta. Argumenta que as preocupações do campo do direito internacional são emuladas da estruturação do direito moderno em âmbito doméstico. A estatalidade e seus impedimentos aparecem como questões relevantes para o pertencimento a uma ordem internacional eminentemente interestatal. O projeto de governança global se orienta pela construção de uma instituição central de características assembleísticas, com a Liga das Nações surgindo como uma proposta de viés kantiano para a produção de uma paz perpétua. A legalidade internacional é vista como um problema formal, e a importação de abordagens teóricas como o positivismo implica um grande esforço para identificação e codificação de fontes. A perspectiva de uma governança coletiva em uma ordem global de estados soberanos naufraga com a Segunda Grande Guerra.

A segunda seção enfoca a primeira transição, com um modelo de balanço de poder impondo características executivas às organizações de governo da ordem global do pós-Guerra. Abandonando a perspectiva assembleísta, a *segunda fase* de desenvolvimento substitui o modelo de deliberação geral e coletiva por outro, a deliberação setorial por atores estratégicos. Refletindo um novo arranjo de forças, a Organização das Nações Unidas e as organizações internacionais de governança, como o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional, têm processos de tomada de decisão centralizados e justificados na *expertise* técnica. Na ONU, o Conselho de Segurança e o direito de veto das potências internacionais ilustram a nova lógica de governança. O foco da governança global se desloca do “direito” para a “solução de problemas”. A composição de uma nova ordem global se torna prioritária, e novas questões, como a descolonização, implicam na expansão do número de estados sem que isso implique em uma redistribuição de poder decisório na ordem global, em face dos mecanismos de acesso aos espaços efetivos de decisão.

O positivismo, na qualidade de abordagem teórico-explicativa, perde espaço para o realismo e o funcionalismo. O conflito de valores entre Leste e Oeste produz o ambiente para abordagens que desdiferenciam em grande medida o direito da política. Tal estilo de pensamento é ilustrado por meio do funcionalismo de Hans Morgenthau, cuja influência ampla (embora, logicamente, não universal) se faz presente em um conjunto de leituras que associam a normatividade do Direito Internacional muito mais com a dimensão de sua facticidade do que de sua validade. As abordagens funcionalistas seguirão influentes, inclusive, na terceira fase, porém com novas roupagens.

A terceira seção do capítulo enfoca o fenômeno da emergência de regimes legais independentes ou parcialmente independentes (regimes auto-continentes), aludido como “fragmentação do direito internacional”. Partindo especialmente do relatório sobre o tema produzido pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, apresenta o debate sobre pluralismo legal da sociedade mundial para introduzir o tema da autonomia dos regimes especializados em relação ao Direito Internacional “geral”, mas também aos regimes de direito doméstico. A assunção da existência de múltiplos regimes normativos implica em novas preocupações para o direito, doméstico e internacional, como a estruturação de mecanismos de interação.

A quarta seção do capítulo aborda a *terceira fase* de desenvolvimento, na qual múltiplos atores, públicos e privados, em distintos regimes, interagem por meio de processos jurídicos transnacionais. A nova dinâmica, associada à consolidação de uma lógica privada de resolução de conflitos, implica em um estilo de governança onde as disputas individuais em cortes e espaços transnacionais análogos ganham especial relevância na produção e institucionalização do Direito. A ideia de que a política já aconteceu em outro lugar e que o direito é uma tecnologia capaz de oferecer soluções neutras para conflitos sociais sobre direitos se torna prevalente, ganhando espaço em áreas tão distintas quanto o direito financeiro e os direitos humanos.

Ainda, a terceira fase consolida dissociações que já se faziam presentes no final da segunda, com uma ampla desdiferenciação prática entre doméstico e internacional, e um esvaziamento da distinção tradicional entre organizações de natureza pública e privada. Ao mesmo tempo em que estados nacionais passam a defender interesses eminentemente privados, organizações não-governamentais

privadas tornam-se procuradoras de causas de interesse social tipicamente associadas com o interesse público. Essa interação entre distintos atores amplia a ordem internacional significativamente em contraste à ideia previamente estabelecida de “relações entre estados” do início do Século, porém vem desacompanhada de novos mecanismos de legitimação democrática.

A última seção sintetiza as transformações do projeto hegemônico de governança global em sete categorias: tipo de problema; estratégia de ação; processo de tomada de decisão; estilo de governança; organizações de governo; atores, e; abordagens teóricas. Com isso, resta desenhado o cenário global no qual se desenham os limites e potencialidades da governança transversal dos direitos humanos na América Latina.

1.1. Direito Internacional e assembleísmo global

Por muito tempo a literatura historiográfica sobre o direito internacional tendeu a apresentar um desenvolvimento relativamente linear para o período compreendido entre a Paz da Vestefália e a primeira Grande Guerra⁴. Com o advento da ideia de “soberania” e sua estabilização política (sopesadas tendências a um uso mais territorial ou mais popular do conceito), construiu-se um imaginário de igualdade formal entre os estados, similar àquele outro, doméstico, de igualdade formal entre os cidadãos de um dado Estado. O campo do direito internacional emerge como aquele do direito que regula as relações entre Estados. Em consonância, a questão

⁴ Por exemplo, Holsti aponta que “A paz legitimou as ideias de soberania e autonomia dinástica do controle hierárquico. Criou uma moldura de sustentação para a fragmentação política da Europa. O lado oposto da moeda foi deslegitimar todas as formas hegemônicas e os vestígios de controles hierárquicos. [...] A paz construiu algumas das condições indispensáveis para uma ordem internacional razoavelmente estável, particularmente na moldagem de um sistema de governança garantindo o direito de intervenção dos suecos e franceses para defender os termos dos tratados, e pela assimilação dos Habsburgo à ordem, prevenindo potenciais guerras vingativas.” Tradução livre, no original: “The peace legitimized the ideas of sovereignty and dynastic autonomy from hierarchical control. It created a framework that would sustain the political fragmentation of Europe. The reverse of the coin was that it delegitimized all forms of hegemony and the vestiges of hierarchical controls. [...] The peace had constructed some of the requisites for a reasonably stable international order, particularly in fashioning a system of governance through the right of Swedish and French intervention to uphold the terms of the treaties, and by assimilating the Hapsburgs into the order, thus pre-empting potential wars of revenge”. HOLSTI, Kalevi J. *Peace and War: Armed Conflicts and International Order 1648-1989*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991, p.39.

da estatalidade, que tinha uma relevância interna como possibilidade de autodeterminação, ganha relevância externa como possibilidade de participação nas “relações internacionais”.

Analisado desde um enfoque de governança, o Século XX será marcado por profundas transformações no direito internacional. Uma forma de ilustrar as transformações estruturais do direito internacional pode ser extraída de uma análise das instituições internacionais. De acordo com Kennedy:

Ao longo do Século XX, o foco mudou das instituições plenárias – e de questões de pertencimento [*“membership”*], representação ou votação – para administração e, em seguida, resolução de conflitos. A proliferação de órgãos judiciais – incluindo cortes nacionais e corpos arbitrais – que podemos observar nos últimos vinte anos faz mais sentido quando vista como parte de um movimento mais geral do campo para a desagregação e a juridicização.⁵

Adotando essa classificação tipológica como referência, temos que numa *primeira fase* do desenvolvimento, cujo marco referencial de término pode ser simbolicamente representado pela Segunda Grande Guerra, o Direito Internacional como projeto foca-se na replicação internacional daquilo que os Estados nacionais construíram domesticamente. Assim, os problemas da disciplina serão, primeiramente, se o direito internacional é direito ou política, depois, quais suas fontes, e então, finalmente, como organizar tal classe de direito com o “direito do estado” de distintos Estados soberanos.

A questão da soberania e a de “ser” um Estado aparece como de primeira grandeza, pois diz respeito diretamente à possibilidade de pertencimento a uma ordem entre Estados. A associação entre território, povo e governo, tradicionalmente apresentada como conjunto de requisitos para a obtenção do reconhecimento de estatalidade, traduz para o direito internacional o imaginário produzido pelo pensamento e a filosofia modernista durante a constituição dos estados nacionais.⁶ Se no plano doméstico o recurso a soluções como a ideia de poder constituinte resolve o problema da legitimação interna do direito, no direito internacional tal

⁵ Tradução livre, no original: “Over the twentieth century, the focus has shifted from the plenary institutions – and questions of membership, representation or voting – to administration, and then to dispute resolution. The proliferation of judiciary organs – including national courts and arbitral bodies – that we have seen in the last twenty years makes more sense when seen as part of a more general move in the field to disaggregation and juridification”. KENNEDY, David. “Tom Franck and the Manhattan School”. *NYU Journal of International Law and Politics*, vol. 35, 2012-2013, p.403.

⁶ Cf.: BERMAN, Nathaniel Berman. “Modernism, Nationalism, and the Rhetoric of Reconstruction”. *Yale Journal of Law and the Humanities*, vol. 02, 1992, pp. 351-380.

possibilidade restava interdita (fosse ela pensada faticamente ou hipoteticamente). Portanto, ao buscar produzir uma analogia entre direito doméstico e direito internacional, o segundo se defrontava com um déficit.

Relendo textos canônicos da doutrina do início do Século XX depreendemos outras consequências da analogia entre a ordem internacional e a doméstica, e o modo como essa forma de pensamento influencia as questões no campo. A ausência de instituições internacionais que pudessem servir a um projeto de governança aparece como um problema central para a aceitação da existência de uma ordem internacional baseada no direito, e não simplesmente na prática política entre Estados. Em sua obra basilar, *Teoria Pura do Direito*, dos anos 1930, Kelsen aponta que:

O Direito Internacional, como ordem coercitiva, apresenta o mesmo caráter que o direito nacional, *i.e.*, o direito do estado, mas se distingue dele e apresenta certas similitudes com o direito primitivo, *i.e.*, sociedades sem estado, naquilo em que o direito internacional (como direito geral que vincula a todos os estados) não estabelece órgãos especiais para a criação e aplicação de suas normas. Está ainda em um estado de profunda descentralização. Está apenas no início de um desenvolvimento que o direito nacional já completou.⁷

No contexto de tentativa de construção das primeiras organizações internacionais em sentido hodierno, Kelsen reconhece o Direito Internacional como Direito, apontando sua incompletude. Mas, na ausência de uma instituição que legitime suas normas, como identificá-las?

A questão das fontes aparece como uma segunda prioridade neste quadrante histórico. O problema que se apresenta é que, pensando desde uma perspectiva moderna (no sentido de anti-naturalística ou não-tradicional), o Direito Internacional não seria capaz de promover a mesma migração de uma base de legitimação metafísica para outra política, como ocorreu no direito doméstico com a consolidação dos estados nacionais laicos. Os acordos políticos que traduziam a vontade dos atores (aqui os Estados, em substituição aos cidadãos) não podiam ser universalizáveis hipoteticamente por uma ideia totalizante como a de um contrato

⁷ Tradução livre, no original: "International law, as a coercive order, shows the same character as national law, *i.e.*, the law of state, but differs from it and shows a certain similarity with the law of primitive, *i.e.*, stateless society in that international law (as a general law that binds all states) does not establish special organs for the creation and application of its norms. It is still in a state of far-reaching decentralization. It is only at the beginning of a development which national law has already completed". KELSEN, Hans. *Pure Theory of Law*. Translation of the 2nd Edition by Max Knight. Los Angeles/Berkeley: University of California Press, 1967, p.323.

social mundial. Diferentes Estados possuíam diferentes acordos entre si e o costume, na qualidade de fonte do Direito, colidia com a noção de que a vontade do Estado constitui elemento necessário para a validação de um tratado.

A doutrina das fontes, fortemente vinculada à ideia de estatalidade, passou a construir argumentos para a justificação da existência de fontes *consensuais* e fontes *não consensuais*. De acordo com Kennedy:

Por meio do discurso das fontes, doutrinas e argumentos repetidamente invocaram uma distinção entre normas baseadas no consenso e não-baseadas no consenso. A maioria das estratégias retóricas desenvolvidas pelo discurso das fontes pode ser entendida de modo a recapitular, de uma forma ou de outra, essa distinção básica. É utilizada para distinguir tratados de costume, para contrastar várias escolas de pensamento sobre a natureza do costume, para dividir argumentos a favor e contrários à aplicação de normas específicas em várias situações, e de outras dúzias de maneiras ao longo dos materiais alusivos às fontes.⁸

O problema, ainda de acordo com Kennedy, é que “esses dois temas opostos apresentam mais possibilidades retóricas e estratégicas do que identificações decisivas e diferenciações”⁹. Assim, diferentes decisões judiciais conduzirão a diferentes manejos e reconhecimento de fontes, com distintas teorias justificando ou excluindo determinados conteúdos do escopo do Direito Internacional, mas sempre tendo como referência a existência ou não de uma obrigação interestatal.

Considerando essas preocupações e a centralidade do Estado no horizonte de perspectivas, não é surpreendente que a resposta institucional articulada pelos atores que formulavam o Direito Internacional no período tenha sido a construção de uma instituição “global” de caráter legislativo, a ela vinculando outra de caráter judicial: a Liga das Nações e a Corte Permanente de Justiça Internacional. Não cabe aqui explorar a historiografia sobre a instituição e o fim da Liga, mas sim extrair elementos sobre o estilo de governança proposto pela arquitetura institucional predominante e seu correlato modelo de governança.

⁸ Tradução livre, no original: “Throughout sources discourse, doctrines and arguments repeatedly invoke a distinction between consensually and non-consensually based norms. Most of the rhetorical strategies developed by sources discourse can be understood to recapitulate in one form or another this basic distinction. It is used to distinguish treaties from custom, to contrast various schools of thought about the nature of custom, to divide arguments for and against the application of specific norms in various situations, and in dozens of other ways throughout the materials on sources”. KENNEDY, David. “The Sources of International Law”. *American University Journal of International Law*, vol.02, nº01, 1987, p.88.

⁹ Tradução livre, no original: “these two opposed themes present rhetorical possibilities and strategies more than decisive identifications and differentiations”. *Ibidem*, p.88.

Sendo a Liga a primeira organização internacional de caráter amplo, chama a atenção a concentração de poder na Assembleia, e não em unidades executivas, e, especialmente, a necessidade de obtenção de consenso para a tomada de decisões.¹⁰ O projeto da Liga, com clara inspiração kantiana¹¹, procurava construir as bases institucionais para uma espécie de legislativo mundial onde estados soberanos produziram o direito e as decisões políticas que os vinculam. Como projeto de governança, a liga prioriza a deliberação política colegiada, e procurava sanear os dois “déficits” comumente associados ao Direito Internacional do período, vez que uma corte passaria a identificar e sistematizar as fontes do direito, e uma instituição central, de caráter colegiado, faria as vezes de agente de deliberação e implementação.

A segunda classe de preocupações atinentes ao estilo de governança proposto pelo Direito Internacional anterior à Segunda Grande Guerra diz respeito à sua relação com o Direito Doméstico. Se efetivamente o Direito Internacional é Direito, e em existindo instituições relativamente análogas nos âmbitos doméstico e internacional, como proceder em caso de conflito entre os sistemas legais?

Para além de identificar as fontes do Direito Internacional, surgia a necessidade de coordenar hierarquicamente suas normas com aquelas do direito doméstico. Em texto de 1936, J.G. Starke sumariza o problema nos seguintes termos: “são o direito internacional e o direito doméstico [*“municipal law”*] aspectos de uma mesma realidade jurídica (monismo), ou são eles realidades normativas distintas (dualismo)? Qual sistema normativo prevalece na hierarquia jurídica, direito internacional ou direito doméstico?”¹²

O problema da unidade do direito que preocupava o pensamento tradicional volta a emergir não mais no bojo do pensamento naturalista, mas como questão de não contradição racional. Não mais como uma questão de relacionamento entre lei

¹⁰ Covenant of the League of Nations, 28th April 1919, article 05(01): “Except where otherwise expressly provided in this Covenant or by the terms of the present Treaty, decisions at any meeting of the Assembly or of the Council shall require the agreement of all the Members of the League represented at the meeting.”

¹¹ Cf.: NOUR, Soraya. *A Paz Perpétua de Kant*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

¹² Tradução livre, no original: “Are international law and municipal law concomitant aspects of the same juridical reality (monism), or are they quite distinct normative realities (dualism)? Which normative system stands higher in the legal hierarchy, international law or municipal law?” STARKE, J.G. “Monism and Dualism in the Theory of International Law,” *British Yearbook of International Law*, n.º 66, 1936, p.67.

humana e lei divina, mas de relacionamento entre sistemas formais de comandos normativos que, eventualmente, entram em conflito lógico-operativo. Uma resposta dualista tenderia a uma contradição performática, vez que algo poderia, a um só tempo, ser direito e não-direito, impedindo a realização do ideal de perfeição do direito. De outro lado, uma resposta monista, pela mesma razão, impõe a necessidade de alguma forma de solução hierárquica para o conflito, preservando a coerência, mas desdobrando a questão em outra, sobre precedência normativa. O binômio interno/externo garante a coesão tanto das ordens jurídicas domésticas quanto do direito internacional, mas o problema da necessidade de hierarquização entre as ordens para a construção de soluções de unidade formal cresce proporcionalmente com o desenvolvimento das instituições e de sua capacidade normativa.

O fracasso da Liga das Nações como modelo não afastou esta questão embora, por razões pragmáticas, na nova arquitetura decisória construída no período seguinte ela tenha perdido parte de sua relevância prática.

1.2. Balanço de poder e capacidade executiva

Se a ideia da Liga das Nações era, centralmente, promover a paz através de um modelo de governança e organização política internacional, seguramente a Segunda Grande Guerra se apresenta como sintoma do fracasso prático da proposta. Não obstante, após a Guerra, com o estabelecimento da Organização das Nações Unidas (ONU), o projeto hegemônico de governança global seguiu sendo aquele da construção de uma instituição abrangente. O ideário predominante ainda era o de que “a institucionalização da vida internacional se parece com a própria essência da paz”¹³.

A grande diferença desta *segunda fase* é a rotação de foco da política legislativa para ação executiva (que posteriormente permitiu a insurgência de novas agências, setoriais e técnicas, com capacidade de gestão focal). Tal rotação é um desdobramento da cumulação de um conjunto de fatores estruturais associados ao

¹³ Tradução livre, no original: “the institutionalization of international life can seem the very essence of peace”. KENNEDY, David. “The Move to Institutions”. *Cardozo Law Review*, v.08, 1987, p.859.

novo modelo de governança representado pela ONU. Em termos concretos, a nova arquitetura institucional pensada na estruturação das Nações Unidas refletia uma maior preocupação com o balanço de poder do que com a representação proporcional. Novos mecanismos como o poder de veto e o deslocamento do centro de poder da Assembleia Geral para o Conselho de Segurança igualmente refletem esse afastamento de uma perspectiva *parlamentarista* rumo a um modelo de *gestão executiva*, estruturado sobre as bases de um sistema de limitações recíprocas focado não na integralidade dos Estados-membros, mas em um conjunto de atores estratégicos e relevantes.

Esse formato de gestão orientou, igualmente, a estruturação de distintas agências e organizações especializadas. A crítica ao modelo de organização política da Liga das Nações, e das dificuldades decorrentes de seu processo deliberativo colegiado, orientaram uma nova lógica em que, para além da instituição internacional central, organizações periféricas receberam ampla delegação para a gestão de problemas específicos. Os exemplos mais candentes são a criação do Fundo Monetário Internacional (FMI) e do Banco Mundial, durante as conferências de Bretton Woods, em 1945; a Organização Mundial da Saúde, em 1948; e a Agência Internacional de Energia Atômica, em 1957.

A abordagem positivista e a preocupação com a codificação e as fontes do direito internacional são substituídas por uma abordagem funcionalista, mais preocupada com a administração e o gerenciamento de políticas do que com processos deliberativos. Conseqüentemente, a Assembleia Geral, esvaziada politicamente e ideologicamente demarcada pelo conflito bipolar entre Leste e Oeste, perde espaço para agendas setoriais específicas de estruturação multilateral de acordos e convenções sobre direitos.¹⁴

A agenda de incidência do direito internacional também muda após a Segunda Grande Guerra. Se antes a preocupação era o gerenciamento colonial, depois a descolonização é o tema premente.¹⁵ Se nacionalismo e autodeterminação tencionavam a agenda geopolítica, agora a construção de novos Estados torna-se

¹⁴ KENNEDY, David. "Tom Franck and the Manhattan School". *NYU Journal of International Law and Politics*, vol. 35, 2012-2013.

¹⁵ *Ibidem*, p.402 (figure 03).

central¹⁶, e o problema do desenvolvimento ganha mais evidência.¹⁷ Ainda, a consolidação das sociedades industriais nos países centrais e a divisão do mundo entre liberais e comunistas alimenta agendas regionais próprias, com diferentes traduções de debates políticos em catálogos de direitos. Os Estados Unidos enfatizavam a liberdade e o mercado. O Bloco Soviético avançava uma agenda internacional pró-igualdade, bloqueando iniciativas pró-liberdades individuais. Enquanto isso, a Europa caminhava no sentido de consolidar um modelo de Estado Social. Projetos sociais distintos que reconhecem direitos e lhes dão extensão de maneiras radicalmente divergentes.

Um exemplo de estilo de abordagem do Direito Internacional nesta segunda fase pode ser obtido na leitura do artigo "*Positivism, Functionalism, and International Law*"¹⁸ de Hans Morgenthau, escrito nos anos 1940, que adianta em grande medida o que viria a ser um dos modelos predominantes de entendimento do Direito Internacional como mecanismo de governança da sociedade mundial. Nessa linha de pensamento o Direito é central para a governança, mas a conceituação de seus princípios regentes em grande medida desdiferencia o direito da política e da força. Morgenthau aponta que:

Os preceitos do direito internacional devem não apenas ser interpretados à luz dos ideais e princípios ético-jurídicos que conformam sua base. Eles também precisam ser vistos no contexto sociológico dos interesses econômicos, das tensões sociais, e das aspirações de poder, que estão motivando as forças no campo internacional, e que dão origem às situações fáticas que compõem a matéria prima da regulação pelo direito internacional.¹⁹

Ao contrário da pretensão positivista de construção de uma ordem universal neutra, as abordagens predominantes durante o conflito bipolar tendem ao uso do Direito Internacional como mecanismo de construção de uma ordem global ideologicamente orientada. Novamente exemplificando com Morgenthau:

Por um lado, o direito internacional é a função da civilização na qual ele se origina,

¹⁶ SASSEN, Saskia. *Territory, Authority, Rights*. Princeton: Princeton University Press, 2006, p.16.

¹⁷ KENNEDY, David. "Tom Franck and the Manhattan School". *NYU Journal of International Law and Politics*, vol. 35, 2012-2013, p.402 (figure 03).

¹⁸ MORGENTHAU, Hans J. "Positivism, Functionalism, and International Law". *The American Journal of International Law*, Vol. 34, N.º 02, 1940, pp. 260-284.

¹⁹ Tradução livre, no original: "The precepts of international law need not only to be interpreted in the light of the ideals and ethico-legal principles which are at their basis. They need also to be seen within the sociological context of economic interests, social tensions, and aspirations for power, which are the motivating forces in the international field, and which give rise to the factual situations forming the raw material for regulation by international law". *Ibidem*, p.269.

ou seja, das ideias reguladoras assentadas na ética e nos costumes [“*mores*”] dessa civilização, das forças sociais políticas, econômicas e gerais vigentes na mesma, e, finalmente, dos fatores psicológicos específicos que se manifestam nos indivíduos que o determinam. Por outro lado, o direito internacional é um mecanismo operando em direção a determinados fins nessa mesma civilização que, por sua vez, tanto quanto determinada por ele, se torna uma função desse mesmo direito internacional. Ao sistematizar as regras de um dado direito internacional sob o ponto de vista desta relação funcional dual entre regras e forças sociais, a teoria funcionalista chegará a um entendimento realmente científico da matéria elementar das regras jurídicas que o positivismo, mesmo em seu melhor, foi capaz apenas de descrever e sistematizar de acordo com pontos de vistas legalistas superficiais.²⁰

A consequência dessa abordagem é um modelo completamente diverso do que seja o Direito Internacional. Primeiro, o Direito Internacional é explicitamente identificado com um balanço de poder corrente nas relações internacionais, e não com um balanço de forças estático do momento da aprovação de um determinado instrumento legal. Na abordagem funcionalista o Direito Internacional deriva sua utilidade de um consenso em uma comunidade de interesses ou de uma necessidade ante a um balanço de poder. Assim, se um determinado interesse deixa de existir, apenas o equilíbrio de poder e a ameaça ao recurso à força mantém o direito.

Segundo, a validade é conectada com a capacidade efetiva de sanção:

Uma regra de direito internacional não recebe sua validade de sua promulgação em um instrumento legal, como, por exemplo, um tratado internacional, como o positivismo estava disposto a acreditar. Há regras de direito internacional que são válidas, embora não promulgadas em um instrumento legal desta natureza, e há regras de direito internacional que não são válidas, embora promulgadas em tais instrumentos. A promulgação, portanto, não é um critério objetivo para a alegada validade de uma regra de direito internacional. Uma regra, seja ela jurídica, moral, ou convencional, é válida quando sua violação é suscetível de ser seguida por uma reação desfavorável, ou seja, uma sanção contrária ao violador. Uma alegada regra, cuja violação não seja seguida por tal sanção, é uma simples ideia,

²⁰ Tradução livre, no original: “On the one hand, international law is the function of the civilization in which it originates, that is, of the regulative ideas laid down in the ethics and *mores* of this civilization, of the political, economic and general social forces prevailing in it, and, finally, of the specific psychological factors manifesting themselves in the individuals determining it. On the other hand, international law is a social mechanism working towards certain ends within this same civilization which, in turn, as far as determined by it, becomes a function of this same international law. By systematizing the rules of a given international law under the viewpoint of this dual functional relationship between rules and social forces, the functional theory will arrive at a real scientific understanding of the material element of the legal rules which positivism even at its best was able to describe and systematize only according to superficial legalistic viewpoints”. *Ibidem*, p.274.

um desejo, uma sugestão, mas não uma regra válida.²¹

O modelo de governança de estruturas como o Conselho de Segurança da ONU claramente ilustra essa perspectiva. O texto e a interpretação legal constituem apenas uma parte do processo de deliberação da tomada de decisões efetivas, e não está sujeito à revisão judicial por nenhum outro órgão. A contrariedade a um interesse implica em uma limitação ao direito. A dimensão da validade formal empalidece ante a uma hipertrofia realista quanto a facticidade da norma.

Terceiro, o direito internacional pode ser dividido em duas classes. Na primeira estão as normas que traduzem interesses permanentes (ou constantes) dos estados e, conseqüentemente, são mais estáveis. Na segunda, encontram-se as normas que decorrem de interesses momentâneos, flutuantes ou conjunturais. O direito costumeiro, por exemplo, é do primeiro tipo. Ele não deriva sua vigência da prática reiterada, mas sim o oposto, a prática reiterada ilustra sua vigência.

Quarto, múltiplas fontes garantem validade ao Direito Internacional. Não apenas as fontes clássicas do texto legal e precedentes jurídicos, mas também leis morais, éticas e a vontade política. Quanto mais entrelaçadas as relações, maior a chance de que um dado interesse seja protegido e, conforme, “direito”. Novamente, a distinção entre facticidade e validade é turvada, e a ordem internacional e seu direito ilustram uma indistinção entre direito e política na sociedade mundial.

Quinto, o modelo de interpretação típico da *Civil Law* mostra-se inadequado, vez que as forças sociais nas relações internacionais são extremamente dinâmicas e capazes de incidir no direito.

Finalmente, sexto, a abordagem funcionalista critica o positivismo que lhe precedeu como abordagem dominante por sua desconexão com os processos efetivos de governança e tomada de decisão:

²¹ Tradução livre, no original: “A rule of international law does not, as positivism was prone to believe, receive its validity from its enactment into a legal instrument, as, for instance, an international treaty. There are rules of international law which are valid, although not enacted in such legal instruments, and there are rules of international law which are not valid, although enacted in such instruments. Enactment, therefore, is no objective criterion for the alleged validity of a rule of international law. A rule, be it legal, moral, or conventional, is valid when its violation is likely to be followed by an unfavorable reaction, that is, a sanction against its violator. An alleged rule, the violation of which is not followed by such a sanction, is a mere idea, a wish, a suggestion, but not a valid rule”. *Ibidem*, p.276.

A ciência do direito internacional, completamente absorvida em problemas práticos quanto a quais devam ser as regras do direito internacional, tem prestado praticamente nenhuma atenção para as leis psicológicas e sociológicas que governam as ações dos homens na esfera internacional, ou para as possíveis regras jurídicas que se desenvolvem a partir de tais ações.²²

Evidentemente o pensamento de Morgenthau, por mais influente que tenha sido, não resume toda a enorme pluralidade de entendimentos sobre o Direito Internacional em um largo período histórico. Porém, ele é suficiente para exemplificar – até mesmo pelo extremo de certas posições – algumas tendências. A primeira, já mencionada, é o deslocamento do foco das instituições que produzem e aplicam o direito internacional de um eixo deliberativo e parlamentar, em que uma ideia de igualdade se faz presente, para um eixo executivo, no qual a tomada de decisão dentro de um contexto de equilíbrio de forças é necessária.

Uma segunda, conseqüente com a primeira, é uma mudança de foco de atenção “do direito” para “o problema jurídico”. Todo o debate sobre fontes diz respeito a buscar o que é ou onde está o direito. Numa abordagem funcionalista o processo ganha relevância. Não é o direito quem resolve o problema, mas sim o processo, e neste processo é que se encontra aquilo que o direito realmente é. As fontes, os precedentes, os tratados e a doutrina são parte de um processo de tomada de decisão, e a combinação entre decisão tomada e capacidade de implementação (por persuasão ou força), é que efetivamente determina o que o direito é.

Uma terceira, a ideia de uma instituição abrangente perde força. A complexidade social e a variedade dos problemas a serem enfrentados pelo Direito Internacional é por demais extensa para ser abrangida por uma instituição totalizante. O pluralismo normativo e a multiplicação de agências decisórias não são um acidente de percurso, mas sim uma consequência de um projeto de governança global que foca não no todo, mas em problemas específicos. Agências especializadas, a um só tempo, contaminam-se menos com conflitos originados em outras agências (o que não seria possível em uma única instituição abrangente) e, ainda, consolidam um vernáculo e uma racionalidade compartilhada entre agentes,

²² Tradução livre, no original: “The science of international law, completely absorbed by practical problems as to what the rules of international law should be, is paying almost no attention to the psychological and sociological laws governing the actions of men in the international sphere, nor to the possible legal rules growing out of such actions”. *Ibidem*, p.283.

facilitando o gerenciamento de conflitos. Em um contexto de balanço de poder radicalizado, uma estrutura descentralizada e especializada é mais gerenciável do que uma estrutura central, tanto por envolver menos atores, quanto por legitimar um discurso técnico que, teoricamente, não é capturado pela lógica preponderante da disputa política.

Outras experiências igualmente ilustram o gradual abandono da perspectiva presente no Direito Internacional do início do Século XX de se equiparar ao direito doméstico por meio da construção de um “estado global”. O melhor deles muito provavelmente é a União Europeia. Sem pretender-se um superestado que governa por sobre os estados, a União funciona como mecanismo de governança supranacional. Apesar de possuir uma estrutura parlamentar, o modelo de governança da União Europeia em grande medida acompanha a tendência de concentração de poder decisório nas agências executivas, o que leva autores como Kennedy a apontar que “o processo decisório na União Europeia deslocou competências legislativas dos parlamentos para o executivo e moveu a autoridade das regiões para o centro, fragmentando o estado”²³.

O exemplo da União Europeia é interessante pois permite verificar o alinhamento de três níveis de governo (doméstico, supranacional e internacional) em um mesmo projeto. O direito doméstico gradualmente desloca sua capacidade decisória e, conseqüentemente, possibilidades de enunciação e efetivação de direitos, para agências especializadas do executivo, cujos atos podem ser revisados pelo Judiciário. Isso inverte o modelo tradicional de organização política nos estados nacionais, no qual os parlamentos deliberam e fiscalizam e a administração executa.

No plano internacional percebe-se o deslocamento de um modelo deliberativo orientado pela formação de consensos políticos para um modelo de gestão, orientado pela solução de problemas em agências especializadas, em que um balanço de forças dinâmico equilibra interesses divergentes. A União Europeia surge com um exemplo que explicita a conexão entre estes dois processos: a um só tempo ilustra a transferência de capacidade decisória dos parlamentos democráticos para unidades técnico-executivas especializadas que respondem pouco a mecanismos

²³ Tradução livre, no original: “the EU decision-making process has shifted legislative competence from parliaments to the executive as it has moved authority from the regions to the center, fragmenting the state”. KENNEDY, David Kennedy. “Receiving the International”. *Connecticut Journal of International Law*. Vol.10, 1994, p.22.

democráticos, e a verticalização de processos decisórios antes tidos de maneira soberana no estado nacional para unidades supra ou transnacionais, menos responsivas ao contexto político territorial local.

1.3. Fragmentação, regimes jurídicos auto-continentes e novas abordagens constitucionais

No final do Século XX, em um aparente paradoxo, o fim do conflito bipolar não produziu um reengajamento no ideário do Estado mundial. No início do Século o projeto cosmopolita encontrava abrigo entre alguns Estados liberais. No final do Século, o ideário neoliberal radicaliza a crítica à existência e funções do Estado, de tal maneira que o paradigma emergente do fim do conflito bipolar propugna uma globalização sem Estado, onde forças econômicas e sociais se autorregulam. De acordo com Martii Koskenniemi e Päivi Leino, “a estrutura proporcionada pelo confronto Leste-Oeste foi substituída por uma realidade caleidoscópica na qual atores concorrentes lutam para criar sistemas normativos concorrentes, muitas vezes expressamente para escapar das restrições do direito diplomático”²⁴.

O relatório de 2006 da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas sobre o tema “fragmentação do direito internacional” contextualiza o fenômeno da insurgência de novos regimes jurídicos como um problema de especialização funcional de setores da sociedade mundial:

Uma das características da modernidade internacional tardia tem sido o que os sociólogos definem como “diferenciação funcional”, a crescente especialização de partes da sociedade e sua correlata autonomização. Isso toma lugar tanto nacional quanto internacionalmente. É um paradoxo bastante conhecido da globalização que, ao mesmo tempo em que produziu uma crescente uniformização da vida social ao redor do mundo, também gerou uma crescente fragmentação – ou seja, gerou a emergência de esferas e estruturas de ação social especializadas e relativamente autônomas.²⁵

²⁴ Tradução livre, no original: “the structure provided by the East-West confrontation was replaced by a kaleidoscopic reality in which competing actors struggled to create competing normative systems often expressly to escape from the strictures of diplomatic law”. KOSKENNIEMI, Martii; LEINO, Päivi. “Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties”. *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, 2002, p.559.

²⁵ Tradução livre, no original: “One of the features of late international modernity has been what sociologists have called “functional differentiation”, the increasing specialization of parts of society and the related autonomization of those parts. This takes place nationally as well as internationally. It is a

O fenômeno de diferenciação e especialização funcional da sociedade mundial, ainda segundo a Comissão de Direito Internacional, “alcançou especial relevância jurídica por ter sido acompanhado da emergência de regras, complexos de regras, instituições jurídicas, e esferas de prática jurídica especializadas e (relativamente) autônomas”²⁶. A ideia presente é que a fragmentação social conduz a uma especialização funcional de setores do direito que, descolando-se de um Direito Internacional “geral”, passam a produzir instituições e expedir normativas próprias para a regulação de suas atividades e campos. Tal processo se inicia no Direito Internacional Público, em que surge a ideia de “regimes auto-continentes”, mas depois expande-se para regimes privados.

De acordo com Bruno Simma e Dirk Pulkowski, a primeira utilização jurisprudencial da ideia de regime auto-continente ocorre ainda em 1923, quando a Corte Permanente de Justiça Internacional, no caso *SS Wimbledon*²⁷, entende que provisões específicas do Tratado de Versalhes devem ser compreendidas como “auto-continentes”, criando um regime próprio que se diferencia do Direito Internacional Geral.²⁸ Os desenvolvimentos posteriores do direito internacional apenas estimularam e ampliaram o processo de especialização, na medida em que novas agências executivas foram estabelecidas e passaram a promover regulação com base em conhecimento especializado. Ainda, a maior interação entre atores não estatais ensejou a construção de complexos mecanismos de governança privada, cujas regras próprias não necessariamente dialogam com aquelas dos sistemas públicos de governança, exceto em casos de conflito, quando podem vir a

well-known paradox of globalization that while it has led to increasing uniformization of social life around the world, it has also lead to its increasing fragmentation – that is, to the emergence of specialized and relatively autonomous spheres of social action and structure”. UNITED NATIONS. International Law Commission. *Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law*. (A/CN.4/L.682), Genebra, 2006, item 07.

²⁶ Tradução livre, no original: “has attained legal significance especially as it has been accompanied by the emergence of specialized and (relatively) autonomous rules or rule-complexes, legal institutions and spheres of legal practice”. UNITED NATIONS. International Law Commission. *Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law*. (A/CN.4/L.682), Genebra, 2006, item 08.

²⁷ Permanent Court of International Justice (P.C.I.J.) *The case of the S.S. Wimbledon*. P.C.I.J. 1923 (ser. A) No. 1.

²⁸ SIMMA, Bruno; PULKOWSKI, Dirk. “Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law”. *European Journal of International Law*, vol.17, nº 03, 2006, p.491.

ser adjudicadas, ou de necessidade de coordenação, como no exemplo do Direito Administrativo Global²⁹.

De acordo com o relatório da Comissão de Direito Internacional:

O que antes parecia ser governado pelo “direito internacional geral” se tornou o campo de operação de sistemas especializados tais quais “direito comercial”, “direito dos direitos humanos”, “direito ambiental”, “direito do mar”, “direito europeu”, e mesmo alguns tão exóticos e de conhecimento altamente especializado como “direito do investimento” ou “direito internacional dos refugiados” etc. – cada um possuindo seus próprios princípios e instituições.³⁰

Se no início do Século XX havia premente preocupação em constituir organizações mínimas capazes de produzir governança, aqui já se percebe uma situação oposta: a proliferação de organizações cria problemas de superposição de autoridade jurídica e política. A esse processo de expansão pluralista de regimes legais independentes ou parcialmente independentes do Direito Internacional geral, somam-se os efeitos do declínio da estatalidade, compreendida como a transferência de poder público para atores não-estatais e o exercício de autoridade pública por meios, igualmente, não-estatais³¹. Conforme Koskenniemi e Leino:

A crise da soberania doméstica é paralela ao colapso da imagem do mundo internacional como uma estrutura hierárquica unitária que tem a Organização das Nações Unidas em seu topo, governando um mundo de soberanias domesticadas por meio do direito público e da diplomacia. A nova configuração global se constrói sobre relacionamentos informais entre diferentes tipos de unidades e atores, enquanto o papel do Estado se transformou de legislador em facilitador de sistemas autorregulados. A economia é, obviamente, global. Mas “internacional” e “nacional” podem não ser mais separáveis de maneira útil mesmo como domínios distintos na política e governo.³²

²⁹ KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. “The Emergence of Global Administrative Law”. *Law and Contemporary Problems*, vol.68, nº ¾, 2005.

³⁰ Tradução livre, no original: “What once appeared to be governed by “general international law” has become the field of operation for such specialist systems as “trade law”, “human rights law”, “environmental law”, “law of the sea”, “European law” and even such exotic and highly specialized knowledges as “investment law” or “international refugee law” etc. – each possessing their own principles and institutions”. UNITED NATIONS. International Law Commission. *Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law*. (A/CN.4/L.682), Genebra, 2006, item 08.

³¹ GRIMM, Dieter. “The Constitution in the Process of Denationalization”. *Constellations*, vol.12, nº04, 2005, p.447.

³² Tradução livre, no original: “The crisis of domestic sovereignty is paralleled by the collapse of the image of the international world as a single, hierarchical structure at the top of which the United Nations governs a world of tamed sovereigns through public law and diplomacy. The new global configuration builds on informal relationships between different types of units and actors while the role of the state has been transformed from legislator to a facilitator of self-regulating systems. The economy is, of course, global. But the “international” and “national” may no longer be usefully

A soma entre os processos de globalização, declínio da estatalidade e, conseqüentemente, de redimensionamento da constituição doméstica e a emergência de racionalidades e formas privadas de governança, leva autores como Gunther Teubner a enxergar nos novos regimes especializados e auto-continentes “fragmentos constitucionais”³³ de um direito mundial, compondo aquilo que ele define como um “constitucionalismo societal” cuja lógica se aproxima a de uma soberania de coletivos de autogoverno proposta por Ulrich Preuss³⁴. De acordo com Teubner:

[...] regimes auto-continentes se fortalecem como regimes auto-constitucionais. A característica definidora dos regimes auto-continentes não é simplesmente que eles criam regras primárias altamente especializadas, *i.e.* regras substantivas em campos especiais do direito, mas sim que eles também produzem suas próprias normas processuais de produção legislativa [*procedural norms on law-making*], reconhecimento de regras, e sanção jurídica: as chamadas regras secundárias.³⁵

Desde esta perspectiva, no final do Século XX, a consolidação da especialização funcional de regimes jurídicos reduz, em parte, a desdiferenciação entre direito e política percebida nas décadas anteriores, vez que a atividade de regulação se concentra na consolidação entre partes de regras setoriais com maior coesão. Assumindo como fato a especialização funcional, essa abordagem propõe que o Estado nacional não é a única fonte normativa em uma sociedade mundial, e que o problema da colisão entre regimes jurídicos, sejam eles públicos ou privados, transcende a dissonância normativa formal – nos termos apresentados em boa parte do relatório da Comissão de Direito Internacional, por exemplo – referindo-se diretamente a um choque entre racionalidades sistêmicas conflitantes. Teubner exemplifica esses conflitos com um caso de colisão de racionalidades entre o direito derivado dos direitos fundamentais e direito derivado da economia transnacional:

separated even as distinct realms of politics and government”. KOSKENNIEMI, Martii; LEINO, Päivi. “Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties”. *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, 2002, p.557.

³³ TEUBNER, Gunther. *Constitutional Fragments: societal constitutionalism and globalization*. New York: Oxford University Press, 2012.

³⁴ PREUSS, Ulrich. Disconnecting Constitutions from Statehood. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin. *The Twilight of Constitutionalism?* New York: Oxford University Press, 2010.

³⁵ Tradução livre, no original: “[...] self-contained regimes fortify themselves as auto-constitutional regimes. The defining feature of self-contained regimes is not simple that they create highly specialized primary rules, *ie* substantive rules in special fields of law, but that they also produce their own procedural norms on law-making, law recognition, and legal sanction: so-called secondary rules”. TEUBNER, Gunther. “Fragmented Foundations – societal constitutionalism beyond the Nation State,” in: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (orgs.), *The Twilight of Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p.333.

Nessa perspectiva, presumidas violações contra os direitos humanos praticadas por empresas transnacionais não são apenas conflitos entre direitos individuais – entre o direito de propriedade das firmas e os direitos humanos das pessoas. Mais que isso, elas representam a colisão entre racionalidades institucionalizadas. Elas são incorporadas em diferentes políticas de organizações transnacionais. Tais problemas são causados pela fragmentação e pelos sistemas funcionais operativamente fechados da sociedade mundial que, em seu fervor expansionista, criam os problemas mais urgentes da sociedade global.³⁶

Independente da aceitação da ideia de que os regimes transnacionais sejam fragmentos de um direito constitucional societal, o ponto nevrálgico do debate sobre pluralismo e a fragmentação do direito internacional é a percepção de que os regimes especializados constituem um dado novo e relevante. A solução de conflitos entre diferentes regimes passa a depender menos da formulação de propostas hierarquizantes entre diferentes formas normativas e mais da estruturação de mecanismos e processos de influência recíproca entre atores estratégicos dos diferentes regimes.

Nesse contexto as cortes e órgãos análogos, na qualidade de espaços capazes de conectar racionalidades e produzir decisões vinculantes em algum dos regimes ou ordens jurídicas implicados no problema legal em apreço, ganham especial relevância, podendo funcionar como espaços institucionais que possibilitam comunicações entre regimes que, de outra maneira, seguem operando em uma lógica fechada. O espaço judicial é aquele que melhor reflete a busca por neutralidade que orienta a lógica privada de resolução de conflitos que caracteriza o período pós-bipolarismo. Menos que buscar acordos relevantes e a construção de consensos sobre a existência e distribuição de direitos, o projeto de governança global passa a se focar em solucionar disputas entre partes específicas, com capacidade para litigar, consequentemente pressionando o eixo de produção do direito, deslocando-o de um espaço mais participativo e universalizável para outro, de acesso mais restrito, especializado e técnico.

³⁶ Tradução livre, no original: “In this light, the alleged violations of human rights by transnational enterprises are not only conflicts between individual rights – between the property Rights of the firms and the human rights of the people. Rather, they represent the collisions of institutionalized rationalities. They are embodied in the different policies of transnational organizations. Such problems are caused by the fragmented and operationally closed functional systems of a global society, which, in their expansionist fervour, create the most pressing problems of global society”. *Ibidem*, p.330.

1.4. Judicialização e processo jurídico transnacional

Em sua *terceira fase* de alterações estruturais, a governança global incorpora muito da perspectiva técnica e fragmentária comumente identificada com o direito, de um lado, constituindo um modelo de governança jurídica tecnocrática e, de outro, produzindo alterações no *modus operandi* do próprio direito, adequando-o ao novo projeto de governança. O direito é entendido (e promovido) como tecnologia social de solução setorial de conflitos a um só tempo neutra e imparcial, capaz, portanto, de promover maior racionalidade e eficiência na regulação de temas globais. Sem perder a dimensão funcional da abordagem da fase anterior, que evidentemente não desaparece do campo, mas convive com a nova forma estrutural emergente, o discurso predominante do direito internacional absorve os novos valores de governança neoliberal. Apresenta-se como mediador institucional capaz de garantir a efetivação da *neutralidade e eficiência*, valores priorizados pelo discurso do “mercado”, fortalecido pela expansão das novas formas de regulação na esfera privada³⁷. Para que possa se manter neutro, o direito precisa ser mantido afastado da política, razão pela qual as cortes passam a ganhar espaço como produtoras jurídicas ante aos corpos legislativos. Igualmente, numa lógica individualista, decisões judiciais se mostram mais eficientes para aqueles que podem litigar do que as políticas públicas produzidas pela governança de estilo executivo, que demandam tempo para produção de consensos e, somente depois, resultados.

Se no início do Século, na primeira fase de desenvolvimento, a principal matriz de geração normativa do Direito Internacional era, mesmo que idealmente, o processo deliberativo, servindo a Liga das Nações como exemplo, a gradual autonomização de instituições e agências executivas capazes de produzir autorregulação durante a segunda fase substitui a racionalidade deliberativa pela ideia de racionalidade da *expertise*. Justificativas que partem de uma certa leitura da

³⁷ Neste sentido, Sassen aponta que: “While there may be sharp disagreements in the scholarship as to the efficiency and neutrality of the private market domain, there is little disagreement concerning the overall growth of private authority since the 1980s. Where preceding centuries saw the growth of the national public realm, the last few decades have seen a sharp reversal in this trend. [...] We can identify several distinct dynamics in the recent growth of private authority. The first is the proliferation of private agents who originate rules and norms to handle domains once exclusive to governments. The second is the marketizing of public functions both at the domestic and international levels. The third is the growing weight of private agents in internationalizing political authority.” Sassen, Saskia. *Territory, Authority, Rights*. Princeton: Princeton University Press, 2006, p.192.

concepção de burocrático-weberiana para justificar o afastamento da política em prol de uma maior eficiência técnica constituem um dos pilares estruturais do *modus operandi* da segunda e terceira fases³⁸. Outro pilar é, justamente, a ideia de neutralidade. Se as instituições e agências executivas são compostas acomodando interesses assimétricos de Estados e atores privados, é necessário um Direito capaz de mediar conflitos de forma neutra, proporcionando equilíbrio “técnico-jurídico” à equação de poder.

Essa perspectiva fica bem expressa na reconstrução histórica e, conseqüentemente, nas implicações práticas que Harold Koh extrai em sua leitura sobre as transformações na ordem mundial do pós-Guerra. Ele inicia contextualizando o sonho de sobrepor o direito ao poder, cuja concretização seria brecada pela Guerra Fria:

Os anos que imediatamente se seguiram à Segunda Guerra Mundial representam o auge do direito internacional: o surgimento das Nações Unidas e de organizações internacionais, tanto políticas quanto econômicas, o movimento internacional por direitos humanos, e a noção de que os internacionalistas poderiam ser simultaneamente os arquitetos e os executores de uma nova ordem mundial fundada no direito. Primordialmente, aqueles que desenharam o sistema internacional do pós-Guerra eram advogados que acreditavam no império do direito [*“rule of law”*], não na força [*“power”*], no trato dos assuntos internacionais, e na boa vontade dos estados em cooperar no âmbito das instituições internacionais e constitucionais.³⁹

³⁸ Neste sentido, Esty aponta que “A legitimidade pode derivar do conhecimento [*“expertise”*] do gestor público e da habilidade em gerar bem estar social das instituições governamentais. Nesta concepção neo weberiana, um processo de governo que produza uma análise racional, dentro dos limites da lei, rendendo bons resultados, é o que importa. Muito dos escritos de Weber se focam nas virtudes dos processos burocráticos de governança que delegam algumas escolhas a especialistas cujo conhecimento, foco, neutralidade, e isolamento da política prometem processos decisórios sistematicamente superiores.” Tradução livre, no original: “Legitimacy may derive from the expertise of the policymaker and the governing institution's ability to generate social welfare gains. In this neo Weberian conception, a governance process that produces rational analysis within legal boundaries yielding good outcomes is what matters. Much of Weber's writing focuses on the virtues of bureaucratic governance processes that delegate some policy choices to experts whose knowledge, focus, neutrality, and insulation from politics promise systematically superior decisionmaking outcomes”. ESTY, Daniel C. “Good Governance at the Supranational Scale: globalizing administrative law”. *The Yale Law Journal*, vol.115, nº 07, p.1517.

³⁹ Tradução livre, no original: “The years immediately following World War II represented the heyday of international law: the rise of the United Nations and international organizations, both political and economic, the international human rights movement, and the notion that international lawyers could be both the architects and executors of a new world order under law. In the main, those who designed the postwar international system were lawyers who believed in the rule of law, not power, in international affairs and in the willingness of states to cooperate within international institutional and constitutional

Situando-se em um ponto de equilíbrio entre o positivismo característico do início do Século e o realismo brutal do período da Guerra Fria, leituras do Direito Internacional presentes em autores como Harold Koh ou Anne-Marie Slaughter reaproximam perspectivas divorciadas entre Direito Internacional e direito doméstico. Aqui o direito não se apresenta como *ultima ratio* capaz de regular estados soberanos, mas tão pouco como simples expressão dos interesses, permanentes ou tópicos, dos mesmos.

Se para autores como Morgenthau uma norma não efetiva simplesmente deixa de ser parte do direito, para os internacionalistas do final do Século o próprio conceito de “observância” [*compliance*] do direito internacional flexibiliza-se, na medida em que a aplicação do direito não resta adstrita a uma perspectiva “tudo ou nada”. Utilizando uma analogia de Koh como ilustração:

Somente porque o limite de velocidade de 55 milhas por hora não é rigorosamente observado não decorre que o direito carece absolutamente de força [*power*]. Quando o limite de velocidade é 55, as pessoas tendem a dirigir a 65, e não a 85. O direito pode estar sub-aplicado [*underenforced*], pode estar aplicado [*enforced*] de maneira imperfeita, mas é ainda assim aplicado, não meramente por um processo legislativo doméstico, por uma decisão judicial, ou pela ação do executivo, mas por um processo de aplicação que transparece em uma variedade de foros públicos e privados, em uma variedade de leis domésticas e internacionais, desencadeado por uma variedade de atores governamentais e não governamentais.⁴⁰

A gradual insurgência de regimes especializados com seus próprios regramentos, processos de auto regulação domésticos, e a maior interação entre tribunais locais, nacionais, transnacionais e internacionais, ampliam o debate sobre observância, uma vez que “para além de ser formalmente implementado em regras jurídicas domésticas, o direito internacional pode afetar a interpretação do direito doméstico”⁴¹. As perspectivas hierárquicas características do início do Século são

frameworks”. KOH, Harold H. “Transnational Legal Process”. *Nebraska Law Review*, vol.75, 1996, p.191.

⁴⁰ Tradução livre, no original: “Just because the 55 mph speed limit is not strictly enforced does not mean that that law lacks all power. When the speed limit is 55, people tend to drive 65, not 85. The law may be underenforced, it may be imperfectly enforced, but it is enforced, not by a simple domestic process of legislation, adjudication, and executive action, but by a process of complex enforcement that transpires in a variety of public and private *fora*, under a variety of domestic and international laws, triggered by a variety of governmental and nongovernmental actors”. *Ibidem*, p.194.

⁴¹ Tradução livre, no original: “beyond being formally implemented in domestic legal rules, international law may affect the interpretation of domestic law”. HOWSE, Robert; TEITEL, Ruti. “Beyond compliance: rethinking why International law really matters”, *Global Policy*, Vol.01, nº02, 2010, p.132

substituídas por abordagens sobre conflito e cooperação entre ordens e regimes jurídicos que enfrentam questões jurídicas superpostas, e o campo do direito internacional passa a sobrevalorizar o equacionamento de interesses pela localização e sopesamento de princípios, e não apenas pela implementação de regras.

A dimensão judicial da governança jurídica ganha um espaço sem precedente, ampliando o espaço para litígios de natureza transnacional ou, quando pouco, cujo impacto terá consequências que não se limitam ao plano doméstico ou ao internacional no sentido dualista, atravessando diferentes ordens e regimes jurídicos. Segundo Slaughter, *litígios transnacionais*, diferentemente de *resolução de disputas internacionais*, “geralmente referem litígios em tribunais domésticos, tipicamente entre partes privadas através das fronteiras, mas também, na medida em que as imunidades soberanas se enfraquecem, entre partes privadas e estados”⁴².

Com a maior integração global a quantidade e variedade de conflitos a serem mediados por cortes e órgãos análogos também se incrementa. Ainda, a quantidade de direito “setorial” (fragmentado) disponível igualmente resta ampliada: regimes especializados, tratados bilaterais ou multilaterais, acordos privados entre outros. Distintos processos conduzem a produção de ampla regulação aplicável em caso de conflito, e os regimes ainda se observam e se referem reciprocamente, ampliando a complexidade do processo de acomodação de expectativas em torno do processo jurídico que se desenvolve em um ou vários deles. Daí decorre que o próprio direito a ser aplicado na solução de um litígio pode tornar-se objeto de conflito. Assim, gradualmente, o papel mediador das cortes ganha relevo. Não porque a produção de tipo “legislativo” do direito internacional deixe de existir, em que pese a pluralização das fontes, nem porque as agências executivas deixem de produzir políticas públicas, em que pese a emergência de projetos privados com características de políticas públicas, mas simplesmente porque a soma desses dois processos e a fragmentação das instituições de governança produz conflitos que

⁴² Tradução livre, no original: “generally referred to litigation in domestic courts, typically between private parties across borders but also, as sovereign immunity rules loosened, between private parties and states”. SLAUGHTER, Anne-Marie. “A Global Community of Courts”. *Harvard International Law Journal*, vol. 44, no. 01, 2003, p.191.

demandam soluções “neutras” e “eficientes” caracteristicamente associadas com aquelas produzidas por cortes de justiça.

As perspectivas hierarquizantes do início do Século XX procuraram responder tais conflitos hierarquicamente, questionando qual norma de qual ordem ou regime deveria ter precedência, implicando num conflito entre regimes (doméstico vs. internacional; geral vs. especializado). As abordagens funcionalistas, por sua vez, focaram no equilíbrio de interesses e na capacidade efetiva de implementação factual das normas. Na abordagem da atual fase de desenvolvimento estrutural da governança global, a reconstrução da ideia de neutralidade do direito somada à persistência da perspectiva funcionalista de resolução de problemas permite uma construção alternativa.

Operando num espaço que Slaughter define como uma “comunidade global de cortes”, os juízes percebem-se como envolvidos em um “empreendimento judicial comum” em que enfrentam “problemas institucionais e substantivos compartilhados; aprendem com as experiências e raciocínio uns dos outros; e cooperam diretamente para resolver disputas específicas. Crescentemente, eles se concebem como capazes de atuar de maneira independente tanto no domínio internacional, quanto no doméstico”⁴³. Evidentemente um empreendimento conjunto só é possível onde existem valores compartilhados, e a crença no direito como ferramenta neutra de equacionamento de conflitos é um destes valores.

Como consequência do aumento do uso e da maior capacidade decisória das cortes, e da insurgência do discurso da *expertise*, as cortes internacionais, transnacionais e espaços jurídicos de decisão gradualmente são empoderados. No processo de resolução de conflitos, as cortes e órgãos análogos definem o que é e o que não é direito, revisam decisões administrativas e políticas públicas, enumeram e restringem direitos. Se na primeira fase de desenvolvimento analisada nessa tese os Estados detinham o monopólio sobre a produção do direito, e o esforço de coordenação era empreendido por meio de acordos políticos, na segunda fase organizações internacionais e transnacionais, públicas e privadas, igualmente

⁴³ Tradução livre, no original: “common substantive and institutional problems; [...] learn from one another’s experience and reasoning; and [...] cooperate directly to resolve specific disputes. Increasingly, they conceive of themselves as capable of independent action in both international and domestic realms”. *Ibidem*, p.193.

torneram-se atores relevantes em um contexto em que definições substantivas ocorrem no bojo de agências executivas.

A terceira fase, cujas operações coexistem com as da segunda, mas que avança na consolidação de uma lógica privada de governança, caracteriza-se pela incorporação no processo de produção do direito internacional de todo ator (individual ou coletivo, público ou privado) com capacidade de litigar, e o foco deixa de ser a construção de acordos para ser a solução de conflitos. Partes “individuais” passam a figurar em um debate cujo senso de unidade e organização era antes dado apenas por entes coletivos soberanos: os Estados. Pessoas naturais ou jurídicas são inseridas como contrapartes privadas em um sistema de governança que antes era eminentemente público, forçando uma reorganização de estruturas de legitimação, categoriais analíticas, e dos próprios conceitos de pertencimento, unidade e organização do sistema de governança ainda em curso e cujos resultados não são de antemão previsíveis. A combinação entre capacidades existentes, racionalidades em disputa, e alterações estruturais implica em rearranjos profundos que, quando analisados desde uma perspectiva global, mostram-se setoriais, plurais ou mesmo fragmentários.

Novamente citando Slaughter, o Direito Internacional amplia seu escopo estabelecendo um “foco liberal não nas interações entre os Estados, ao menos não em primeira instância, mas sim em um conjunto analítico de relações entre estados e a sociedade civil doméstica e transnacional”⁴⁴. Nesta perspectiva, a diferenciação entre direito e política no plano global conduz a uma desdiferenciação entre o doméstico e o internacional:

A mudança conceitual a ser destaca é a de dois sistemas – internacional e doméstico – para um; de juízes internacionais e nacionais para juízes aplicando o direito internacional, o direito nacional, ou uma mistura entre ambos. Em outras palavras, a identidade institucional de todas essas cortes, e a identidade profissional dos juízes que nelas tem assento, é forjada mais por sua função comum de resolver disputas por meio de regras de direito do que pelas diferenças no direito que eles aplicam e as partes que pleiteiam em frente a eles.⁴⁵

⁴⁴ Tradução livre, no original: “liberal focus not on state-to-state interactions, at least not in the first instance, but on an analytically prior set of relationships among states and domestic and transnational civil society”. SLAUGHTER, Anne-Marie. “International law and international relations theory: a dual agenda”, *American Journal of International Law*, vol.87, nº02, 1993, p.207.

⁴⁵ Tradução livre, no original: “The underlining conceptual shift is from two systems –international and domestic– to one; from international and national judges to judges applying international law, national law, or a mixture of both. In other words, the institutional identity of all these courts, and the

O deslocamento de parte relevante do processo deliberativo substantivo para cortes, por sua vez, implica uma alteração do estilo de governança, que se torna mais judicial e, conseqüentemente, mais tecnocrático. Juizes treinados em alguma especialidade jurídica passam a definir o direito aplicando, com critérios relativamente fluídos, o direito internacional, o direito doméstico, ou uma mistura entre ambos. Ainda, o processo de litígio ganha espaço frente as formas de produção tradicional do direito, como a deliberação política seguida de consensos provisórios. O “processo jurídico transnacional” torna-se, a um só tempo, mecanismo de produção e implementação do Direito. De acordo com Harold Koh:

Processo jurídico transnacional descreve a teoria e a prática sobre como atores públicos e privados – estados nacionais, organizações internacionais, empresas multinacionais, organizações não governamentais, indivíduos privados – interagem em uma variedade de maneiras públicas e privadas, em foros domésticos e internacionais, para criar, interpretar, aplicar e, finalmente, internalizar regras de direito transnacional.⁴⁶

Koh apresenta o processo jurídico transnacional como uma resposta para diversos dos problemas oriundos da reorganização do sistema jurídico ante ao declínio da estatalidade e a emergência de uma ordem global plural e fragmentada. Primeiro, o processo jurídico transnacional não é nem doméstico nem internacional, nem público nem privado. A proposta é bastante similar àquela dos defensores de um “Direito Administrativo Global”⁴⁷: o campo judicial transnacional, assim como a administração de políticas globais, não se detém a estas dicotomias tradicionais do direito. Tribunais domésticos, supranacionais ou internacionais participam do processo sem hierarquias pré-estabelecidas. Órgãos privados de resolução de conflitos também se fazem presentes. Qualquer ator capaz de litigar pode dar início a uma causa. Formas de direito “geral”, doméstico ou internacional, convivem com regimes especializados.

professional identity of the judges who sit on them, is forged more by their common function of resolving disputes under rules of law than by the differences in the law they apply and the parties before them”. SLAUGHTER, Anne-Marie. “A Global Community of Courts”. *Harvard International Law Journal*, vol. 44, no. 01, 2003, p.192.

⁴⁶ Tradução livre, no original: “Transnational legal process describes the theory and practice of how public and private actors – nation-states, international organizations, multinational enterprises, non-governmental organizations, and private individuals – interact in a variety of public and private, domestic and international *fora* to make, interpret, enforce, and ultimately, internalize rules of transnational law”. KOH, Harold H. “Transnational Legal Process”. *Nebraska Law Review*, vol.75, 1996, pp.183-184

⁴⁷ KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. “The Emergence of Global Administrative Law”. *Law and Contemporary Problems*, vol.68, nº ¾, 2005.

Segundo, o processo é não estatal. Isso significa mais que albergar a possibilidade de incorporar atores privados, pois implica igualmente a possibilidade de excluir atores públicos. Exemplos como tribunais arbitrais independentes, a *International Organization for Standardization* (ISO), ou a Federação Internacional de Futebol Associado (FIFA), ilustram formas organizacionais em que processos com resultados determinantes de direitos ou produtores de regulação ocorrem em grande medida à margem de qualquer regulação estatal.

Terceiro, o processo jurídico transnacional é dinâmico: “o direito transnacional se transforma, muda, e filtra para cima e para baixo, subindo do doméstico ao internacional e de volta para baixo”⁴⁸. O direito tradicional, doméstico ou internacional, é estático. Depende de processos organizacionais complexos, sua alteração é lenta, suas interações mediadas. O Direito Transnacional, conforme pensado por Koh, é ágil, pois orientado para a resolução de problemas, e não a si mesmo.

Finalmente, quarto, é normativo. Normas são estabelecidas, validadas e derogadas no processo de litígio transnacional. Numa mediação entre a validade formal conforme pensada pelos positivistas, e o direito como efetividade da abordagem funcionalista, Koh propõe um conceito de normatividade baseado na ideia de influência das normas, tomando como fato a necessidade que todos os atores, inclusive os estados, têm de interagir no cenário global:

Resumindo, a ideia crítica é a normatividade do processo jurídico transnacional. Para sobreviver em um mundo interdependente, mesmo os Estados mais isolados – Coréia do Norte, Líbia, Iraque, Cuba – precisam eventualmente interagir uns com os outros. Mesmo estados párias não conseguem isolar-se eternamente do cumprimento do direito internacional se desejam participar em uma economia ou em processos políticos transnacionais. Uma vez que as nações começam a interagir, um processo complexo ocorre, por onde normas jurídicas internacionais se infiltram, são internalizadas, e acabam incorporadas nos processos legais e político em âmbito doméstico.⁴⁹

⁴⁸ Tradução livre, no original: “transnational law transforms, mutates, and percolates up and down, from the public to the private, from the domestic to the international level and back down again”. KOH, Harold H. “Transnational Legal Process”. *Nebraska Law Review*, vol.75, 1996, p.184.

⁴⁹ Tradução livre, no original: “To summarize, the critical idea is the normativity of transnational legal process. To survive in an interdependent world, even the most isolated states – North Korea, Libya, Iraq, Cuba – must eventually interact with other nations. Even rogue states cannot insulate themselves forever from complying with international law if they wish to participate in a transnational economic or political process. Once nations begin to interact, a complex process occurs, whereby

Ainda, ao permitir novas formas de interação, e ao abrir possibilidades de participação para atores não estatais, viabiliza novas formas de legitimação do processo decisório, em interações livres da preponderância da lógica de governança estatal. Nas palavras de Teitel, isso viabiliza que as cortes articulem e deem efetividade a um discurso sobre “direitos”, em oposição a um discurso político que prevalece, inclusive, no Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas (orientado por uma lógica de balanço de poder):

A judicialização muda o poder, de um lado, permitindo a responsabilização legal, de outro, empoderando atores não estatais que, por sua vez, dirigindo-se de variadas maneiras às cortes e tribunais internacionais e em sendo abordados por eles, se transformam em agentes legitimadores. Cortes e tribunais internacionais estão bem posicionados para prover um discurso baseado em direitos autônomos ou, ao menos, parcialmente descolado da cultura política e do constitucionalismo nacional – universalizável, secular, transnacional, e com a autoridade dos mais elevados valores humanos.⁵⁰

O processo jurídico transnacional, como teoria explicativa da normatividade e da legitimação de decisões em âmbito transnacional, procura dar conta das novas realidades regulatórias para além do Estado nacional. Ele incorpora processos como a arbitragem e a negociação ao acervo tradicional de produção do Direito. Ao fazê-lo, abre-se a novos atores. Valendo-se dos exemplos de Koh:

[...] o direito internacional é aplicado [“enforced”] por processos jurídicos transnacionais desencadeados não apenas pelos Estados Unidos ou a Rússia, mas também pelo Conselho de Segurança, GATT, Exxon, Greenpeace, o Clube de Paris, a Anistia Internacional, e o escritório Lowenstein de Direito Internacional dos Direitos Humanos da Escola de Direito da Yale⁵¹.

Da perspectiva internacional, esse processo conduz à ampliação do campo do Direito, conforme apontado por Slaughter mas, sobremaneira, a uma ampliação

international legal norms seep into, are internalized, and become embedded in domestic legal and political processes”. *Ibidem*, p.205.

⁵⁰ Tradução livre, no original: “Judicialization shifts power on the one hand by promoting judicial accountability, and on the other by empowering nonstate actors, who, in turn, by addressing themselves in various ways to international courts and tribunals and by being addressed by them, become agents of legitimacy. International courts and tribunals are well situated to supply a rights-based discourse at least partly detached or autonomous from national political cultures and constitutionalism—universalizable, secular, transnational, and with the authority of high human values”. TEITEL, Ruti. “Kosovo to Kadi: legality and legitimacy in contemporary International Order”. *Ethics and International Affairs*, vol.28, nº 01, 2014, p.111.

⁵¹ Tradução livre, no original: “[...] international law is enforced by a transnational legal process, which is triggered not just by the United States and Russia, but also by the Security Council, the GATT, Exxon, Greenpeace, the Paris Club, Amnesty International, and the Lowenstein International Human Rights Clinic at Yale Law School”. KOH, Harold H. “Transnational Legal Process”. *Nebraska Law Review*, vol.75, 1996, p.194.

do papel daquelas instituições dotadas de capacidade de decisão: as cortes. Da perspectiva do direito doméstico, implica um desafio à identidade constitucional ou, como prefere Grimm, um certo “rebaixamento constitucional”: “na medida em que o Estado se compromete na mesa de negociações, os processos constitucionais e as autoridades legitimadas para a tomada de decisões segundo a constituição são rebaixados”⁵². Em outros casos, mesmo sem se comprometer, os Estados tem seu espaço de ação constricto por outros atores estratégicos. Gradualmente, mesmo os direitos fundamentais, fortemente vinculados às constituições nacionais, passam a ser enumerados ou ter seu escopo redefinido por processos jurídicos transnacionais movidos por atores que não figuram no “elenco” tradicional do direito constitucional.

Nessa perspectiva, os atores privados com capacidade de produzir alterações substanciais na regulação legal podem ser, grosso modo, divididos em dois grupos: com ou sem fins lucrativos⁵³. O primeiro grupo é de mais fácil identificação: atores econômicos, como corporações “que, em razão do alcance de suas atividades, podem em grande medida seguir sua própria lógica sistêmica sem necessariamente respeitar os padrões e obrigações que prevalecem dentro dos estados”⁵⁴. Uma extensa literatura se dedica tanto ao modo como tais atores interagem entre si, quanto ao modo como interagem com os estados.

O segundo grupo, de atores privados sem fins lucrativos, inclui todo o heterogêneo segmento conhecido como “sociedade civil”. O número de organizações não governamentais reconhecidas por organizações internacionais de direito público ampliou-se dramaticamente durante o Século XX. De acordo com Sassen, enquanto em 1914 havia registro de pouco mais de 330 organizações deste tipo, no ano de 1980 esse número ultrapassava 6.000.

Esses novos atores, privados, entram em litígio e se mobilizam politicamente dentro de regimes especializados que operam “em uma disputa *hegemônica* na qual

⁵² Tradução livre, no original: “to the extent that the state commits itself at the negotiating table, the constitutionally prescribed decision-making authorities and procedures are downgraded”. GRIMM, Dieter. “The Constitution in the Process of Denationalization”. *Constellations*, vol.12, nº04, 2005, p.455.

⁵³ PATTBERG, Philipp. “The Institutionalization of Private Governance: How Business and Nonprofit Organizations Agree on Transnational Rules”. *Governance*, vol.18, nº 04, 2005, pp.589-610.

⁵⁴ Tradução livre, no original: “which, by virtue of the range of their activities, can largely follow their own systemic logic without having to respect the standards and obligations that prevail within states”. GRIMM, Dieter. “The Constitution in the Process of Denationalization”. *Constellations*, vol.12, nº04, 2005, p.457

cada um pretender ter seus interesses especiais identificados com o interesse geral”⁵⁵. As relações se estabelecem dentro de uma lógica prevalentemente privada, de litígio individual ante a um agente que promoverá uma decisão neutra, de defesa de interesses setoriais, e expansão da racionalidade de um regime para outros. Não obstante, o interesse em jogo dentro do regime pode ser público ou privado. Se exemplos como o da autorregulação de empresas atuantes em um dado mercado explicitam um jogo entre interesses predominantemente privados, os casos de litígio de direitos humanos em cortes internacionais opera desde uma lógica privada, qual seja, a adjudicação individual de direitos, mas que pode ter em vista um interesse público⁵⁶. O mesmo acontece quando atores privados defendem interesses transindividuais, como a proteção do meio ambiente. A mudança de estilo do direito internacional rumo a um modelo mais judicial, que acompanha o movimento doméstico de retração da governança pública e expansão da governança privada, não implica na eliminação dos valores e interesses associados com a esfera pública, mas produz um rearranjo relevante na maneira como direitos são enumerados e efetivados e, mais ainda, nos modos de mobilização para produção de mudanças legais e políticas. É considerando esse cenário “global” que se deve procurar compreender as possibilidades e as limitações das atuais experiências de interação e governança transversal dos direitos humanos na América Latina.

1.5. Evolução e características Estruturais da Governança Global

O que as mudanças estruturais observadas no *modus operandi* da governança global implicam para a governança dos direitos humanos? Sete elementos categoriais reunidos ao longo deste capítulo são importantes para a distinção entre as três diferentes fases de desenvolvimento e, conseqüentemente, para a estruturação da resposta a essa questão. Evidentemente, como toda tipologia, a aqui apresentada é imperfeita e passível à incorporação de inúmeras

⁵⁵ Tradução livre, grifos dos autores, no original: “in a *hegemonic* struggle in which each hopes to have its special interests identified with the general interest”. KOSKENNIEMI, Martii; LEINO, Päivi. “Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties”. *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, 2002, p.562.

⁵⁶ Cf.: CARDOSO, Evora Lusci Costa. *Litígio Estratégico e Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. Coleção Fórum Direitos Humanos, vol.04. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

exceções, porém, metodologicamente, é funcional no sentido de viabilizar a compreensão de tendências gerais do campo.

a) Tipo de problema

É possível identificar uma mudança no *tipo de problema* na qual o direito internacional, enquanto disciplina, concentrou-se ao longo de seu processo de mudança estrutural. Na primeira fase de desenvolvimento, o campo seguiu debruçado sobre os problemas típicos do Século XIX, procurando compor uma teoria abrangente sobre as fontes do direito internacional, resolvendo questões como a compatibilização entre o direito resultante do acordo entre os estados e o direito consuetudinário. Na segunda fase, o foco migra para a política pública internacional. A preocupação normativa abre lugar para a tentativa de execução coordenada de projetos regulatórios, com a priorização de atores estratégicos, o desenvolvimento de tecnologias específicas, e a incorporação de agências transnacionais e atores privados relevantes no processo decisório. Finalmente, na terceira fase, de amplo pluralismo legal, vocaciona o campo para a busca de princípios legais aplicáveis e padrões de políticas desejáveis, inclusive com a introdução de uma nova gramática de governança que inclui ideias como a de “boas práticas”, e a consolidação de políticas globais públicas, privadas e público-privadas.

A produção e positivação de regras, cuja forma era extremamente relevante, é abertamente substituída por uma perspectiva funcional baseada mais na capacidade de persuasão do que em ideais normativos de validade. Problemas relacionados às fontes não desaparecem, mas deixam de ser uma questão central. Como será discutido adiante, novos direitos passarão a surgir no espaço transnacional não como produto de novos acordos políticos, mas como interpretações de instrumentos pré-existentes por agências decisórias de natureza técnica. Nesse sentido, a estratégia de ação para a obtenção de direitos não necessariamente passa por sua “codificação”, mas por sua busca na observação recíproca.

b) *Estratégias de ação*

A resposta aos problemas acima referidos é articulada por meio de uma estratégia de ação, que também é atualizada na medida em que o campo se transforma. A preocupação com as fontes implica em uma estratégia de *codificação*. A produção de legislação internacional, de fontes positivas, é uma preocupação-chave para aqueles que propõem formas de governança por meio do direito internacional durante toda a primeira e, ainda, metade da segunda fase de desenvolvimento aqui estruturadas. Os Estados são os principais protagonistas desse empreendimento coletivo, e a diplomacia o meio por excelência para a obtenção dos fins almejados.

Durante a segunda fase o foco em gerenciamento de políticas em um contexto de ausência de consenso implica a migração de uma estratégia de codificação para outra, de *administração*. A impossibilidade de obter um consenso razoável sobre um determinado tema não pode significar seu bloqueio na agenda internacional, e a falência do modelo da Liga das Nações é, entre outros, atribuída a seu complexo processo deliberativo. A necessidade premente de resolver problemas fortalece as abordagens de tipo *problem solving* em detrimento daquelas focadas tanto em aplicar quanto em produzir normativas generalizáveis. O foco global é substituído pelo enfoque tópico.

Finalmente, na terceira fase, com a consolidação de um cenário de pluralismo legal e com a ampliação radical dos atores habilitados a participar da ordem internacional, o enfoque tópico é individualizado. O *litígio* e a *resolução de disputas* tornam-se as principais estratégias para a produção e efetivação do direito internacional. O aumento das relações privadas bilaterais e multilaterais de modo não necessariamente dependente do Estado igualmente amplia a quantidade de conflitos. O fortalecimento de lógicas privadas de governança, que veem o Estado com desconfiança, estimula tanto a criação de espaços não-estatais de adjudicação e resolução de conflitos, quanto o privilegiamento de cortes e tribunais, associados com a prática “independente” (neutra) do direito em contraposição à política.

A mobilização política por mudanças legais e enunciação de direitos também responde a essa alteração estrutural do modelo de governança. Organizações não governamentais de interesse público (atores privados) e movimentos sociais não

institucionalizados passam a identificar no litígio uma forma estratégica de promoção de uma agenda política de expansão de direitos. Tal processo desloca parte da agenda de mobilização da construção de *consensos* amplos sobre a legitimidade de certas demandas, que então se traduzem em direitos, para a utilização de casos individuais emblemáticos para a construção de novas *interpretações* do direito. Parte significativa da mobilização social é transferida da luta política por posituação de direitos para estratégias jurídicas de demonstração e persuasão quanto à adequação social de uma determinada leitura legal, mixando atuação política e técnica na construção (e reconstrução) de direitos.

c) Tomada de decisão

A mudança de tipo de problema e estratégia de abordagem altera o processo de tomada de decisões radicalmente. O exemplo da Liga das Nações ilustra a construção de uma arquitetura orientada à realização institucional de uma lógica deliberativa parlamentar expressando uma preocupação em tornar a governança internacional análoga àquela doméstica, com uma clara ênfase em um modelo de prevalência do corpo Legislativo sobre os órgãos executivos e judiciais. A preocupação democrática traduz o conceito de cidadania individual doméstica em um conceito de soberania estatal, de tal maneira que todos os Estados soberanos possam ser tratados com igualdade na ordem internacional.

O modelo das Nações Unidas e dos regimes especializados, por sua vez, afasta a lógica parlamentar dando ênfase às agências executivas, concentrando poder de fato em um órgão em que a igualdade entre Estados soberanos é preterida ante um modelo de balanço de poder explícito. O Conselho de Segurança exemplifica uma nova mentalidade, em que os processos decisórios relevantes são deslocados para a esfera de controle e influência de atores centrais, enquanto os demais envolvidos podem operar em uma lógica cooperativa.

Mais ainda, enquanto na primeira parte da segunda fase podemos observar a articulação de regimes especializados, num segundo momento eles claramente assumem um papel-chave nos processos deliberativos e decisórios em âmbito global. Os exemplos do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional são

explícitos quanto a este novo modelo. Agências com baixa representação democrática são legitimadas por sua *expertise* para a “boa governança” e passam a exercer autoridade pública desde uma racionalidade privada fulcrada na objetividade técnica e em pressupostos de eficiência.

A terceira fase consolida as cortes e órgãos análogos como espaços centrais para a solução de conflitos em uma sociedade mundial em que organizações econômicas tornam-se substancialmente independentes dos estados nacionais, e na qual uma pluralidade de atores, públicos e privados, domésticos, transnacionais, supranacionais e internacionais, além de indivíduos singulares, legitimam-se a participar dos processos de governança dos quais são sujeitos. A lógica de solução interindividual de conflitos substitui em grande medida a anterior, de composição de interesses geoestratégicos.

A atividade judicial é ampliada radicalmente. Na esfera pública, com a criação de inúmeros tribunais internacionais para a solução de problemas de natureza pública ou privada, em temas cujo arco se expande do direito penal ao direito comercial. Na esfera privada, com a constituição de mecanismos de arbitragem e solução de conflitos que substituem a justiça administrada por autoridades legitimadas de forma direta ou indireta pelo direito público doméstico ou internacional. A expansão da esfera privada e o declínio da estatalidade implicam uma gradual e crescente redistribuição de capacidades decisórias de governo em um fluxo cujo vetor se desloca do doméstico para o internacional e o transnacional, e do público para o privado. Há uma reconcentração de capacidade de governo em novos atores, privados e transnacionais.

d) Estilo de governança

Assim, se no início do Século XX o estilo de governança do Direito Internacional era predominantemente *legislativo*, com questões formais quanto ao pertencimento e participação na ordem internacional ocupando local privilegiado na reflexão acadêmica, a segunda fase de desenvolvimento estrutural passa a trabalhar em um estilo *executivo*. Os fins tornam-se mais relevantes que os meios, e a abordagem de estilo realista-funcionalista, como a de Morgenthau, turvam a

separação entre direito e poder. O estilo *judicial* da terceira fase retoma as preocupações com uma diferenciação mais clara entre facticidade e validade do direito, porém, a concepção do que o direito é e como ele se estrutura é radicalmente diferente, como exemplificado pela abordagem do constitucionalismo societal de Gunther Teubner (que será adiante retomada).

A mudança de estilo de governança, mais do que apenas refletir as alterações no tipo de problema, estratégia de abordagem e formato de tomada de decisão, acompanha a tendência mais ampla verificada na sociedade mundial de tecnicização, desnacionalização e privatização. A ideia de que processos majoritários de tomada de decisão são morosos e, muitas vezes, irracionais, é compartilhada tanto por atores públicos, quanto privados, e não apenas por aqueles cuja atividade tem fins lucrativos. Organizações sociais privadas de defesa de interesses públicos ou sociais igualmente passam a calcular a relação custo-benefício existente entre estratégias de persuasão social ampla e construção de consensos traduzíveis em novos direitos positivos, e aquele de persuasão judicial estrita em fóruns contramajoritários.

e) Organizações e Instituições

Da preocupação em constituir uma estrutura análoga à do Estado nacional resulta que na primeira fase de desenvolvimento da governança global ao longo do Século XX as organizações internacionais protagonistas, ao lado dos Estados nacionais, fossem a Liga das Nações, como espaço central de deliberações, e a Corte Permanente de Justiça Internacional, órgão de resolução de conflitos. Outras organizações existentes tinham reduzida importância.

No estilo de governo da segunda fase, para além dos estados e das organizações centrais, especialmente a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, o Conselho de Segurança, e a Corte Internacional de Justiça, inúmeras agências especializadas passam a ser centrais para o entendimento da governança global, tornando-se impossível pensar em uma explicação, por exemplo, sobre governança econômica, que não incluía o Fundo Monetário Internacional. Ainda, nesta fase, diversos mecanismos de governança transnacional (ou

supranacional) são estabelecidos. A União Europeia e suas diversas organizações constituem o exemplo mais evidente.

Na terceira fase uma mudança de foco rumo às cortes ocorre com o fortalecimento e ganho de relevância daquelas já existentes, a instituição de inúmeros mecanismos judiciais, permanentes e provisórios, para a solução de conflitos, e o estabelecimento de formas privadas de adjudicação. O Tribunal Penal Internacional e os tribunais *ad hoc* para a antiga Iugoslávia e para Ruanda exemplificam casos de judicialização pública de conflitos políticos abrangentes por meio de organizações internacionais. Os tribunais de arbitragem e mecanismos análogos constituem casos de ampliação dos espaços de adjudicação privada. Com a expansão de agências e as dissoluções de fronteiras estruturantes entre doméstico e internacional, público e privado, mais que complementarem umas às outras, as organizações de governo passam a muitas vezes competir por capacidade de regulação, cada qual estabelecendo mecanismos judiciais próprios em seu interior. Diferentes arranjos se conformam em resposta a esse fenômeno.

No caso específico dos direitos fundamentais, espaços de governança regionais, supranacionais, transnacionais e internacionais passam a formular conceitos e conceber mecanismos de compatibilização de decisões. Neste momento, o pluralismo legal se traduz em fragmentação de critérios decisórios e perspectivas sobre as formas de organização da relação não apenas entre regimes do direito internacional, mas entre esses e aqueles de governança nacional (as ordens jurídicas domésticas). Formulações hierárquicas e heterárquicas, monistas e dualistas, soberanistas e internacionalistas são apresentadas como alternativas para o equacionamento de superposições e hiatos na resolução de questões jurídicas que gradualmente se tornam “transconstitucionais”⁵⁷.

f) Atores

Na primeira fase de desenvolvimento da governança global esboçada, estados nacionais e organizações internacionais constituíam a integralidade da

⁵⁷ Objeto do próximo capítulo. Para uma referência completa, veja-se: NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ordem internacional. Na segunda fase, com os regimes especializados, inúmeras organizações de natureza temática ou transnacionais, públicas e privadas, passam a interagir de maneira permanente nos processos de governança. A terceira fase, por sua vez, abre a ordem internacional para um número potencialmente infinito de novos atores. Qualquer ator, público ou privado, individual ou coletivo, pode litigar e, por meio do litígio, legitima um espaço institucional de resolução de conflito e se legitima enquanto agente. Em abordagens como a do processo jurídico transnacional de Harold Koh, todo o agente com capacidade fática de ação torna-se, potencialmente, um ator jurídico relevante.

Embora, evidentemente, distintas cortes apresentem distintos critérios de acesso, como tendência o fato a ser destacado é essa enorme abertura de possibilidades e, especialmente, o fato da articulação entre atores no espaço transnacional impactar inclusive nos Estados nacionais. A ampliação e emergência de novos atores ilustra a mudança de um sistema eminentemente interestatal, no início do Século XX, para outro, altamente transversal, ao seu final. Como consequência, as categorias de legitimação tanto do direito doméstico, quanto do direito internacional, passam a ser questionadas. Perspectivas substantivas são gradualmente substituídas por outras, funcionais, em um processo em que projetos descritivos e normativos muitas vezes se confundem na formulação de categorias jurídicas.

g) Abordagens Teóricas

Um último elemento diferenciador a ser destacado são os tipos de abordagens teóricas preponderantes ao longo de cada período. A primeira fase caracterizou-se pela influência do positivismo jurídico, de uma ideia de engenharia social e do atrelamento entre legitimidade e estatalidade. A segunda, pela ideia de balanço de poder, realismo funcionalista, e de disputa na construção de uma ordem global. A terceira fase mantém a influência funcionalista, mas se caracteriza pelo pragmatismo, pelo atrelamento entre legitimidade e *expertise*, e pelo humanismo de

matriz liberal implícito na ideia de um discurso técnico dos direitos fundamentais capaz de superar contextos políticos hostis⁵⁸.

O fim da Guerra Fria produziu grande entusiasmo quanto à possibilidade de substituição das abordagens de balanço de poder por outra, de governança por regras internacionais. Não obstante, as mudanças estruturais nos processos de governança conduziram a outro cenário: sem abandonar a ideia de uma governança baseada em regras, seu eixo de produção foi deslocado e fragmentado. Menos do que a então sonhada efetivação de um modelo mais coerente e unitário, o cenário em consolidação é outro, em que não mais Estados, mas regimes competem para se fazerem prevalecer enquanto hegemônicos.

O conjunto dessas alterações no modo hegemônico de governança descrito ao longo desse capítulo resta sistematizado no quadro 01, que permite visualizar os sete padrões de mudança.

⁵⁸ Neste sentido, confira-se a crítica de Koskenniemi à Teitel: KOSKENNIEMI, Martii. "Humanity's Law Review". In: *Ethic and International Affairs*, 13 de setembro de 2012. Disponível em: <http://www.ethicsandinternationalaffairs.org/2012/humanitys-law-by-ruti-g-teitel/>

Quadro 1:

Características Estruturais do Direito Internacional no Século XX

	1ª Fase	2ª Fase	3ª Fase
Época	...-1950	1950-1980	1980-...
Tipo de Problema	Fontes do Direito Internacional	Políticas Públicas Internacionais	Princípios Legais e Boas Práticas
Estratégia de Abordagem	Codificação	Administração (gerenciamento)	Adjudicação e Resolução de Conflitos
Processo de Tomada de Decisão	Deliberação Plenária	Executiva (Tecnocrática)	Judicial (Tecnocrática)
Estilo de Governança	Legislativo	Executivo	Judiciário
Organizações de Governo	Estados e Organizações Internacionais	Estados; Organizações, Instituições e Agências Internacionais e Supranacionais; Organizações Não-Governamentais	Estados; Organizações, Instituições e Agências Internacionais e Supranacionais; Organizações Não-Governamentais; Regimes Privados
Atores	Estados e Organizações Internacionais	Estados, Organizações Internacionais e Regimes	Estados, Organizações Internacionais, Regimes, Corporações, ONG's e Indivíduos
Abordagens Teóricas	Positivismo, engenharia social, estatalidade	Balanço de Poder, realismo funcionalista, construção da Ordem Global	Pragmatismo, legitimação pela <i>expertise</i> , ética humanista

Fonte: sistematizado pelo autor com informações de: KENNEDY, David. "One, Two, Three, Many Legal Orders: Legal Pluralism and the Cosmopolitan Dream" *NYU Review of Law and Social Change*, vol.31, 2007, pp.651, 653. KENNEDY, David. "Tom Franck and the Manhattan School". *NYU Journal of International Law and Politics*, vol. 35, 2002-2003, pp. 400, 402, 403, 406-7.

O presente capítulo se propôs a responder qual o atual projeto hegemônico de governança global no qual está inserido o debate da governança transversal dos direitos fundamentais na América Latina. Descrevendo uma evolução em três fases, argumentou pela emergência de um modelo vocacionado para a solução de conflitos em cortes, vinculado a um imaginário que associa o direito e, especialmente, à prática judicial, com ideais de neutralidade e eficiência. O processo de transnacionalização dos direitos fundamentais, a ser desenvolvido a seguir, ocorre nesse cenário, onde declínio da estatalidade, governança tecnocrática por *expertise*, racionalidades pública e privada em rearranjo, e globalização societal modulam a prática e a reflexão sobre o direito. Os direitos fundamentais, tanto nas ordens constitucionais domésticas, quanto no regime do direito internacional dos direitos humanos, passam a ser interpretados, reelaborados e expandidos de acordo com a lógica dominante, que também determina novas estratégias de ação dos atores, públicos e privados, mobilizados para produzir mudança jurídica. De um lado, o maior protagonismo das cortes na nova matriz de governança global abre possibilidades para novas formas de demanda e efetivação de direitos. De outro, apresenta novos desafios desde a perspectiva da manutenção de valores públicos relevantes, como a legitimidade democrática.

2. Estatalidade, Transconstitucionalização e Direito “Global” – o caso da Norma Global de Responsabilidade Individual

O constitucionalismo, vinculado originalmente ao Estado como organização territorial, surgiu para responder a duas questões: 1) como determinar coercitivamente os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos? 2) como limitar e controlar o poder estatal expansivo e, ao mesmo tempo, garantir a sua eficiência organizacional? A resposta veio com as constituições estatais, pois esses problemas normativos ainda tinham uma dimensão territorialmente delimitada. Com o tempo, o incremento das relações transterritoriais com implicações normativas fundamentais levou à necessidade de abertura do constitucionalismo para além do Estado. Os problemas dos direitos fundamentais ou dos direitos humanos ultrapassam fronteiras, de tal maneira que o direito constitucional estatal passou a ser uma instituição limitada para enfrentar esses problemas.

Marcelo Neves, 2009⁵⁹

Originados nas ordens jurídicas estatais como direitos constitucionais, os direitos fundamentais passaram a também se desenvolver, em paralelo, no direito internacional dos direitos humanos. A maior interação entre ordens e regimes jurídicos gera desafios para o entendimento e a prática dos direitos fundamentais. Um desses desafios é a emergência das chamadas “normas globais de direitos humanos”, cuja pretensão de obrigatoriedade suprime os limites das conceituações tradicionais de soberania. Neste capítulo, utilizando o exemplo da norma global de responsabilidade individual, pretende-se responder o questionamento geral sobre o que são e como surgem as normas globais, e qual seu impacto nos direitos fundamentais e na organização das regras e princípios constitucionais domésticos.

⁵⁹ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 120.

A primeira parte do capítulo dialoga com o conceito de estatalidade e o surgimento das ideias com as quais tradicionalmente associamos os direitos constitucionais: produtos de decisões políticas no espaço estatal. Com a desvinculação do direito na modernidade dos paradigmas naturalistas (“desnaturalização”), o Estado se transforma no espaço de mediação das divergências políticas e, ainda, na entidade capaz de executar um projeto racional distributivo. Diferentes experiências históricas organizaram de distintas maneiras a equação entre público e privado e, mais ainda, a garantia e distribuição de direitos entre cidadãos. A associação entre legitimidade e participação transforma o estado, entendido como unidade de fechamento do direito, no espaço por excelência para implementação de direitos e garantias em uma dada sociedade, territorialmente identificada. A lógica prevalente durante a formação e consolidação dos estados é a da expansão da esfera pública, que determina a extensão da esfera privada por exclusão, e o problema típico sobre a enumeração e interpretação de direitos é a alocação de capacidade horizontal de decisão entre os poderes do Estado. Se, em um primeiro momento, o processo político parlamentar foi o espaço por excelência para a afirmação de direitos, com o tempo, gradualmente, o poder judiciário igualmente passou a ser objeto de ativismo político e locus de profundas transformações do direito.

O conceito de “declínio da estatalidade”, proposto por Dieter Grimm, é apresentado na segunda parte do capítulo com o objetivo de explicitar os impactos domésticos do processo de emergência de espaços de governança não estatais e a gradual perda de capacidade de regulação dos estados nacionais. Argumenta-se que, de um lado, a transnacionalização e a globalização criam mecanismos voluntários e involuntários de alocação vertical de capacidade de decisão, mas também formas transversais de deliberação estranhas aos modelos explicativos hierárquicos geralmente presentes na teoria da constituição, enfraquecendo a capacidade de regulação estatal e forçando a construção de novas estruturas de relacionamento entre as ordens constitucionais domésticas e os novos regimes jurídicos.

Ainda, argumenta-se que o final do Século XX é marcado por uma inversão do padrão histórico de maior expansão da esfera pública, com a gradual consolidação de um conjunto de formas e valores privados de governança,

domésticos e transnacionais, cuja lógica se afasta da associação entre legitimação e autogoverno. Adotando valores atribuídos ao mercado, como eficiência e neutralidade, as novas lógicas de governança privilegiam meios técnicos e especializados de solução de conflitos que passam a influenciar, inclusive, os atores sociais e as organizações internacionais de natureza pública.

Em um contexto onde ordens e regimes jurídicos interagem, direitos fundamentais podem ser entendidos como dotados de uma dupla positividade: a um só tempo estão presentes nas ordens constitucionais domésticas, e nos regimes constituídos pelo direito internacional dos direitos humanos. Sua dupla positividade traduz um especial consenso quanto a valores e bens a serem protegidos, mas sua aplicação é necessariamente contextual, dependendo no mais das vezes da interpretação e de ações concretas de um Estado nacional. Igualmente, da dupla positividade decorre que um mesmo direito pode ser protegido de distintas formas em distintas ordens ou regimes jurídicos, ou, mesmo, que um mesmo instrumento legal receba interpretações distintas, implicando em conflitos quanto a existência e o conteúdos de determinados direitos.

Esse pluralismo, somado com a maior interconexão entre as ordens e regimes jurídicos, enseja o problema aqui definido como da “transconstitucionalização dos direitos fundamentais”. A terceira seção desse capítulo conceitua o que são problemas jurídicos transconstitucionais, apontando porque tais questões legais, que dialogam com a complexidade da múltipla positividade do direito e sua interpretação por órgãos judiciais heterárquicos, são de especial interesse para o constitucionalismo em um cenário onde o “problema jurídico” torna-se tão ou mais relevante que o direito em si. Entendendo como problema transconstitucional aquele que ocorre simultaneamente em distintas ordens e regimes legais, demandando soluções e arranjos de compatibilidade, resta explícito porque muitas vezes problemas dessa natureza não são resolvíveis pela simples distribuição horizontal ou vertical de capacidades decisórias, demandando formas de governança transversal.

Com especial ênfase na transconstitucionalização no direito doméstico, aborda especificamente como a combinação entre judicialização internacional e declínio da estatalidade impacta a enumeração, interpretação e efetivação dos direitos fundamentais em âmbito local. Para tanto, explora o protagonismo das

cortes na produção do Direito, e diferencia dois tipos de relações transconstitucionais: transconstitucionalismo normativo e transconstitucionalismo reflexivo.

Os padrões de relacionamento entre o direito doméstico e direito internacional conformam três formas de interação: resistência, convergência e articulação. Enquanto a primeira caracteriza uma negativa da normatividade do direito internacional, a segunda tende a uma estabilização transconstitucional normativa que transforma o direito doméstico em um locus de implementação do direito internacional. A terceira combina elementos de múltiplas ordens e regimes jurídicos, conformando soluções que articulam conteúdos normativos de maneira harmoniosa ou dissonante, mas que sempre consideram a normatividade externa como elemento de composição da racionalidade decisória. Ao articular elementos de ordens e regimes heterárquicos, ampliam-se as possibilidades de governança transversal, explicitando a enorme gama de soluções jurídicas disponíveis para além da estrita observância ou não observância das obrigações internacionais.

Delineados os modos de interação, a quarta seção passa a investigar o processo de formação das normas globais, enfatizando, para além das relações entre estados típicas da diplomacia, como conexões e hiatos entre regimes ou áreas de superposição normativa permitem o uso estratégico dos tribunais para a enumeração de novos direitos por meio de processos jurídicos transnacionais. A seção reconstrói a teoria do ciclo da vida das normas globais de Martha Finnemore e Kathryn Sikkink, argumentando que tais normas surgem em um desenvolvimento com três estágios.

Primeiro, no estágio de emergência da norma, atores múltiplos em distintas plataformas de ação procuram persuadir a outros atores, localizados em plataformas de decisão, sobre a existência de uma dada norma. Após a fase de persuasão, ocorre o estágio de cascata da norma, onde os atores em posição de decisão, convencidos de sua existência, passam a aplicá-la e gerar precedentes. Esse processo conduz ao terceiro estágio, de internalização da norma, quando a mesma é aplicada de maneira cotidiana pelos operadores do direito. Tais processos são

coerentes com o estilo de governança hegemônico⁶⁰, onde o uso do litígio individual pode ser mais eficiente que a barganha social e a construção política de consensos.

A verificação da insurgência de normas globais viabiliza o questionamento sobre sua natureza: seriam regras ou princípios? Tal questionamento é inserido na tese com a discussão das perspectivas de Robert Alexy, Ronald Dworkin e Marcelo Neves sobre a problemática, e a seção é encerrada com a diferenciação entre leituras substantivas sobre regras e princípios, e leituras funcionais, que os compreendem como mecanismos de mediação entre adequação e consistência do direito.

A quinta seção discorre sobre a emergência da norma global de responsabilidade individual por graves violações contra os direitos humanos entre as décadas de 1940 e 1970, explicitando como a combinação entre mobilização local e transnacional permitiu que a interpretação de variadas e abstratas disposições legais persuadissem um conjunto de órgãos julgadores da existência de obrigações legais substantivas. A cascata da norma, tida entre os anos 1970 e 1990, inicia com a realização de julgamentos na Grécia, Portugal e Argentina, com uma posterior irradiação da norma para diversos regimes domésticos e transnacionais. A utilização reiterada da norma em diferentes regimes conduz à percepção de sua ordinaryness, sendo a mesma internalizada no regime regional de direitos humanos das Américas, e na maioria dos regimes domésticos da região.

A norma global de responsabilidade individual será usada tanto para exemplificar o modo como as normas globais se diferenciam em regras e princípios, tema da última seção do capítulo, quanto retomada no capítulo terceiro para a análise de seu impacto no direito doméstico de Argentina, Brasil, Chile e Uruguai.

Associando as regras ao desempenho de uma função de repetição de padrões normativos, e os princípios a uma função reflexiva, é possível compreender a estruturação de princípios jurídicos (como aquele da norma global) como uma resposta a uma mobilização transnacional ampla que explicita a inadequação social do direito em um dado momento histórico. A resposta à inadequação pode ou não redundar em uma nova regra, que permite a formação de uma nova forma de consistência interna do sistema jurídico, viabilizando o tratamento a um só tempo

⁶⁰ Seção 1.4.

consistente e adequado de um problema jurídico de direitos fundamentais pelo direito doméstico. De acordo com essa perspectiva funcional, uma mesma norma pode ser regra ou princípio, ou regra e princípio, em diferentes tempos, ordens e regimes, de acordo com seu nível de desenvolvimento interno. Toda essa dinâmica, permeada de atores locais, domésticos, internacionais, supranacionais e transnacionais, contribui para a construção e reconstrução de direitos de tipo constitucional em um âmbito transversal, desafiando premissas fundamentais das teorias estatualistas.

2.1. Enunciação e Efetivação de Direitos pelo Estado Nacional

Qual a relação entre estatalidade, enunciação e efetivação de direitos? A resposta está na relação entre as ideias de “governo”, “território” e “soberania”, formatadas durante a constituição dos Estados nacionais, e que orientaram a construção das instituições e conceitos que influenciam, até o presente, o modo como justificamos e legitimamos pretensões políticas como direitos.

2.1.1. Legitimação social da governança política e expansão da esfera pública na formação dos Estados modernos

Independente do exato momento de consolidação da ideia moderna de soberania, é seguro afirmar que sua definição teórica começa a ganhar contorno quando Jean Bodin substitui o padrão de reciprocidade interpessoal medieval pela ideia de uma capacidade de criar direito para determinados sujeitos sem seu consentimento.⁶¹ No contexto de ascensão do absolutismo, tal conceito permite o início da associação entre “soberania”, entendida como capacidade plena e exclusiva de governo, e “território”, em substituição à antiga fragmentação espacial das normatividades medievais superpostas. A ligação entre indivíduo e poder soberano opera uma transformação na organização das categorias de pertencimento, o indivíduo fica vinculado a um soberano independente de

⁶¹ PREUSS, Ulrich. Disconnecting Constitutions from Statehood. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin. *The Twilight of Constitutionalism?* New York: Oxford University Press, 2010, p.23

características pessoais de pertencimento (de estratos), graças a uma nova forma de associação, de características territoriais.

As novas formas de governança política na Europa, primeiro o absolutismo, depois os governos constitucionais, passam a construir a ideia de uma ordem jurídica estatal em oposição às antigas ordens divinas e reveladas.⁶² A territorialidade torna-se o elemento de fechamento discursivo deste novo ideário, produzindo uma dupla associação entre espaço e propriedade, e espaço e autoridade. No primeiro sentido, de territorialidade como propriedade, fica contida a ideia de exclusividade de alguém sobre dado espaço. No segundo sentido, de autoridade, é estabelecida a ideia de jurisdição, de capacidade de impor obediência a qualquer pessoa que esteja em determinado espaço.⁶³

Este processo permite a emergência de uma nova forma de governo onde

[...] o poder oficial se torna impessoal porque a subordinação à vontade do governante não está baseada em relações pessoais não tendo, portanto, de ser garantida e afirmada por cada pessoa individual. É válido para toda e qualquer pessoa dentro das fronteiras do território, independente de seu status social ou atributos individuais (tais quais o pertencimento a dado grupo étnico ou a fé religiosa). [...] a despersonalização do governo implica que o âmbito e a intensidade da dominação são estandardizados de acordo com o padrão: cada pessoa no território X tem dos deveres Y independente de seus méritos individuais, atitudes ou capacidades.⁶⁴

Ao romper com os pressupostos da governança medieval, o pensamento moderno substitui a lealdade pessoalizada a uma ordem naturalisticamente justificada por uma forma de organização social onde a obediência ao direito é um fenômeno individualizado e legitimado por relações políticas dentro de um determinado espaço territorial. Gradualmente, a derrocada do absolutismo e sua concepção de territorialidade patrimonial permitiu a ampliação de outra concepção

⁶² GRIMM, Dieter. "The Constitution in the Process of Denationalization". *Constellations*, vol.12, nº04, 2005, p.449

⁶³ PREUSS, Ulrich. Disconnecting Constitutions from Statehood. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin. *The Twilight of Constitutionalism?* New York: Oxford University Press, 2010, p.35.

⁶⁴ Tradução livre, no original " [...] authoritative power becomes impersonal because the subordination under the will of a ruler is not based on personal relations and therefore does not have to be secured and affirmed for each individual person. It is valid for each person within the borders of the territory, irrespective of his or her social status or individual attributes (such as religious belief or ethnic belonging). [...] the depersonalisation of rule entails that the scope and intensity of domination is standardised according to the pattern: each person in territory X has the duties Y irrespective of their individual merits, attitudes, or capacities". PREUSS, Ulrich. Disconnecting Constitutions from Statehood. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin. *The Twilight of Constitutionalism?* New York: Oxford University Press, 2010, p.27.

associativa, entre território e autoridade pública, sendo a Revolução Francesa a expressão máxima deste processo.

De acordo com Grimm, é neste processo de rompimento radical com a ordem absolutista que, na França e nos Estados Unidos, vemos surgir a ideia de “constituição” como “uma nova ordem baseada no planejamento racional e na codificação jurídica”⁶⁵. A associação entre soberania e propriedade territorial não se desfaz, mas a ideia de autoridade pública, derivada da política, se sobressalta. A associação entre direito como projeto racional volitivo, cuja formalidade e estrutura hierárquica garantem uma ordenação una e perfeita, somada à ideia de território enquanto espaço de contenção, permite o surgimento de novas formas de governança, orientadas para a consecução de um projeto social onde ao invés de revelados, direitos são pactuados.

A compreensão e explicação da legitimidade de um projeto de governança implica em uma necessidade do sistema político nascente “estar organizado de uma maneira que estabeleça uma relação de legitimação e responsabilidade entre aqueles que possuem os poderes de governo e aqueles que o exercem, prevenindo ao máximo sua malversação”⁶⁶. Assim, “soberania” passa a designar uma capacidade de coordenar escolhas internas dentro do território. A emergência de um Estado territorial organizado politicamente “dá ao soberano a possibilidade de funcionar como o concessor exclusivo de direitos”⁶⁷.

Se em um primeiro momento, durante o absolutismo, a separação entre Estado e Igreja permitia uma maior neutralidade do Direito ante os conflitos religiosos⁶⁸, em um segundo momento, com o maior atrelamento da ideia de soberania a de autodeterminação social, o Direito se torna instrumento de expressão

⁶⁵ Tradução livre, no original: “a new order on the basis of rational planning and legal codification”. GRIMM, Dieter. “The Constitution in the Process of Denationalization”. *Constellations*, vol.12, nº04, 2005, p.448.

⁶⁶ Tradução livre, no original: “to be organized in a way that established a relation of legitimation and responsibility between those who possessed the ruling powers and those who exercised them, as much as possible preventing their misuse”. *Ibidem*, p.451

⁶⁷ Tradução livre, no original: “gives the sovereign the possibility of functioning as the exclusive grantor of rights”. SASSEN, Saskia. *Territory, Authority, Rights*. Princeton: Princeton University Press, 2006, p.06

⁶⁸ Tradução livre, no original: “the turn of having power to being a power constitutes a polity”. PREUSS, Ulrich. Disconnecting Constitutions from Statehood. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin. *The Twilight of Constitutionalism?* New York: Oxford University Press, 2010, p.30

e realização racional de um projeto social. Ao construir uma separação entre interno e externo, e outra entre público e privado (ou, entre “estatal” e “não-estatal”), o Estado Nacional passou a servir como espaço de deliberação sobre direitos mas, mais ainda, um espaço para a estruturação de políticas que efetivamente transformam em direitos efetivos os direitos positivos enumerados em documentos legais, dentro de um determinado território.

Embora no início do Estado Nação e, especialmente, nas filosofias sobre o contrato social, sejam mobilizadas muitas formas de pensamento típicas de um modelo naturalista (sobretudo o jusracionalismo), o advento da estatalidade conformada em bases soberanas implica a afirmação da ideia de que direitos são produtos de processos sociais. O modelo estatalista privilegia a deliberação coletiva e a política pública como espaço de enunciação e efetivação de direitos. Afastadas as ideias tradicionais de que o cosmos ou a divindade pudessem ser fontes de direitos, controvérsias sobre alocação de capacidade política de decisão e, ainda, questões distributivas, passam a ser debatidas em uma nova gramática, que gradualmente conformará o vocabulário constitucionalista.

Ao mesmo tempo em que a ideia de “direitos fundamentais” implica uma garantia individual impenável contra a sociedade, o estabelecimento de um catálogo de direitos só é possível por meio da formação de consensos dentro dessa mesma sociedade. Analisando essa transformação Martii Koskenniemi destaca que:

Na medida em que nós não compreendemos as controvérsias políticas entre a substância e a delimitação de um direito humano como algo que requer a determinação da essência desse direito, isso é, na medida em que o naturalismo não é uma opção para a resolução de um conflito político, nós podemos concluir somente que, como conjunto de normas sociais, os direitos humanos devem sua existência e significado a processos de tomada de decisão.⁶⁹

A ideia, moderna, de um poder constituinte soberano e ilimitado simboliza o ápice do processo de desnaturalização do direito e associação entre estatalidade e ordem pública que se constitui em ordem constitucional doméstica. Não há uma ordem natural garantidora de direitos, existe um processo político onde uma dada

⁶⁹ Tradução livre, no original: “Insofar as we do not understand political controversy between the substance and the delimitation of a human right as requiring the determination of the right's essence, that is, insofar as naturalism is not an option for the resolution of political conflict, we can only conclude that as a set of social norms, human rights owe their existence and meaning to decision-making processes”. KOSKENNIEMI, Martii. “The Future of Statehood”. *Harvard International Law Journal*, vol.32, no.02, 1991, pp.399-400.

comunidade, territorialmente circunscrita, estabelece seus próprios direitos e modo de organização.

Essa compreensão significa que a política interna de cada Estado é o espaço para a mobilização por novos direitos, e o sistema político é estruturado de modo a garantir a representatividade dos indivíduos, permitindo, em um plano ideal, um amplo debate sobre a alocação de recursos limitados na efetivação de direitos possíveis de acordo com uma vontade política. O autogoverno legitima a estatalidade e o Estado permite a afirmação de direitos no processo político doméstico. O processo de estatalização, nestes termos, implica na emergência de um conjunto de valores públicos que limitam a concepção medieval de propriedade, inclusive deslocando as teorias da soberania territorial rumo à soberania popular. A distinção público/privado torna-se mais relevante ante a concentração de poder no Estado, que implica numa expansão da esfera pública. Assim, a delimitação de uma esfera privada aparece como resposta à expansão da esfera pública. De acordo com Horwitz:

De um lado, com a emergência do Estado Nação e das teorias da soberania nos Séculos XVI e XVII, a ideia de um domínio público distinto passou a se cristalizar. De outro, em reação às pretensões dos monarcas e, mais tarde, dos parlamentos, a um poder ilimitado de produzir direito, desenvolveu um esforço de compensação para delimitar a diferenciação de uma esfera privada livre do poder invasivo do estado.⁷⁰

É ante a concentração de poder no Estado e a emergência de uma esfera pública com capacidade de prevalecer sobre a esfera privada que surgem os primeiros direitos fundamentais, protegendo os indivíduos e excluindo do processo público de deliberação determinadas garantias. Constrói-se a ideia de direitos fundamentais oponíveis contra o Estado. Depois, não obstante, a esfera pública é utilizada para a discussão de políticas distributivas. O binômio Estado/Indivíduo, sob a égide de valores públicos, tende a associar Estado e Sociedade, e entender o Estado como mecanismo distributivo entre indivíduos de uma sociedade. Ou seja: como efetivador de direitos individuais e sociais. Mais ainda, o binômio evoluiu para

⁷⁰ Tradução livre, no original: "On the one hand, with the emergence of the nation-state and theories of sovereignty in the sixteenth and seventeenth centuries, ideas of a distinctly public realm began to crystallize. On the other hand, in reaction to the claims of monarchs and, later, parliaments to the unrestrained power to make law, there developed a countervailing effort to stake out distinctively private spheres free from the encroaching power of the state". HORWITZ, Morton J. "The history of Public/Private Distinction". *University of Pennsylvania Law Review*, vol.130, nº06, 1982, p.1423.

uma segunda divisão dicotômica, distinguindo Estado/Cidadão, permitindo a articulação da ideia de que cidadãos possuem direitos fundamentais oponíveis contra o Estado.

Ao atuar redistributivamente, o Estado (especialmente seu Poder Legislativo) delimita o tamanho da esfera privada. Como resposta à expansão da racionalidade pública, o direito privado se desenvolve antiteticamente, fundado em valores distintos, construindo a noção de que o direito público, como mecanismo de governança estatal, se fundamenta na vontade da maioria, e o direito privado, como mecanismo de governança do mercado, ao não utilizar critérios sociais para a proteção individual e a promoção redistributiva de direitos entre os cidadãos (objeto de controvérsia política) caracteriza-se pela neutralidade e o acordo de vontade entre as partes. Horwitz identifica este processo de diferenciação como uma “obsessão” entre juristas norte-americanos no Século XIX:

Quais eram as preocupações que levaram à criação de uma virtual obsessão com a separação entre direito público e privado, tanto conceitual quanto prática, durante o Século XIX? Acima de tudo, foi o esforço de juizes e juristas ortodoxos em criar uma ciência jurídica que separasse de maneira nítida o direito da política. Por meio da criação de um sistema de doutrina e fundamentação jurídica neutro e apolítico, livre daquilo que se pensava como perigosas e instáveis tendências redistributivas da política democrática, os pensadores jurídicos esperavam amainar o problema da “tirania da maioria”.⁷¹

Essa mudança estrutural no modo de produção e compreensão do direito, atrelada ao Estado nacional, permite a justificação do fato de que distintas pessoas possuem distintos direitos por estarem em distintos territórios. As categorias “território” e “nacionalidade” passam a associar determinadas pessoas a determinados direitos.⁷² Os cidadãos de um dado Estado possuem, em seu território, determinados direitos que outros indivíduos, em outros territórios, não possuem. Isso deriva tanto dos maiores ou menores recursos para a promoção de direitos em dado Estado, quanto dos processos deliberativos que conduzem a diferentes distribuições

⁷¹ Tradução livre, no original: “What were the concerns that created a virtual obsession with separating public and private law, both conceptually and practically, during the nineteenth century? Above all was the effort of orthodox judges and jurists to create a legal science that would sharply separate law from politics. By creating a neutral and apolitical system of legal doctrine and legal reasoning free from what was, thought to be the dangerous and unstable redistributive tendencies of democratic politics, legal thinkers hoped to temper the problem of “tyranny of the majority”. *Ibidem*, p.1425.

⁷² MALLEY, Robert; MANAS, Jean; NIX Crystal. “Constructing the State Extra-territorially: Jurisdictional Discourse, the National Interest, and Transnational Norms.” *Harvard Law Review*, nº 103, 1990, p.1274

destes recursos entre os indivíduos (ou seja, na instituição de um projeto de sociedade com características distributivas alternativas). Assim como a garantia dos direitos no plano doméstico depende do acordo entre cidadãos traduzido em leis, a garantia de direitos entre Estados depende da tradução do acordo desses estados em tratados e convenções.

2.1.2. Problemas de alocação horizontal de competências para decidir sobre direitos: o papel do judiciário

Uma vez assumida a emergência do Estado como lócus da enumeração e efetivação de direitos, cabe questionar como o processo deliberativo sobre direitos ocorre dentro desse mesmo Estado. No modelo estatalista, cabe aos parlamentos o processo deliberativo que se traduz em leis que asseguram os direitos, e ao poder executivo sua implementação por meio de políticas públicas. Nesse modelo de organização, a governança sobre os direitos fundamentais está associada ao espaço do Estado nacional, e ao direito internacional cabe regular a relação entre Estados, no âmbito externo.

Não é surpresa, portanto, que as primeiras constituições saídas dos processos revolucionários na França e Estados Unidos estabeleceram catálogos de direitos⁷³. Sendo o direito do Estado o produto do acordo político de uma comunidade, soa natural que a constituição, enquanto documento que formaliza tal acordo, explicita quais garantias merecem especial proteção na ordem pública.

Durante o Século XX, sob o guarda-chuva da soberania estatal, projetos sociais promoveram e restringiram direitos de maneiras antagônicas. O bipolarismo que caracteriza o pós Segunda Grande Guerra ilustra de maneira cristalina a pluralidade de desenvolvimentos possíveis dentro desse mesmo quadro de justificação. Enquanto no “ocidente” liberdades e garantias individuais foram priorizados, no “Leste” a ênfase foi colocada nos direitos sociais. No bloco ocidental, o modelo de “Estado Social” europeu se caracterizou por opções redistributivas mais radicais, enquanto o liberalismo americano priorizou a liberdade de mercado. Cada um desses projetos sociais envolveu escolhas e produziu distintos equilíbrios entre

⁷³ HUNT, Lynn. *A Invenção dos Direitos Humanos*. São Paulo: Cia das Letras, 2009.

público e privado, sendo o elemento comum entre eles a ampla capacidade do Estado (da autoridade pública, portanto) em conduzir o processo. Nesse arranjo, é a esfera pública estatal que determina o tamanho da esfera privada.

Sendo o direito produto de escolhas de uma dada comunidade, contida num determinado território, com vistas à consecução de um determinado projeto, cabe ao governo estabelecer e implementar prioridades. Historicamente, a enunciação e efetivação de direitos fundamentais foi, portanto, um processo ligado ao Estado nacional e suas políticas públicas.

Fora do eixo Leste/Oeste do Hemisfério Norte, normalmente utilizado como referência de uma história “universal”, os Estados nacionais latino-americanos, após suas independências, passaram a compor constituições contendo direitos fundamentais. A historiografia comparada dos desenvolvimentos legais na região aponta para uma tendência de conciliar modelos antagônicos nos textos constitucionais, o que conduz a processos sociais onde o texto constitucional, ao mesmo tempo, prioriza direitos contraditórios, cabendo à política cotidiana a efetiva eleição de prioridades. Com isso, tendencialmente, aqueles que detêm maior poder priorizam a efetivação daqueles direitos que mais lhes interessam, num processo que Roberto Gargarella define como uma tensão interna onde o constituinte elenca direitos sem redistribuir o poder necessário para sua efetiva implementação.⁷⁴

Tal característica latino-americana, não obstante, não elide a inclusão da região naquele que é atualmente o maior debate sobre a alocação e efetivação de direitos em uma perspectiva não-naturalista: a distribuição de capacidade decisória entre órgãos representativos do legislativo e executivo, e órgãos não-representativos do judiciário.

Na perspectiva clássica da teórica democrática do estado “todo poder emana do povo” e esse mesmo povo legisla seus direitos, porém na prática são possíveis diversos arranjos institucionais para a enunciação e efetivação de direitos. Se no debate naturalista a *existência* dos direitos era tema de controvérsia, nas sociedades contemporâneas o problema foi substituído pela positivação, implementação, interpretação e enumeração desses mesmos direitos. Após a positivação de determinado catálogo de direitos, específicos ou genéricos, as instituições devem

⁷⁴ GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism, 1820-2010: the Engine Room of the Constitution*. New York: Oxford University Press, 2013.

passar a buscar efetivá-los, e aqui as cortes ganham um especial papel que se expandiu continuamente ao longo do Século XX e início deste⁷⁵.

Para além de suas funções ordinárias de resolução de conflitos interindividuais, em sistemas onde formas de revisão judicial de atos e leis estão disponíveis para cortes, as mesmas podem ser chamadas a tomar decisões substanciais sobre direitos quando o Executivo não implementa uma determinada política pública com vista à sua efetivação, ou quando o legislativo não especifica a extensão precisa de um determinado direito ou aprova medida que possa violar direito previamente assegurado. Em ambos os casos, o debate *substancial* distributivo dentro da sociedade é retirado da esfera da deliberação política e transferido para a seara da deliberação judicial.

O debate constitucional americano dos anos 1980 e início dos anos 1990 ilustra essa transferência de fórum. Na síntese proposta por Ronald Dworkin, encontramos que:

Nossa cultura jurídica insiste que juízes – e, finalmente, os ministros da Suprema Corte – tem a última palavra sobre a interpretação apropriada da Constituição. [...] Mas isso significa que juízes devem responder questões de moralidade política intratáveis, controvertidas e profundas, que filósofos, homens públicos e cidadãos debatem há vários séculos sem perspectivas de acordo.⁷⁶

A questão que se coloca é quanto a serem as cortes o melhor lugar para, por meio de enumeração ou interpretação, definir o escopo de certos direitos e políticas públicas. Ou, em outros termos, em que medida tais processos de deliberação, em dados contextos, não desconfiguram a própria lógica de legitimação política democrática que substituiu o naturalismo como teoria de fundamentação da existência de direitos. Trata-se de um debate de alocação horizontal de capacidade decisória entre poderes do Estado nacional que remete, em última análise, ao problema da fundamentação e da legitimidade democrática do direito. Qual o limite das cortes para definir direitos a partir de suas prerrogativas?

⁷⁵ Analisando este processo, há autores que inclusive afirmam a emergência de uma “juristocracia”. Veja-se: HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

⁷⁶ Tradução livre, no original: “Our legal culture insists that judges – and finally the justices of the Supreme Court – have the last word about the proper interpretation of the Constitution. [...] But that means that judges must answer intractable, controversial, and profound questions of political morality that philosophers, statesmen, and citizens have debated for many centuries, with no prospect of agreement”. DWORKIN, Ronald. “Unenumerated Rights: Whether and How Roe Should be Overruled”. *The University of Chicago Law Review*, vol.59, 1992, p.383.

Aqueles favoráveis às cortes cumprirem um papel amplo na definição de direitos apontam ou que essas detém prerrogativa para derivar direitos não-enumerados a partir de direitos enumerados, ou, como sustenta Dworkin, que a ideia de “direitos enumerados” é, em si, falaciosa, vez que a constituição apresenta princípios gerais de moralidade política e que “a questão-chave na aplicação desses princípios abstratos a controvérsias políticas particulares não é de referência, mas sim de *interpretação*, o que é muito diferente”⁷⁷. Ou seja, que os direitos são derivados da melhor leitura possível de princípios enumerados na constituição, e não desdobrados de um dispositivo normativo específico. Dworkin aposta na construção de uma metodologia em que o melhor argumento possível deve vencer⁷⁸, entendendo que tal metodologia não implica na produção de novos direitos não legislados, mas sim em novas (e melhores) interpretações do direito legislado.

A crítica a essa abordagem deriva da ideia de que “em áreas as quais o texto e a história constitucional e uma longa tradição decisória não podem ser invocados de maneira razoável [...] nós devemos ou renunciar à função judicial, ou empurrar os juízes à sofrível posição de usarem seus valores pessoais, quão iluminados possam ser por um cuidadoso estudo do fenômeno social pertinente”⁷⁹. A crítica de autores como Posner aponta que, abandonado o texto legal (e os direitos enumerados) rumo a uma perspectiva argumentativa, primeiro, ficaremos constrangidos com a quantidade de bons argumentos disponíveis para diferentes participantes do debate⁸⁰, depois, que essa abordagem “dá aos juízes em uma democracia (talvez em qualquer regime político) muito poder discricionário”⁸¹.

A breve exemplificação com o debate acima procura ilustrar a mais ampla

⁷⁷ Tradução livre, grifos do autor, no original: “the key issue in applying these abstract principles to particular political controversies is not one of reference but of *interpretation*, which is very different”. DWORKIN, Ronald. “Unenumerated Rights: Whether and How Roe Should be Overruled”. *The University of Chicago Law Review*, vol.59, 1992, p.387.

⁷⁸ *Ibidem*, p.392.

⁷⁹ Tradução livre, no original: “in areas to which the constitutional text and history and a long decisional tradition cannot fairly be made to speak [...] we must either renounce a judicial role or suffer the judges to fall back on their personal values enlightened so far as they may be by a careful study of the pertinent social phenomena”. POSNER, Richard. “Legal Reasoning from the Top down and from the Bottom up: The Question of Unenumerated Constitutional Rights”. *The University of Chicago Law Review*, vol.59, 1992, p.450.

⁸⁰ *Ibidem*, p.445.

⁸¹ Tradução livre, no original: “gives judges in a democratic (perhaps in any polity) too much discretion”. *Ibidem*, p.445.

controvérsia, ainda atual, sobre a crescente “judicialização” de temas sociais em âmbito doméstico (fenômeno, como visto, que possui uma contraparte internacional). Se, de um lado, o uso do sistema de justiça e, especialmente, da revisão judicial, cresce, de outro, persistem as críticas sobre as consequências desse processo.

Jeremy Wadron resume a duas as principais consequências da ampliação do uso da revisão judicial como forma de governança jurídica: de um lado, ao transferir um debate político substancial para o plano dos direitos, a sociedade é “distraída com questões laterais sobre precedentes, textos e interpretação”⁸². Historicamente direitos foram construídos em processos políticos, com debates públicos e formação de maiorias, sendo o Estado nacional a configuração histórica com a qual nos familiarizamos como espaço de fechamento (de finitude e unidade) de uma comunidade política capaz de deliberar. De outro,

[...] ao privilegiar votações majoritárias entre um pequeno número de juízes não eleitos e não democraticamente responsabilizáveis [*“unaccountable”*] por suas decisões, se priva de direitos os cidadãos ordinários e se escamoteiam princípios representativos e de igualdade política muito estimados na resolução final de questões sobre direitos⁸³.

A crítica ao modelo de solução judicial reflete a percepção de que, ao transferir o controle e a capacidade decisória de agências estatais representativas para outras, não-representativas, as formas de legitimação da tomada de decisão podem restar prejudicadas. Gradualmente, ocorre uma substituição da lógica da tomada de decisão política, legitimada pelo exercício deliberativo majoritário, pela da decisão “técnica”, por profissionais especializados que perseguem fins pré-estabelecidos (não necessariamente de modo democrático).

A solução de conflitos substantivos e a transferência de processos de decisão para órgãos considerados mais técnicos, igualmente, é criticada por implicar em uma expansão de uma lógica privada sobre uma lógica pública, sendo justificada pelo argumento de que as cortes oferecem uma alternativa deliberativa mais rápida

⁸² Tradução livre, no original: “distracts [...] with side-issues about precedents, texts, and interpretation”. WALDRON, Jeremy. “The Core of the Case Against Judicial Review”. In *The Yale Law Journal*, 115, 2005-2006, p1.347.

⁸³ Tradução livre, no original: “by privileging majority voting among a small number of unelected and unaccountable judges, it disenfranchises ordinary citizens and brushes aside cherished principles of representation and political equality in the final resolution of issues about rights”. *Ibidem*, p.1347.

e eficiente do que o processo político de decisão pelos parlamentares eleitos⁸⁴.

Assim, duas sínteses explicativas são possíveis. Primeiro, que o Estado nacional, entendido como ente soberano, transformou-se, especialmente a partir do Século XIX, no espaço para a construção política de direitos, garantidos em textos legais e implementados como políticas públicas. Mais do que um problema normativo, a efetivação de direitos fundamentais diz respeito à alocação de recursos (institucionais e econômicos) para a implementação de um projeto social. Segundo, que dentro desse modelo existe uma tensão interna, que se fortalece ao longo do Século XX, quanto a quem cabe enunciar e dirigir o processo de implementação desses direitos.

Se nas conceituações teóricas do início do Estado nacional cabia ao legislativo enunciar, ao executivo implementar, e ao judiciário fiscalizar a aplicação do direito, em termos concretos, as cortes, de forma gradual e crescente, tornam-se espaços de busca de reconhecimento e enunciação de direitos e, ao transformar pretensões políticas em comandos normativos, espaços de produção de novos direitos. Esse processo ocorre paralelamente no âmbito da governança global⁸⁵ e em diversas ordens jurídicas domésticas, onde verifica-se uma transferência de capacidade horizontal de produção de novos direitos, por meio de processos de interpretação e enunciação, para o poder judiciário.⁸⁶

2.2. Declínio da estatalidade e redistribuições de capacidade decisória

Para além da tensão interna no processo de alocação horizontal de capacidades decisórias públicas, o Estado nacional, como espaço de segmentação territorial do direito e da política, enfrenta, a partir da segunda metade do Século XX, o desafio da emergência de duas novas formas de governança: aquelas

⁸⁴ Nesse sentido: SASSEN, Saskia. *Territory, Authority, Rights*. Princeton: Princeton University Press, 2006, p.176.

⁸⁵ Seções 1.4 e 1.5.

⁸⁶ A literatura sobre “judicialização da política” e sobre a hipertrofia do judiciário nas democracias modernas explora esse fenômeno. Sobre o primeiro exemplo, um panorama está disponível em: VERONESE, Alexandre. “A judicialização da política na América Latina: panorama do debate teórico contemporâneo”. *Escritos: Revista da Casa de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro, vol. 03, 2009, pp.215-265. Sobre a hipertrofia do judiciário, veja-se: HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

transnacionais, descritas no primeiro capítulo deste estudo, caracterizadas pela consolidação de “regimes” jurídicos que complementam, interagem e disputam capacidade regulatória com as ordens constitucionais domésticas; e aquelas privadas, domésticas ou transnacionais, caracterizadas pela existência de espaços de regulação dotados de efetividade nos quais os mecanismos estatais de governança pública têm pouca ou nenhuma incidência.

Para abordar esse processo Dieter Grimm cunhou a expressão “declínio da estatalidade”⁸⁷. Trata-se não de uma perspectiva que aponte para o fim ou a superação do Estado nacional como unidade, nem do fim da constituição como mediadora institucional entre direito e política, mas sim da emergência de dois processos concomitantes que corroem o escopo daquilo que entendemos como elementos estruturantes do Estado nacional. Primeiro, a transferência de poder público para atores não-estatais, depois, o exercício de autoridade pública por meios, igualmente, não-estatais.⁸⁸ O Estado não deixa de deter poder e capacidade processual, quiçá inclusive se mantenha como o mais poderoso ator a exercer capacidades públicas, mas passa a conviver com outros atores que, *com ele* ou *apesar dele*, incidem de forma determinante na governança interna do território, alterando os elementos constitutivos da equação “governo, soberania, estado” nas definições sobre direitos. O processo de globalização não elimina o Estado, mas fragiliza radicalmente a ideia de um poder *exclusivo*, conforme pensando originalmente nas teorias soberanistas.

2.1.1. Expansão da esfera privada e emergência da governança tecnocrática

O declínio da estatalidade está inserido em um amplo processo de dissolução de binômios interdependentes utilizados para explicar o exercício e a distribuição do poder a partir da experiência estatal. Duncan Kennedy elenca alguns deles exemplificativamente:

A história do pensamento jurídico desde a virada do Século é a história do declínio de um conjunto particular de distinções – aquelas que, tomadas em conjunto,

⁸⁷ Cf.: GRIMM, Dieter. “The Constitution in the Process of Denationalization”. *Constellations*, vol.12, nº04, 2005.

⁸⁸ *Ibidem*, p.447.

constituem a maneira liberal de pensar sobre o mundo social. Essas distinções são estado/sociedade, público/privado, individual/coletivo, direito individual [“right”]/poder, propriedade/soberania, contrato/dano [“tort”], direito [“law”]/política pública, legislativo/judiciário, objetivo/subjetivo, justificativa/decreto, liberdade/coerção, e talvez ainda algumas outras nas quais não estou pensando. Embora tais distinções não sejam sinônimas, em um dado sentido elas são todas “o mesmo”. Com isso eu quero dizer que é difícil definir qualquer uma delas sem referenciar a todas, ou ao menos a muitas delas, e que se alguém compreende o uso comum de alguma delas, este alguém compreende bastante bem, *ipso facto* [...], todas as outras.⁸⁹

A perda de relevância dos binômios explicativos decorre da combinação entre a reestruturação funcional de diversas instituições domésticas e internacionais, o surgimento de novas agências e regimes regulatórios, e a consolidação de novas formas de governança que não dialogam com o modelo de prevalência da esfera pública estatal, desafiando-o. Em sua tese sobre o declínio da estatalidade, em sentido bastante similar ao de Duncan Kennedy, Grimm aponta que a pretensão do Estado em “regular de modo abrangente o domínio político é enfraquecida quando a identidade entre poder do estado e poder público se dissolve, de tal maneira que atos de autoridade pública podem ser exercidos no território do Estado por, ou com participação de, instituições não-estatais”⁹⁰.

O declínio da estatalidade não é apenas produto da globalização, mas também da expansão da esfera privada, que desenvolve capacidades de governo distintas daquelas que orientam a governança pública. De acordo com Sassen, “a partir dos anos 1980 vemos o domínio privado se expandir e ganhar poder pela absorção de parcelas específicas da autoridade estatal e pela formação de novas formas privadas de autoridade”⁹¹. Isso ocorre, institucionalmente, por duas vias: a

⁸⁹ Tradução livre, no original: “The history of legal thought since the turn of the century is the history of the decline of a particular set of distinctions – those that, taken together, constitute the liberal way of thinking about the social world. Those distinctions are state/society, public/ private, individual/group, right/power, property/sovereignty, contract/tort, law/policy, legislature/judiciary, objective/subjective, reason/fiat, freedom/coercion, and maybe some more I'm not thinking of. Although these distinctions are not synonymous, they are all in a sense “the same.” By this I mean that it is hard to define any one of them without reference to all, or at least many of the others, and that if one understands the common usage of one of them, one understands, pretty much *ipso facto* (what a fudge!), all the others”. KENNEDY, Duncan. “The stages of the decline of the public/Private distinction”. *University of Pennsylvania Law Review*, vol.130, nº06, 1982,p.1349.

⁹⁰ Tradução livre, no original: “comprehensively regulate political rule is [...] impaired when the identity of state power and public power dissolves, so that acts of public authority can be taken on the territory of the state by, or with the participation of, non-state institutions”. GRIMM, Dieter. “The Constitution in the Process of Denationalization”. *Constellations*, vol.12, nº04, 2005, p.454

⁹¹ Tradução livre, no original: “beginning in the 1980s we see the private domain expand and gain power through the absorption of particular state authorities and through the formation of new types of

constituição de regimes de governança transnacional, públicos e privados, com alto nível de autonomia em relação às ordens constitucionais nacionais e ao direito público doméstico; e a realocação de capacidade horizontal de decisão do legislativo para o executivo, e do executivo para o judiciário e para agências reguladoras, que apesar de públicas ou público-privadas operam com uma lógica decisória que não é eminentemente a do direito público (político), mas a do mercado (técnico e neutro).

Mesmo quando públicas ou público-privadas, essas novas instituições operam em uma lógica de governança que é de matriz privada, privilegiando a otimização de resultados (dentro de uma dada racionalidade, geralmente econômica) ante a participação democrática igualitária ou inclusão social, geralmente associadas com os processos de governança pública.

A transferência de capacidade decisória para agências especializadas pode ser ilustrada pelo exemplo trazido por Sassen, sobre o processo de desregulamentação de funções públicas nos Estados Unidos:

As muitas desregulamentações lançadas pelo Governo Reagan e executadas por meio de comissões reguladoras ao invés de novas leis aprovadas no Congresso tiveram implicações muito mais profundas do que normalmente se reconhece. Na medida em que o Congresso estava marginalizado e as novas agências foram formadas usando antigos regulamentos e leis, o executivo se envolveu em questões nas quais anteriormente o Congresso era responsável. Isso trouxe consigo uma considerável perda das funções fiscalizadoras do Congresso, o que por sua vez implicou no declínio do escrutínio público no qual, em tese, o eleitorado joga um papel por meio de seus representantes. Promoveu uma proliferação de agências reguladoras e comissões especializadas, e conduziu a um razoável incremento da burocracia pública. A desregulamentação, na escala produzida pelo Governo Reagan, também implicou em mudanças de funções para a iniciativa privada e, associado a isso, no desenvolvimento de novas formas de autoridade privada. Finalmente, essa mudança de autoridade rumo ao executivo também incrementou o papel do judiciário, que emergiu como um dos locais de escrutínio de casos nos quais antes o Congresso poderia ter sido um ator crítico.⁹²

private authority". SASSEN, Saskia. *Territory, Authority, Rights*. Princeton: Princeton University Press, 2006, p.186.

⁹² Tradução livre, no original: "The many deregulations launched by the Reagan administration and executed via regulatory commissions rather than new legislation in Congress carried far deeper implications than often recognized. Insofar as Congress was marginalized and the new agencies were formed using old statutes and laws, the executive got involved where Congress would once have been in charge. This brought with it a considerable loss of oversight functions by Congress, which in turn entailed a decline in public scrutiny where the electorate, in principle, plays a role through its representatives. It promoted a proliferation of specialized regulatory agencies and commissions, and it led to considerable growth in the public bureaucracy. Deregulation on the scale launched by the Reagan administration also brought a shift of functions to the private sector and an associated development of new forms of private authority. Finally, this shift of authority to the executive created a

Mais do que deslocar de um local a outro o processo decisório, a concentração de poder em órgãos e agências especializados indica a consolidação de uma nova lógica de governança tecnocrática, em que a defesa de valores advogados pela esfera privada, como eficiência e neutralidade, conduz à proposição de modelos de solução de conflitos que substituem a deliberação política e sua racionalidade processual por outra, finalística, de maximização de resultados (econômicos ou sociais). Especialmente no modelo neoliberal, que prevalece internacionalmente no quarto final do Século XX, as agências reguladoras e o judiciário funcionam como mecanismos de conexão apolítica entre o Estado, o mercado e a sociedade, regulando de maneira “técnica” conflitos entre a ordem estatal, o interesse público e os interesses privados.

A composição por representação de interesses setoriais econômicos e profissionais, e não necessariamente representativos, assume que os atores técnicos e os operadores econômicos (“os especialistas”), auxiliarão na tomada de melhores decisões do que aquelas que seriam tomadas em um processo representativo não-especializado. O modelo é similar ao de governança por especialização burocrática, conforme pensado por Max Weber⁹³, porém a racionalidade orientadora e o contexto institucional são distintos: os valores são privados, e a governança não necessariamente estatal. O judiciário, no modelo de governança emergente, representa um espaço neutro para corrigir distorções, enquanto o Poder Legislativo necessariamente politizaria as discussões abrindo espaço para opiniões de não especialistas, ensejando perda de eficiência. A ideia de governança tecnocrática, gradualmente, é adaptada e incorporada por distintos setores, desde a regulação econômica até a proteção de direitos fundamentais. Assim, não é surpresa o gradual incremento institucional e a maior adesão social aos mecanismos contramajoritários de efetivação de direitos, nos quais especialistas em direito constitucional, direitos humanos, ou qualquer outra área, dialogam diretamente com técnicos da burocracia judicial para reconfigurar direitos, dispensando longos e onerosos trâmites legislativos.

growing role for the judiciary, which emerged as one of the sites for scrutiny in cases where previously Congress might have been the critical actor”. *Ibidem*, p.175.

⁹³ WEBER, Max. *The Theory of Social and Economic Organization*. Eastford: Martino, 2012, pp.324-340.

2.2.2. Diluição da distinção interno/externo

O enfraquecimento do monopólio regulatório do Estado implica ainda a dissolução parcial das barreiras de exclusividade jurisdicional no território espacialmente segregado. Sem que a soberania territorial seja ameaçada, “o surgimento de problemas regulatórios no plano global e sua infusão com problemas domésticos homólogos significa que decisões dos administradores domésticos são crescentemente restringidas por normas processuais e substantivas estabelecidas globalmente”⁹⁴. Na implementação de seu programa político o Estado nacional passa a não apenas ter de lidar com *contingências* externas (o que sempre ocorreu nas relações internacionais), mas também com *regulações* externas sobre as quais tem limitada ou nenhuma incidência.

De um lado, algumas formas de regulação, eminentemente privadas, escapam mesmo à negociação nos fóruns interestatais ordinários, de outro, a criação e ampliação de instituições internacionais e supranacionais com ampla capacidade de tomada de decisão circunscreve e limita as margens de atuação estatal. A questão que se coloca é que quando os Estados, especialmente por meio de suas constituições ou do direito internacional, abrem mão de parte dos conteúdos que compõem um entendimento clássico do que seja soberania, transferindo-a para outras organizações públicas “as entidades não mais se sujeitam às regras da constituição nacional”⁹⁵.

É o caso da União Europeia, onde uma série de questões geralmente circunscritas à autoridade soberana do Estado são desnacionalizadas, como o controle sobre a circulação de pessoas e a emissão de moeda. Tribunais regionais e organizações internacionais igualmente passam a interferir na jurisdição doméstica dos Estados nacionais. Na seara dos direitos fundamentais, o exemplo do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, e da Corte Interamericana de Direitos Humanos,

⁹⁴ Tradução livre, no original: “the rise of regulatory programs at the global level and their infusion into domestic counterparts means that the decisions of domestic administrators are increasingly constrained by substantive and procedural norms established at the global level”. KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. “The Emergence of Global Administrative Law”. *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, No. 3/4, 2005, p.26.

⁹⁵ Tradução livre, no original: “the entities no longer subject to the rules of the national constitution”. GRIMM, Dieter. “The Constitution in the Process of Denationalization”. *Constellations*, vol.12, nº04, 2005, p.456

ilustram essa questão. Mas, ainda, outros regimes internacionais igualmente incidem diminuindo as margens de capacidade regulatória dos Estados nacionais e suas ordens constitucionais. O caso mais recorrente na literatura é o da Organização Mundial do Comércio⁹⁶.

Embora formalmente os Estados continuem plenamente soberanos detendo, inclusive, capacidade para denunciar as convenções e tratados que lhes vinculam internacionalmente a uma ordem pública, ou estabelecer mecanismos de regulação para as relações privadas que os desafiam, essas possibilidades tornam-se cada vez menos praticáveis, dado o atual estágio de integração política e econômica. É assim que o processo de desnacionalização abre caminho para a reconfiguração do conceito de soberania e para a emergência e consolidação de um grande número de espaços em que a interação entre regimes e ordens jurídicas implica em risco de competição ou demandas por subordinação hierárquica. Ao mesmo tempo em que tais fatos desafiam as estruturas tradicionais e emergentes de governança, eles também inauguram novas possibilidades de governança transversal.

2.2.3. Desnacionalização, interação e soberania

Autores como John Jackson propõem que em debates correntes a alusão à “soberania” diz cada vez menos respeito a um poder absoluto do Estado do que a uma preferência na alocação de capacidade de decisão⁹⁷. Aceitando que muitas

⁹⁶ Cf.: GOLDSTEIN, Judith L. *The Evolution of the Trade Regime: Politics, Law, and Economics of the GATT and the WTO*. Princeton: Princeton University Press, 2008.

⁹⁷ “Então o que, na prática, “soberania” significa em seu uso prático corrente? Eu ofereço uma hipótese: a maioria (mas não todas) das vezes que “soberania” é utilizada em debates correntes sobre políticas públicas, se está realmente a referir questões sobre alocação de poder; normalmente alocação de “poder de tomada de decisão pelo governo”. Ou seja, quando alguém argumenta que os Estados Unidos não devem aceitar um tratado pois este fere sua soberania, o que a pessoa mais frequentemente quer dizer é que ele ou ela acredita que um determinado conjunto de decisões deva ser tomada, como questão de política pública governamental, no plano do Estado Nação (Estados Unidos), e não no plano internacional”. Tradução livre, no original: “So what does “sovereignty,” as practically used today, signify? I offer a hypothesis: most (but not all) of the time that “sovereignty” is used in current policy debates, it actually refers to questions about the allocation of power; normally “government decision-making power.” That is, when someone argues that the United States should not accept a treaty because that treaty infringes upon U.S. sovereignty, what the person most often means is that he or she believes a certain set of decisions should be made, as a matter of good governmental policy, at the nation-state (U.S.) level, and not at the international level.” JACKSON,

decisões que antes eram domésticas são hoje delegadas a organizações inter, supra ou transnacionais, que a possibilidade de conflitos, substantivos e processuais, resta incrementada, ao mesmo tempo em que opções de ruptura implicam em altos custos políticos e econômicos, esse tipo de argumentação aponta para a necessidade de construção de mecanismos de interação entre níveis e formas de governo.

Numa ordem caracterizada por maior cooperação internacional alguns processos de tomada de decisão dependem, para além da alocação horizontal de capacidade decisória no Estado nacional, de atuação de agentes verticalmente localizados fora do Estado, adicionando complexidade aos processos de alocação característicos do Estado nacional. Seguindo com Jackson:

Uma outra forma de articular a ideia [de soberania] é questionar quanto determinada decisão governamental deve ser tomada em Genebra [internacional], Washington D.C. [federal], Sacramento [estadual], Berkeley [municipal], ou em alguma unidade ainda menor do governo subnacional ou subfederal. Ou, quando focando na Europa, deve ser uma decisão tomada em Genebra [internacional], Bruxelas [supranacional], Berlim [nacional], na Bavária [estadual], em Munique [municipal], ou em uma unidade ainda menor? // Existem muitas outras dimensões na análise da “alocação de poder”. Essas mencionadas acima podem ser designadas enquanto “verticais”.⁹⁸

Os exemplos mais usuais do modo como tais processos institucionais ocorrem, determinando políticas públicas, ou simplesmente enumerando ou interpretando direitos, são a Organização das Nações Unidas, a União Europeia e suas instituições, mas também tribunais, cortes e outros mecanismos internacionais ou transnacionais.

Para o argumento em construção nesta tese, o interessante na associação entre soberania e capacidade decisória para além do Estado nacional é o modo como tal processo desarticula estruturas de legitimação do direito e da política na democracia e, mais especialmente, como permite que novos atores estranhos à

John H. “Sovereignty-Modern: A New Approach to an Outdated Concept”. *American Journal of International Law*, vol.97, 2003, p.790.

⁹⁸ Tradução livre, no original: “Another way to articulate this idea is to ask whether a certain governmental decision should be made in Geneva, Washington, D.C., Sacramento, Berkeley, or even a smaller subnational or subfederal unit of government. Or, when focusing on Europe, should a decision be taken in Geneva, Brussels, Berlin, Bavaria, Munich, or a smaller unit? // There are various other dimensions to the “power allocation” analysis. Those mentioned above could be designated as ‘vertical’.” *Ibidem*, p.791.

teoria constitucional tradicional passem a operar em âmbito vertical incidindo na interpretação e enumeração de direitos.

Outra tendência na literatura, não obstante, é mais radical e aposta no divórcio entre Estado e soberania, substituindo a ideia de uma distribuição horizontal e vertical por outra, mais transversal. Ulrich Preuss argumenta que os atuais processos de governança privada, transnacional e setorialmente especializada:

[...] dão origem à questão sobre estarmos entrando em uma terceira fase histórica do conceito de soberania – a primeira caracterizada pela exclusividade do controle territorial, a segunda pelo autogoverno coletivo [*“collective self-rule”*] da multidão por meio de uma constituição que os constitui na qualidade de “nós o povo”, e uma terceira pela reconceitualização da ideia de autogoverno coletivo como capacidade coletiva de interação com outras comunidades e do compartilhamento com estas da capacidade de controle sobre as condições de vida em uma escala global, independente de limites territoriais.⁹⁹

Enquanto a perspectiva que ainda se vincula de maneira mais umbilical ao Estado trabalha com formas de delegação constitucional, e é predominante no direito norte-americano, a perspectiva de Preuss se alinha especialmente ao corrente debate europeu, no qual a experiência de desnacionalização parcial para a construção supranacional da União Europeia anima argumentos mais ousados quanto ao declínio da estatalidade.

Se para autores como John Jackson a diminuição da capacidade soberana do Estado aparece como um rearranjo no quadro de produção de decisões (e, conseqüentemente, direitos)¹⁰⁰, para Preuss ela pode significar um processo de desconstitucionalização do próprio ambiente nacional. Continuando com seu raciocínio, ele aponta que:

[...] se for este o caso, o conceito tradicional de constituição – o dispositivo institucional que constitui uma multidão territorialmente circunscrita como um corpo político capaz de autogoverno – já não mais preencheria os requisitos de

⁹⁹ Tradução livre, no original: “[...] give rise to the question of whether we are entering a third historical phase of the concept of sovereignty—the first being characterised by exclusive territorial control, the second by collective self-rule of a multitude through a constitution which constitutes them as a 'We the people', and the third by the reconceptualisation of the idea of collective self-rule as the capacity of a collective to interact with other communities and share with them the control of their life conditions on a global scale irrespective of territorial boundaries”. PREUSS, Ulrich. *Disconnecting Constitutions from Statehood*. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin. *The Twilight of Constitutionalism?* New York: Oxford University Press, 2010, p.39.

¹⁰⁰ JACKSON, John H. “Sovereignty-Modern: A New Approach to an Outdated Concept”. *American Journal of International Law*, vol.97, 2003.

um universo político no qual as fronteiras estatais perderam muito de sua importância estrutural¹⁰¹.

Mais do que propor uma solução para o problema da soberania, o importante é compreender suas múltiplas reconfigurações e, especialmente, sua relativização. Tanto arranjos mais institucionais, como o de Jackson, que procura por meio da localização vertical e horizontal de competências decisórias estabelecer um sistema mais hierarquizado, quanto aqueles multicêntricos, como o de Preuss, iluminam parcialmente um problema para o qual não existe uma solução simples. A incerteza sobre o conceito e a extensão da ideia de soberania refletem, justamente, o declínio da ideia de estatalidade a ela associado e a necessidade de repensar o modelo de governança constitucional clássica.

O mais provável é a convivência entre os dois tipos de “soberanias” descritos. A um só tempo, soberania efetivamente significa capacidade concentrada de decisão dos Estados, mas não é possível excluir dos atuais arranjos de governança as formas de coordenação transversais no formato descrito por Preuss. O paradoxo reside no fato de que o conceito de soberania perdeu homogeneidade pela emergência de novas formas de governança não propriamente soberanas (aquelas que Preuss define como um “auto governo coletivo” desnacionalizado ou Teubner chama de “fragmentos constitucionais”), conduzindo a uma situação em que o conceito em transição segue relevante mas parece fazer cada vez menos sentido. As reconfigurações no conceito de soberania e estatalidade também marcam a reconstrução das formas de governança global e, conseqüentemente, do direito internacional. Nesse cenário, desafios de natureza constitucional demandam soluções que dialoguem a um só tempo com a emergência do transacional e a permanência do doméstico.

2.3. A transconstitucionalidade dos direitos fundamentais

¹⁰¹ Tradução livre, no original: “If this were the case, the traditional concept of the constitution—the institutional device which constitutes a territory-bound multitude as a political body capable of self-rule—would no longer fit the requirements of a political universe in which state borders have lost much of their structural importance”. PREUSS, Ulrich. *Disconnecting Constitutions from Statehood*. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin. *The Twilight of Constitutionalism?* New York: Oxford University Press, 2010, p.39

Até aqui foram construídas sínteses sobre o processo de estruturação dos direitos na esfera estatal, e das implicações do declínio da estatalidade para o debate constitucional contemporâneo. Essa discussão se soma àquela feita no capítulo anterior, sobre as mudanças estruturais no direito internacional ocorridas na medida em que o projeto hegemônico de governança global se altera, respondendo a novas racionalidades, e passando a constituir campos “transnacionais” cuja lógica ordenadora não é nem doméstica, nem internacional e nos quais a esfera privada resta potencialmente expandida. Como tal processo impacta aos direitos fundamentais?

Construir essa nova síntese depende, primeiramente, de uma delimitação semântica sobre o objeto contido na expressão. Para este fim, adotarei a perspectiva proposta por Gerald Neuman, para quem:

[...] existem hoje dois sistemas principais de proteção aos direitos fundamentais dos indivíduos: o direito constitucional e o direito dos direitos humanos. Ambos os sistemas afirmam uma autoridade última para avaliar se práticas governamentais cumprem com as garantias fundamentais, e cada sistema potencialmente avalia o outro¹⁰².

Para a melhor compreensão da dinâmica entre doméstico e internacional, Neuman parte da ideia de que “direitos fundamentais” podem ter uma dupla positividade. Quando positivados no ordenamento interno, normalmente, são direitos constitucionais. Quando positivados no direito internacional, direitos humanos. É evidente que muitas constituições utilizam a nomenclatura direitos humanos ou direitos fundamentais, valendo o mesmo para alguns tratados e convenções internacionais, mas tal constatação apenas reforça a assertiva de que nos dois planos se está tratando de uma mesma classe de direitos, alterando-se o espaço institucional de positividade.

Neuman indica três características compartilhadas entre direitos humanos e direitos constitucionais de modo independente de seu local de positividade:

Direitos fundamentais protegidos por regimes jurídicos positivos comumente apresentam três características. Primeiro, sua incorporação enquanto direito positivo dá à sua aplicação [“enforcement”] uma base de legitimação no

¹⁰² Tradução livre, no original: “two leading systems exist today for protecting the fundamental rights of individuals: constitutional law and human rights law. Both systems assert an ultimate authority to evaluate whether governmental practices comply with fundamental rights, and each system sits potentially in judgment over the other”. NEUMAN, Gerald. “Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance,” *Stanford Law Review*, vol.55, n.5, May 2003, p.1863.

consentimento político. Segundo, sua força normativa não decorre exclusivamente de sua promulgação enquanto direito positivo [“supra positividade”]. Terceiro, na qualidade de regras jurídicas eles operam em um contexto institucional. Esses aspectos não apenas caracterizam os direitos fundamentais como também exercem influência em sua interpretação.¹⁰³

O maior protagonismo das cortes, tanto no direito doméstico, quanto no direito internacional, implica uma maior importância dessas como atores-chave no contexto institucional, ao mesmo tempo em que reforça o papel da interpretação como mecanismo de enunciação e efetivação de direitos, em substituição a processos deliberativos e construção de políticas públicas em sentido tradicional. Por terem dupla positividade, os direitos fundamentais podem ser adjudicados em espaços institucionais distintos. Assim, também em consonância com o deslocamento de foco do “direito em si” para “problemas jurídicos” a serem resolvidos, típico das abordagens funcionalistas, é possível entender conflitos envolvendo direitos fundamentais como problemas “transconstitucionais”. Segundo Neves “Um problema transconstitucional implica uma questão que poderá envolver tribunais estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais (arbitrais), assim como instituições jurídicas locais nativas, na busca de uma solução”¹⁰⁴.

Mas se assumimos que esses problemas se referem a “direitos fundamentais”, porque não construir um conceito de “transfundamentalidade” ao invés deste, de “transconstitucionalidade” ou, simplesmente, abandonar a distinção? Primeiro, por um entendimento de que o processo de judicialização das relações internacionais apresentado no primeiro capítulo deste estudo, ao legitimar e empoderar as cortes, tem propiciado a expansão de modelos de resolução de conflitos similares aos da governança constitucional doméstica em âmbito transnacional – daí a própria emergência do campo de estudos chamado “constitucionalização do direito internacional”. Ao mesmo tempo em que cortes nacionais constitucionalizam os direitos humanos internacionais, cortes internacionais adotam processos típicos do direito constitucional doméstico para interpretar textos e ordenar seus regimes legais. Mais ainda, como será

¹⁰³ Tradução livre, no original: “Fundamental rights protected by positive legal regimes commonly exhibit three features. First their embodiment in positive law gives their enforcement a legitimating basis in political consent. Second, their normative power does not derive solely from their enactment as positive law. Third, as legal rules they operate in an institutional context. These aspects not only characterize fundamental rights, but also exert influence on their interpretation *Ibidem*, p.1866.

¹⁰⁴ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. XXII.

demonstrado no quarto capítulo, cortes internacionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, passam a apropriar conceitos de revisão judicial tipicamente afeitos às cortes constitucionais domésticas como maneira de desenvolver seus institutos jurídicos próprios.

Segundo, porque apesar dessa tendência, o “jogo de espelhos” da dupla positividade, a efetivação dos direitos fundamentais ainda depende de maneira quase exclusiva da ordem jurídica doméstica. Desta maneira um problema transconstitucional pode, na moldura cognitiva de uma ordem doméstica específica, ser lido como um conflito entre o direito internacional e o direito constitucional doméstico. Quando isso ocorre, as cortes domésticas tendem a tratar o caso como um problema na esfera constitucional, e não no subcampo específico dos direitos fundamentais enquanto somatório dos vetores normativos “direito constitucional” e “direitos humanos”.

Terceiro, pois a pretensão regulatória do constitucionalismo não desaparece com o processo de declínio da estatalidade, apenas reorganiza-se em um plano transversal. Nas palavras de Neves:

O constitucionalismo, vinculado originalmente ao Estado como organização territorial, surgiu para responder a duas questões: 1) como determinar coercitivamente os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos? 2) como limitar e controlar o poder estatal expansivo e, ao mesmo tempo, garantir a sua eficiência organizacional? A resposta veio com as constituições estatais, pois esses problemas normativos ainda tinham uma dimensão territorialmente delimitada. Com o tempo, o incremento das relações transterritoriais com implicações normativas fundamentais levou à necessidade de abertura do constitucionalismo para além do Estado. Os problemas dos direitos fundamentais ou dos direitos humanos ultrapassam fronteiras, de tal maneira que o direito constitucional estatal passou a ser uma instituição limitada para enfrentar esses problemas.¹⁰⁵

O transconstitucionalismo enquanto metodologia jurídica aproxima-se das leituras funcionalistas, naquilo que concerne à construção de ferramentas para a solução de problemas que ocorrem simultaneamente em diferentes regimes e ordens jurídicas, afastando-se das variantes do positivismo que procuram estabelecer soluções hierárquicas para problemas de coordenação jurídica na sociedade mundial, sem com isso adotar uma perspectiva pragmática de desdiferenciação entre direito e política. Assim, distintamente das leituras sobre direito internacional e transnacionalização da segunda fase do desenvolvimento da

¹⁰⁵ *Ibidem*, p.120.

governança global no Século XX, o transconstitucionalismo investe na ideia da interação entre ordens e regimes jurídicos – podendo dar-se de maneira harmoniosa ou dissonante – para garantir a autonomia funcional do direito e, mais especificamente, a capacidade reguladora do direito constitucional. Trata-se de uma leitura que aproxima a perspectiva do direito doméstico daquela que Koh e Slaughter propõem para o direito e as relações internacionais neste quadrante histórico, no qual as instituições judiciárias desempenham papel especialmente relevante no desenvolvimento do direito.

A diferença central entre os já esboçados conceitos de processo jurídico transnacional (Koh) e comunidade global de cortes (Slaughter), e o do transconstitucionalismo refere-se ao próprio papel da constituição dentro do sistema jurídico global. Novamente referindo Neves:

[...] as Constituições em sentido moderno são “normativas”, não simplesmente porque se compõem de normas jurídicas, mas, especificamente, por apontarem para a diferenciação funcional entre direito e política, implicando vinculação jurídica do poder, o que possibilita o seu limite e controle pelo direito. Nesse sentido, as Constituições, em sentido moderno, são “constituintes” de poder no âmbito de validade ou na dimensão temporal, na medida em que instituem uma nova estrutura política, renovando-lhe a fundamentação normativa, positivada juridicamente.¹⁰⁶

A distinção entre direito ordinário e direito constitucional é fundamental para a oposição entre leituras jurídicas em que o direito *regula* a política daquelas nas quais o direito *substitui* a política. Ao propor um direito constitucional transversalizável como mecanismo de mediação entre direito e política, o transconstitucionalismo permite uma mediação indisponível numa leitura pura e simples do “processo como normatividade” ou daquela da livre mixagem jurídica de fontes por juízes ante a um caso concreto. Nem todo o direito transnacional é de tipo constitucional, mas sem nenhuma dúvida aquele que lida com direitos fundamentais o é. Ao falar em transconstitucionalização dos direitos fundamentais se estará, portanto, discutindo a interação entre regimes e ordens jurídicas – no caso desta tese, direito constitucional doméstico e direito internacional dos direitos humanos – a um só tempo considerando a especial relevância que os *problemas* constitucionais têm no sistema jurídico, mas sem considerar uma prevalência a priori do direito constitucional *doméstico* sobre o direito internacional dos direitos humanos

¹⁰⁶ *Ibidem*, p.21.

Assim, em grande medida, abordar os direitos fundamentais desde a perspectiva do transconstitucionalismo auxilia na reconstrução das relações entre direito e política rompidas em abordagens exclusivamente funcionalistas, resgatando a natureza especial do direito constitucional, agora reposicionado em um espaço de governança transversal. Diferentemente de modelos focados nas ideias de neutralidade e eficiência, o transconstitucionalismo não exclui questionamentos sobre a legitimidade das novas formas jurídicas transversais, nem sobre seus novos atores: ele as complexifica.

Como, na prática, ocorre o transconstitucionalismo no direito doméstico? Na conceituação proposta por Neves:

[...] as ordens se inter-relacionam no plano reflexivo de suas estruturas normativas que são autovinculantes e dispõem de primazia. Trata-se de uma “conversação constitucional”, que é incompatível com um “constitutional *diktat*” de uma ordem em relação a outra. Ou seja, não cabe falar de uma estrutura hierárquica entre ordens: a incorporação recíproca de conteúdos implica uma releitura de sentido à luz da ordem receptora.¹⁰⁷

Assim, diferencia-se dentro do “diálogo entre cortes” aquelas interações de natureza constitucional, sem se estabelecer uma precedência hierárquica entre as ordens e regimes interrelacionados. Para os fins do presente estudo tal conceito será desdobrado. Para além das relações acima descritas, tidas no plano *reflexivo*, em que uma ordem ou regime jurídico aproveita-se da racionalidade de outra para construir a solução para um problema que as perpassa, também serão considerados como transconstitucionalidade aqueles casos em que um regime doméstico, por meio de sua constituição, confere status legal diferenciado ao direito internacional dos direitos humanos.

Ficam estabelecidas, portanto, duas categorias de análise. *Transconstitucionalismo reflexivo* é aquele no qual cortes ou agentes responsáveis por políticas públicas entram em um diálogo constitucional, harmonioso ou conflitivo, com padrões normativos de outros regimes legais. Esse diálogo pode ocorrer porque a própria constituição doméstica sugere a consideração de fontes externas, ou de maneira estritamente voluntária, com juízes buscando comparações que iluminem seus critérios decisórios. O conceito é similar ao de um “constitutional cross fertilization”, conforme proposto por Anne-Marie Slaughter, onde ideias aplicadas a

¹⁰⁷ *Ibidem*, p.118.

casos similares permitem a construção de soluções concretas para casos específicos de uma outra ordem legal, conformando uma jurisprudência global¹⁰⁸.

Já *transconstitucionalismo normativo* é aquele que ocorre quando o ordenamento doméstico abre-se ao direito internacional, de forma estrutural, transferindo parte da capacidade decisória soberana que tradicionalmente detém na enumeração e interpretação de determinados direitos fundamentais. O transconstitucionalismo normativo implica, na prática, em um conceito tradicional de observância ou, usando o vocabulário de coordenação vetorial, uma delegação vertical de capacidade decisória.

O transconstitucionalismo normativo não prescinde do transconstitucionalismo reflexivo, vez que a efetivação do comando constitucional doméstico de abertura ao internacional depende do ato interpretativo do aplicador do direito – no caso, o juiz doméstico. Porém, distinguindo as duas dimensões é possível proceder uma análise sobre como as ordens jurídicas domésticas têm respondido ao desenvolvimento dos regimes internacionais. Tem a interação propiciado espaços de governança transversal, conforme proposto pela teoria transconstitucional, ou servido para a afirmação das ordens jurídicas locais, em um estilo mais próximo ao constitucionalismo tradicional?

Por um lado, o foco exclusivo na arquitetura institucional e na incorporação do direito internacional dos direitos humanos em um dado nível hierárquico dentro do regime doméstico implicaria na perda de toda a riqueza de relações reflexivas mobilizadas por aplicadores do direito. Por outro, a exclusiva análise da dimensão reflexiva esvaziaria de significado os processos políticos de reformas constitucionais que impulsionam processos de desnacionalização das pautas de direitos

¹⁰⁸ Slaughter assim define o conceito: “Tribunais constitucionais têm citado precedentes uns dos outros em temas num arco que vai da liberdade de expressão até os direitos de privacidade e a pena de morte. Eles não se citam reciprocamente como precedentes, mas sim como autoridade persuasiva. Eles podem também diferenciar suas visões das de outros tribunais que consideraram problemas similares. O resultado, ao menos em alguns campos, como a pena de morte e direitos de privacidade, é a emergência de uma jurisprudência global.” Tradução livre, no original: “Constitutional courts are citing each other’s precedents on issues ranging from free speech to privacy rights to the death penalty. [...] They cite each other not as precedent, but as persuasive authority. They may also distinguish their views from views of other courts that have considered similar problems. The result, at least in some areas such as the death penalty and privacy rights, is an emerging global jurisprudence.” SLAUGHTER, Anne-Marie. “A Global Community of Courts”. *Harvard International Law Journal*, vol. 44, no. 01, 2003, p.193.

fundamentais em resposta a uma crescente transnacionalização das demandas por novos direitos.

O constitucionalismo do pós-guerra (ou, conforme dada vertente da literatura, o “neoconstitucionalismo”¹⁰⁹), com toda a sua pluralidade, mantém uma característica comum: a consolidação da ideia de constituição normativa. Essa ideia, presente antes já nos Estados Unidos, passa a ser incorporada no processo de reorganização da Europa e, finalmente, de maneira mais geral na América Latina e Leste Europeu pós-democratizações durante os anos 1980 e seguintes¹¹⁰ (a fase que Huntington define como “a terceira onda”¹¹¹ dos processos de democratização). Temos, portanto, que num mesmo tempo histórico a ideia de constituição normativa e o regime internacional dos direitos humanos consolidam-se de forma independente, mas com premissas eventualmente compartilhadas.

Nas palavras de Vicki Jackson: “uma era de constitucionalismo baseado nos direitos humanos nasceu no momento constitucional global que se seguiu à derrota dos nazistas, produzindo o direito internacional dos direitos humanos e mais tribunais emitindo decisões fundamentadas constitucionalmente”¹¹².

A consolidação, no final deste mesmo século, de um modelo de governança global de viés judicial possibilitou que a revisão judicial de atos, leis e políticas públicas se tornasse um mecanismo importante de deliberação sobre direitos. Novamente com Jackson,

[...] a aplicação [“*enforcement*”] judicial do direito constitucional funciona tanto para dissuadir uma potencial “malversação” por parte de forças políticas poderosas quanto para proporcionar oportunidades aos que perderam na arena política de continuar, nas cortes, com sua disputa, sob o manto da constituição.¹¹³

¹⁰⁹ BARROSO, Luis Roberto. *Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.20.

¹¹⁰ Cf.: TORELLY, Marcelo D. *Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp.103-125.

¹¹¹ HUNTINGTON, Samuel. *The Third Wave*. Norman: University of Oklahoma Press, 1993.

¹¹² Tradução livre, no original: “An era of human rights-based constitutionalism was born in the global constitutional moment that followed the defeat of Nazism, producing international human rights law and more tribunals issuing reasoned constitutional decisions”. JACKSON, Vicki. “Constitutional comparisons: convergence, resistance, engagement”. In: *Harvard Law Review*, vol. 119, 2005-2006, p.109.

¹¹³ Tradução livre, no original: “judicially enforced constitutional law functions both to deter potential “bad acting” by powerful political forces and to provide opportunities for losers in the political arena to continue their contest in the courts, under the banner of the constitution”. JACKSON, Vicki. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. New York: Oxford, 2010, p.04.

A constitucionalização dos direitos fundamentais em constituições normativas nos Estados Unidos, no Século XVIII, na Europa durante a primeira metade do Século XX, e na América Latina ao final do mesmo século, permitiu uma especial proteção de natureza pública a estes direitos contra pretensões de expansão apropriativa da esfera privada, ou da esfera pública contra liberdades individuais de minorias, e viabilizou a construção de políticas públicas para dar efetividade a esses direitos. No atual quadrante histórico, de declínio da estatalidade e emergência da governança privada, a aplicação de uma perspectiva transconstitucional aos direitos fundamentais permite a mobilização da especial legitimidade dos direitos constitucionais para a construção de mecanismos de contingência que protegem as garantias fundamentais em contextos domésticos adversos, em contextos internacionais adversos, e da expansão ilimitada de regimes internacionais e transnacionais.

A transconstitucionalização normativa tende a um modelo de observância doméstica do direito internacional por orientação hierárquica de estilo monista, inserindo dispositivos do direito internacional dos direitos humanos dentro da hierarquia normativa do direito do Estado. A transconstitucionalização reflexiva, por sua vez, vincula-se a uma perspectiva de influência normativa, mais próxima daquela proposta por autores como Koh¹¹⁴, ou como Howse e Teitel¹¹⁵.

Para entender o modo como operam tais processos, especialmente os de transconstitucionalidade reflexiva, é necessário assumir duas premissas. Primeiro, a da existência de uma pluralidade de ordens constitucionais com identidades não-compartilhadas. Esse pluralismo constitucional refere-se, num primeiro momento, aos regimes constitucionais domésticos. É evidente que o direito constitucional brasileiro possui uma identidade distinta do argentino ou do mexicano. Num segundo momento, não obstante, assume-se a existência de regimes de natureza constitucional ou quase-constitucional para além do Estado nacional. Os exemplos da Organização das Nações Unidas e da União Europeia não esgotam o campo, vez que outras organizações têm estabelecido formas de governança com regimes análogos ao constitucionalismo doméstico, porém internacionais, regionais,

¹¹⁴ KOH, Harold H. "Transnational Legal Process". *Nebraska Law Review*, vol.75, 1996

¹¹⁵ HOWSE, Robert; TEITEL, Ruti. "Beyond compliance: rethinking why International law really matters", *Global Policy*, Vol.01, nº02, 2010.

supranacionais ou transnacionais, as vezes mesmo com natureza privada. No que concerne ao objeto desta tese, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos será o exemplo capital de um regime internacional com pretensões constitucionais.

Uma segunda premissa a ser assumida é a que de a pluralidade de regimes não elide a possibilidade de comparação entre soluções constitucionais adotadas para problemas similares. A insurgência de normas globais será utilizada para exemplificar essa problemática. Tendências normativas se formam no direito doméstico de um Estado e irradiam para outros ou, ainda, mobilizações transnacionais persuadem atores estratégicos nos regimes domésticos ou internacionais sobre a existência de determinados direitos ou a adequação de determinadas soluções jurídicas para problemas transconstitucionais, novamente ensejando mimese, irradiação e readequação em outros regimes. De acordo com Jackson:

Na medida em que sistemas constitucionais desempenham funções similares, preocupações similares sobre as consequências de escolhas interpretativas surgirão. Se mais de uma interpretação da constituição é plausível desde as fontes jurídicas domésticas, abordagens adotadas em outros países podem proporcionar informações empíricas úteis para a eleição da interpretação que melhor funciona aqui.¹¹⁶

O interessante na adoção de uma perspectiva transconstitucional é que essa não necessariamente implica que o direito comparado, internacional ou o transnacional, deva prevalecer sobre o doméstico, mas sim que ele pode ser considerado como elemento de construção de uma melhor interpretação ou de uma solução jurídica mais apropriada para múltiplos regimes de governança.

Novamente de acordo com Jackson:

[...] comparações podem lançar luz no funcionamento distinto do próprio sistema. Tribunais constitucionais estrangeiros algumas vezes consideram a jurisprudência dos Estados Unidos mas decidem não segui-la, demonstrando que a articulação com o direito estrangeiro não necessariamente conduz à sua adoção¹¹⁷.

¹¹⁶ Tradução livre, no original: “to the extend constitutional systems perform similar functions, similar concerns may arise about the consequences of interpretive choices. If more than one interpretation of the Constitution is plausible from domestic legal sources, approaches taken in other countries may provide helpful empirical information in deciding what interpretation will work best here”. JACKSON, Vicki. “Constitutional comparisons: convergence, resistance, engagement”. In: *Harvard Law Review*, vol. 119, 2005-2006, p.116.

¹¹⁷ Tradução livre, no original: “comparisons can shed light on the distinctive functioning of one’s own system. Foreign constitutional courts sometimes consider U.S. case law but decline not to follow it, demonstrating that engagement with foreign law need not lead to its adoption”. JACKSON, Vicki.

Ou seja: a transconstitucionalização não necessariamente significa perda da identidade constitucional doméstica, mas sim sua reconstrução em relação (harmoniosa ou dissonante) com normatividades e soluções jurídicas estrangeiras, globais ou transnacionais.

Finalmente, uma abordagem transconstitucional auxilia na definição daquilo que, na seção anterior deste estudo, foi apresentado como a “supra-positividade” dos direitos fundamentais (um dos três elementos que Gerald Neuman aponta compartilharem os direitos constitucionais e os direitos humanos). Daí Jackson afirmar que:

[...] fontes jurídicas estrangeiras ou internacionais podem iluminar dimensões “supra-positivas” do direito constitucional, como nos casos em que o texto ou a doutrina constitucional requerem um juízo contemporâneo sobre a qualidade de dada ação ou liberdade – a “razoabilidade” de uma busca, a “crueldade” de uma punição. Muitas constituições modernas incluem direitos individuais que protegem valores similares em um plano abstrato, frequentemente inspirados pelos textos de direitos humanos. Esses direitos, embora incluídos em uma constituição nacional particular, possuem aspectos “universais”, refletindo “a inescapável onipresença dos seres humanos como preocupação central” de qualquer sistema jurídico, e uma amplamente difundida aspiração (mesmo que não universal) do direito de limitar o tratamento que o governo confere aos indivíduos.¹¹⁸

A dimensão supra-positiva dos direitos fundamentais, entendida como acervo principiológico de balizamento de decisões administrativas e judiciais, é o elemento de abertura que permite ao Poder Judiciário buscar subsídios fora da própria ordem jurídica doméstica para uma melhor adequação social do direito mesmo quando a dupla positividade está ausente ou é precária (como na alusão a instrumentos não ratificados ou ao *ius cogens*). Por meio dessa ferramenta, demandas políticas por adequação do direito a uma nova realidade social não necessariamente dependem de produção legislativa para tornarem-se “direito”. Ao afirmarem uma determinada nova interpretação de um comando jurídico, a existência de um direito não-

“Constitutional comparisons: convergence, resistance, engagement”. In: *Harvard Law Review*, vol. 119, 2005-2006, p.117.

¹¹⁸ Tradução livre, notas de rodapé omitidas, no original: “[...] foreign or international legal sources may illuminate “supra-positive” dimensions of constitutional rights, as when constitutional text or doctrine requires contemporary judgments about a quality of action or freedom – the “reasonableness” of a search, the “cruelty” of a punishment. Many modern constitutions include individual rights that protect similar values at an abstract level, often inspired by human right texts. Such rights, although embedded in particular national constitutions, have “universal” aspects, reflecting “the inescapable ubiquity of human beings as a central concern” for any legal system and widespread (though not universal) aspirations for law to constrain government treatment of individuals”. *Ibidem*, p.118

enumerado, ou de um princípio do qual se extrai um direito, as cortes e instituições análogas transformam demandas políticas em comandos normativos. A constituição funciona, nesse sentido, como um acoplamento¹¹⁹ que permite comunicação entre Direito e Política. Retomando a teoria de Neves:

[...] pode-se compreender a Constituição do Estado constitucional não apenas como filtro de irritações e influências recíprocas entre sistemas autônomos de comunicação, mas também como instância de relação recíproca e duradoura de aprendizado e intercâmbio de experiências com as racionalidades particulares já processadas, respectivamente, na política e no direito. Isso envolve entrelaçamentos como “pontes de transição” entre ambos os sistemas. De tal maneira que pode desenvolver-se uma racionalidade transversal específica.¹²⁰

Numa acepção tradicional, anterior à acentuação do processo de declínio da estatalidade, a Constituição era lida como mediadora entre Direito e Política no âmbito doméstico, e como estrutura de diferenciação entre interno e externo naquilo que concerne a assuntos soberanos, funcionando, portanto, como estrutura de mediação entre o doméstico e o internacional. A crescente globalização e o surgimento de regimes jurídicos com estruturas análogas às estruturas constitucionais domésticas, inclusive tribunais internacionais e supranacionais atuando na promoção de catálogos de direitos humanos, leva a alterações não apenas na arquitetura institucional das ordens constitucionais, mas também na percepção dos atores envolvidos no processo de identificação e implementação de comandos constitucionais quanto à natureza das mediações que devem operacionalizar sua atividade. Na síntese de Jackson:

[assumindo que] as constituições são instituições mediadoras do direito, desenhadas tanto para propiciar governança interna quanto para criar uma interface efetiva com outros estados nacionais – mesmo se apenas explicando diferenças quanto a compromissos constitucionais – talvez se torne mais fácil enxergar porque os tribunais podem sentir certa obrigação em considerar os sistemas e o direito constitucional de outras nações, bem como o direito internacional.¹²¹

¹¹⁹ A ideia de acoplamento é inspirada naquela desenvolvida por Luhmann, que aponta a existência de acoplamentos “estruturais”, que estabilizam estruturas, e acoplamentos “operacionais”, que não estabilizam estruturas. Veja-se: LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Cidade do México: Herder, 2005.

¹²⁰ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p.62.

¹²¹ Tradução livre, no original: “If constitutions are mediating institutions of law, designed to both provide for internal governance and create an effective interface with other national states – even if only by explaining differences in constitutional commitments – then it is perhaps easier to see why courts might feel some obligation to consider the constitutional law and systems of other nations as well as international law”. JACKSON, Vicki. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. New York: Oxford, 2010, pp.85-86.

O direito internacional, supranacional, transnacional, comparado, e as decisões legais e administrativas oriundas de outras ordens jurídicas que não a constitucional doméstica podem ser interpretados como vinculantes no regime doméstico, considerados como possuidores de um dado nível hierárquico (*transconstitucionalismo normativo*), ou podem ser considerados como elementos informativos na interpretação da tradição constitucional doméstica de dada ordem que se percebe relacionada com uma tradição jurídica mais ampla (*transconstitucionalismo reflexivo*). A arquitetura institucional, a abertura dos poderes executivos e legislativo a processos jurídicos transnacionais, e a jurisprudência consolidada das cortes – especialmente das cortes superiores – conduzem à conformação de três padrões de interação entre direito doméstico e direito transnacional¹²².

Resistência. É a postura comumente encontrada em momentos de afirmação soberanista ou nacionalista, em que organizações domésticas apenas reconhecem como constitucionalmente relevante as normas aprovadas em seu procedimento constitucional nacional. Embora uma postura de resistência potencialmente caracterize uma desconsideração ou uma indiferença ao direito internacional, o modelo também pode ser identificado quando o direito doméstico confere baixa normatividade para o direito não-doméstico de qualquer natureza, inclusive o internacional. Nesse caso, embora não renegue a existência de obrigações internacionais, o Estado justifica que as mesmas não são constitucionais, mesmo que tratem de direitos fundamentais, estabelecendo um orientador hierárquico em que o direito doméstico posiciona-se verticalmente acima do direito internacional dos direitos humanos.

Jackson enumera nove ideias geralmente associadas a uma postura de resistência¹²³: a leitura tradicional de que a constituição é auto constituinte e auto expressiva, inexistindo outras fontes quer sejam normativas, quer interpretativas; a adesão a teorias interpretativas originalistas ou vinculadas ao contratualismo e a ideia de soberania popular limitadas ao Estado nacional, vez que nessa perspectiva a ideia de autogoverno restaria prejudicada pela abertura constitucional; a ausência de validação democrática das fontes de normatividade estrangeiras ou

¹²² *Ibidem*.

¹²³ *Ibidem*.21-31.

transnacionais; a ideia de que a identidade jurídica é necessariamente autônoma (uma espécie de pluralismo radical); o receio de que a abertura a outras fontes de normatividade libere os juízes dos limites legais estabelecidos pela constituição: “essa preocupação tem duas faces: de um lado, a preocupação de que julgar sob o direito deve ser necessariamente uma atividade limitada; de outro, uma preocupação de que os próprios juízes devem ser limitados, a fim de reduzir oportunidades de intervenção com atitudes ou preferências próprias”¹²⁴; excepcionalismo: afirmação de distinções nacionais, culturais, anti-colonialismo...; uma postura crítica à economia política egressa dos regimes transnacionais de governança (onde está incluída a crítica à substituição da política pela *expertise*), e, finalmente; a ideia de que “o recurso ao direito internacional ou estrangeiro é [...] produto de uma cooperação entre elites para mudar visões do direito e boas políticas apoiadas popularmente”¹²⁵.

Convergência. Ao contrário da postura de resistência, algumas arquiteturas institucionais ou atitudes interpretativas de cortes superiores operam numa “postura que pode ver nas constituições domésticas um espaço para a implementação de normas jurídicas internacionais ou, alternativamente, como participantes em um processo normativo progressivo e descentralizado de convergência normativa transnacional”¹²⁶. As reformas constitucionais ocorridas na Argentina, em 1994¹²⁷, e no México, em 2011¹²⁸, reorganizaram a arquitetura institucional do Estado para estimular a convergência entre o direito doméstico e um conjunto específico de regimes de direito internacional relacionados à proteção dos direitos humanos. Essa forma de convergência, institucionalmente programada, deriva de leituras universalistas sobre direitos fundamentais que igualmente se encontram expressas em distintos graus nas constituições ou reformas constitucionais ocorridas na Bolívia

¹²⁴ Tradução livre, no original: “This concern has two faces: on the one hand, a concern that judging under law must be seen as a constrained activity; and on the other hand, a concern that judges must be constrained in order to limit the opportunity for their own discretion, attitudes, or preferences to intervene”. *Ibidem*, p.26.

¹²⁵ Tradução livre, no original: “resort to foreign or international law is seen as a product of elite cooperation to change popularly supported views of law and good policy”. *Ibidem*, p.30.

¹²⁶ Tradução livre, no original: “posture that might view domestic constitutions as a site for the implementation of international legal norms or, alternatively, as a participant in a decentralized but normatively progressive process of transnational norm convergence”. *Ibidem*, p.08.

127 ARGENTINA. Republica Argentina. *Reforma Constitucional de 1994*, artigo 75, disposicion 22.

128 MEXICO. Estados Unidos Mexicanos. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, artigo 1 (nova redação da Reforma Constitucional de 2011).

(2009)¹²⁹, Brasil (2004)¹³⁰, Colômbia (1991)¹³¹, Equador (2008)¹³², Peru (1979)¹³³, e Venezuela (1999)¹³⁴.

A diferença que aqui pode ser estabelecida é entre aquelas constituições que explicitamente conferem status *normativo* de direito constitucional para o direito internacional dos direitos humanos, como a Argentina, e aquelas que conferem um status diferenciado ou propõem o uso *reflexivo* do direito internacional como fonte, caso da Colômbia. No primeiro caso a tendência predominante é a de convergência, no segundo a arquitetura institucional oferece abertura para que as cortes e os agentes responsáveis pela implementação de políticas públicas para os direitos humanos venham a convergir, mas, também, a que procedam um uso diferenciado do direito internacional como uma fonte exclusivamente reflexiva ou, ainda, de normatividade limitada. Na medida em que no primeiro caso a abertura constitucional estabelece um acoplamento explícito entre direito doméstico e direito internacional tendendo ao transconstitucionalismo normativo, o segundo oferece a possibilidade de que, por meio de transconstitucionalizações no plano reflexivo, seja gerada convergência normativa ou, ainda, resistência ou articulação, de acordo com a atividade interpretativa e com a construção de precedentes jurisprudenciais.

Articulação. A abertura institucional ao direito internacional em cenários em que as instituições domésticas não apresentam resistência, quando não gera convergência, pode vir a produzir articulação. A convergência ocorre predominantemente no plano normativo, já a articulação ocorre nas situações recém referidas em que a abertura constitucional estimula a incorporação do direito internacional ou comparado como fonte ordinária, supra-positiva, ou interpretativa. Essa postura é “fundada em um compromisso com a deliberação judicial e aberta a

129 BOLIVIA. Estado Plurinacional de Bolivia. *Constitución Política del Estado*, 2009, artigo 256.

130 BRASIL. República Federativa do Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil*, artigo 5º, Parágrafo terceiro (redação dada pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004).

131 COLOMBIA. Republica de Colombia. *Constitucion Política de la Republica de Colombia*, 1991, artigo 93.

132 EQUADOR. Republica del Ecuador. *Constitución de la República*, 2008, artigo 11.

133 PERU. Republica del Peru. *Constitución Política del Peru*, Disposiciones Finales y Transitórias, 1993, Quarta Disposição Transitória.

134 VENEZUELA. República Bolivariana de Venezuela. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, 1999, artigos 19 e 23.

possibilidades tanto de harmonia quanto de dissonância entre auto-compreensões nacionais e normas transnacionais”¹³⁵.

Diferentemente da postura de convergência, na articulação inexistente uma atitude de harmonização hierárquica, sendo garantido um amplo espaço para a manutenção da identidade constitucional doméstica em casos de conflito. Porém, em oposição à postura de resistência, nos casos de articulação não ocorre a desconsideração ou a indiferença quanto à normatividade externa. O direito não-doméstico aparece como referente de reconstrução do direito doméstico:

Um postura de articulação pode simplesmente assumir que a interpretação do direito fundamental nacional pode ser aprimorada pela articulação com normas transnacionais naquelas situações nas quais advogados e juristas possuem razoável conhecimento e em que as questões estão relativamente “abertas” no discurso doméstico. Alternativamente, uma postura de articulação pode proceder baseada na ideia de que o próprio conceito de direito constitucional doméstico deve agora ser entendido em relação às normas transnacionais, uma suposição que permite argumentar pela articulação com o transnacional em um mais amplo espectro de casos e questões.¹³⁶

Mas a articulação também ocorre onde não há abertura constitucional explícita, baseada simplesmente na existência de obrigações comuns assumidas pelos Estados internacionalmente. A ideia de dupla positividade dos direitos fundamentais torna-se relevante, nesse contexto, vez que a ausência de positivação ou a positivação doméstica incompleta não afasta a normatividade ordinária das convenções e tratados internacionais. Mesmo que um direito fundamental não esteja constitucionalizado na ordem jurídica doméstica ele segue possuindo normatividade como direito humano, positivado em algum regime internacional específico.

Os modelos de relacionamento entre direito doméstico e direito internacional auxiliam na identificação de padrões. Não obstante, para além do discurso organizado da teoria do direito, é na prática das instituições que tal relacionamento

¹³⁵ Tradução livre, no original: “founded on commitments to judicial deliberation and open to the possibilities of either harmony or dissonance between national self-understandings and transnational norms”. JACKSON, Vicki. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. New York: Oxford, 2010, p.09.

¹³⁶ Tradução livre, no original: “[...] a posture of engagement might assume simple that interpretation of national fundamental law can be improved by engagement with transnational norms, on those occasions where lawyers or jurists have some relevant knowledge and where issues are relatively “open” within the domestic discourse. Alternatively, an engagement posture might proceed on the idea that the concept of domestic constitutional law itself must now be understood in relation to transnational norms, an assumption that might argue for engagement with the transnational across a wider range of cases and issues”. *Ibidem*, p.09.

ocorre. As referências transconstitucionais, normativas ou reflexivas, ganham contornos mais interessantes quando as cortes e órgãos análogos passam a enumerar e interpretar direitos produzindo incidência doméstica. É aqui que se percebe tanto a ressignificação da constituição como mediadora institucional entre Direito e Política para além do Estado nacional, quanto os conflitos emergentes da dissonância normativa entre agências e atores domésticos, internacionais, supranacionais e transnacionais e os problemas de legitimidade que as decisões transversais ensejam.

2.4. A emergência de normas globais e sua estruturação em regras e princípios

Uma das características do direito da sociedade mundial contemporânea é o surgimento das chamadas “normas globais”, especialmente na seara dos direitos humanos. A emergência transnacional dessas normas constitui um processo político ou jurídico? Entendendo os direitos fundamentais como parte do direito constitucional e, por sua vez, a constituição como mecanismo de comunicação entre Direito e Política, nesta seção, primeiramente, descreve-se o processo de surgimento de normas globais, a seguir introduzindo a discussão sobre como essas normas se diferenciam como regras ou princípios nas ordens e regimes jurídicos. Posteriormente, o processo de emergência será ilustrado com o exemplo da norma global de responsabilidade individual e sua diferenciação em regras e princípios.

2.4.1. O surgimento das normas globais

Como surgem as normas globais? Uma resposta tradicional, segundo a teoria institucionalista, aponta para a ideia de que tais normas são apenas e tão somente o produto da vontade soberana dos Estados. Nessa perspectiva o surgimento de uma norma dessa natureza ocorreria quando a vontade política de suficientes (e/ou relevantes) Estados se alinhasse, produzindo um instrumento legal, geralmente um tratado, ou um costume consolidado pela repetição e pelo não questionamento, regulando uma determinada conduta.

Sem deixar de ser verdadeira, essa abordagem ilumina apenas uma parte do problema. No direito doméstico, o surgimento de novos instrumentos legais encontra-se articulado sob a perspectiva democrática, sendo os poderes constituídos os que, em resposta à vontade popular ou na interpretação do sistema de justiça institucionalmente organizado, produzem texto e transformam texto em norma.

No direito internacional, especialmente em seus desenvolvimentos mais recentes, a mobilização transnacional e a judicialização de demandas de direitos humanos têm permitido o aparecimento de novos atores legais e a transformação de pretensões políticas em sentenças e enunciados normativos. Alguns exemplos deste processo são a ideia de “litígio estratégico” junto ao sistema interamericano de direitos humanos¹³⁷, ou mesmo a de mobilização pró-institucionalização de novas cortes e agências reguladoras, como pôde ser visto no processo de mobilização internacional para a criação do Tribunal Penal Internacional (TPI)¹³⁸.

No primeiro exemplo, temos organizações não-governamentais representando interesses de vítimas de violações aos direitos humanos não com o fito exclusivo de proteger direitos singulares, mas sim de produzir processos em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio da interpretação da Convenção Americana, derive normas protetivas de caráter universal entre os signatários do instrumento internacional. Esse processo permite que a pressão social em escala transnacional, em alguma medida, emule no plano internacional as lutas domésticas pela efetivação de direitos. O caminho é a utilização de casos individuais de impacto para forçar a percepção de inadequação social de uma determinada leitura do direito, buscando uma decisão internacional que incida em uma prática doméstica. Geralmente tal processo poderia ser direcionado a canais políticos tradicionais, mas a existência de bloqueios ou um cálculo de custo-benefício pode tornar mais atraente (ou, ao menos, complementar) o litígio internacional à política tradicional. Seja como for, o litígio surge como via alternativa para a enumeração, definição de escopo, ou formulação de critérios de aplicação de direitos não reconhecidos na ordem doméstica.

¹³⁷ CARDOSO, Evora Lusci Costa. *Litígio Estratégico e Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. Coleção Fórum Direitos Humanos, vol.04. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

¹³⁸ Cf.: ZILLI, Marcos Alexandre Coelho (Org.). “Especial 10 Anos do Tribunal Penal Internacional”. In: *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. Brasília: Ministério da Justiça, vol. 08, Jul./Dez.2012.

Essa questão pode gerar a ressalva de que estar-se-ia apenas interpretando a Convenção Americana, e não propriamente “enumerando” novos direitos. O exemplo dos casos em que a Corte atuou sob o guarda-chuva da norma global de responsabilização individual em alguma medida relativizam esse argumento. Nos mais recentes, como em *Julia Gomes Lund e outros vs. Brasil*¹³⁹, a derivação da obrigação de investigar e punir graves violações contra os direitos humanos é dada desde um conjunto de dispositivos que não efetivamente referem ao tema concreto, tais como o direito à vida,¹⁴⁰ à integridade¹⁴¹ e à liberdade pessoal,¹⁴² e às garantias e a proteção judicial.¹⁴³ O mesmo ocorreu em *Gelman vs. Uruguai*,¹⁴⁴ ensejando a crítica de Roberto Gargarella de que, em questões democráticas complexas, é arriscada a derivação de obrigações com alto grau de especificidade (mobilizando, inclusive, o direito penal) com base em dispositivos legais bastante genéricos e inespecíficos¹⁴⁵ (ambos os casos serão retomados na Parte II deste estudo). Mesmo sendo fundadas no direito, as decisões da Corte ocorrem em uma moldura interpretativa bastante ampla, que possibilita divergência razoável quanto a extensão dos direitos e obrigações decorrentes. Ou seja, partindo de regras e princípios, a Corte derivou e enumerou direitos articulando a dimensão supra-positiva de um conjunto de diretivas relativamente genéricas, traduzindo expectativas políticas em comandos normativos.

O caso da mobilização social pela instituição do Tribunal Penal Internacional é ainda mais explícito em demonstrar a utilização da política internacional para produzir o substrato para formação e efetivação de novas normas globais. Antes da

¹³⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Julia Gomes Lund e outros v. Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010.

¹⁴⁰ Convenção Americana de Direitos Humanos, San José de Costa Rica, 22 de novembro de 1969, art. 4º.

¹⁴¹ Convenção Americana de Direitos Humanos, San José de Costa Rica, 22 de novembro de 1969, art. 5º.

¹⁴² Convenção Americana de Direitos Humanos, San José de Costa Rica, 22 de novembro de 1969, art. 6º.

¹⁴³ Convenção Americana de Direitos Humanos, San José de Costa Rica, 22 de novembro de 1969 art. 25º.

¹⁴⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Gelman vs. Uruguay*. Sentença de 24 de fevereiro de 2011.

¹⁴⁵ GARGARELLA, Roberto. “No place for popular sovereignty: democracy, rights, and punishment in *Gelman v. Uruguay*”. Manuscrito a ser publicado, disponível para consulta em: https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Eng_20121130.pdf

criação do TPI construiu-se a *Coalizão Internacional para o Tribunal Penal Internacional*, associação ainda ativa integrada por mais de 2.500 organizações civis em 150 países, com uma clara agenda orientada a pressionar os Estados nacionais a aderirem ao Estatuto de Roma, que constitui a Corte.

Observando processos como estes (e poderiam ser citados muitos outros, como o de luta pelo direito de sufrágio feminino, ou dos direitos dos portadores de deficiências físicas, ou mesmo do movimento LGBT), é que os pesquisadores da ciência política passaram a formular teorias construtivistas, localizando como um primeiro estágio da formação de normas globais não a *institucionalização* propriamente dita de direitos por meio de sua *positivação* em tratados, convenções ou costumes, ou em sua *enumeração* pelas cortes (como no acima referido), mas a própria agenda de mobilização por esses direitos. O objeto de estudo desta disciplina, portanto, é anterior àquele a que tradicionalmente se dedicam os juristas.

Finnemore e Sikkink propõem-se a estudar a influência das normas globais desde seu “ciclo de vida”, iniciando suas considerações não pelo momento em que institucionaliza-se o dispositivo legal em forma de texto a ser explorado pelos juristas, mas sim em uma primeira fase (de um total de três) que denominam como a “emergência” da norma no contexto social: “[...] o primeiro estágio é a ‘emergência da norma’; o segundo estágio envolve a ampla aceitação da norma, ao qual chamamos, seguindo Cass Sunstein, de ‘cascata da norma’; e o terceiro estágio envolve a internalização”.¹⁴⁶

Constituindo-se como processo jurídico transnacional, a emergência de normas globais depende não apenas da vontade dos Estados, mas de um conjunto mais ampliado de fatores que inclui, especialmente, os processos de convencimento dos agentes que interpretam e aplicam textos legais sobre a existência ou não de dadas prescrições normativas. Processos sociais de reivindicação e luta por direitos, ao tensionarem o sistema político, não impactam apenas a “efetivação” dos mesmos pelos responsáveis pela implementação das normas (geralmente atores executivos mais explicitamente sujeitos à pressão política), mas também a formação e

¹⁴⁶ Tradução livre, no original: “[...] the first stage is “norm emergence”; the second stage involves broad norm acceptance, which we term, following Cass Sunstein, a “norm cascade”; and the third stage involves internalization”. FINNEMORE, Martha; SIKKINK, Kathryn. “International Norm Dynamics and Political Change,” *International Organization* 52, vol. 4, Autumn 1988, p.895.

interpretação do Direito pelos tribunais e instituições em geral. Sumarizando o argumento, o ciclo da vida de uma norma apresenta-se como segue¹⁴⁷.

Primeiro estágio – emergência da norma: após mobilização social, os intérpretes do direito, por meio de suas plataformas institucionais disponíveis (procuradorias, cortes, escritórios, ONGs), motivados por altruísmo com a luta dos interessados, empatia, identidade ou compromisso, procuram *persuadir* a comunidade legal da existência de uma dada norma, derivada do escopo legal da própria plataforma que ocupam, do direito geral, ou de algum regime específico.

Segundo estágio – cascata normativa: Estados, instituições internacionais e transnacionais, organizações e redes internacionais *assumem* a existência da norma. Legitimidade e reputação são seus principais móveis de ação. Passam não mais a buscar *persuadir* sobre a existência da norma, mas sim a *demonstrar* sua existência a partir de exemplos de concretização tidos na etapa anterior, socializando e institucionalizando seu conteúdo, formando uma “cascata normativa”¹⁴⁸ que ganha volume e irradia-se para os demais atores dos processos institucionais.

Terceiro estágio - internalização: Atores jurídicos em geral, especialmente no plano interno e nas burocracias, assumem a existência *interna* da norma global, que se positiva ou é judicialmente recebida por meio de decisões. Seu principal motivo para aplicar a norma é a *conformidade*. O hábito se segue à institucionalização.

Originalmente, na teoria de Finnemore & Sikkink, a internalização diz respeito à migração da norma internacional ao plano doméstico, mas como se pretende aqui demonstrar, igualmente as normas internacionais “puras” passam por um processo de internalização, na perspectiva dos diversos regimes internacionais. A existência de múltiplos regimes permite uma plêiade de processos de internalização: domésticos, transnacionais, supranacionais, internacionais. Portanto, o processo de internalização de normas de direitos fundamentais pode ocorrer anteriormente no direito internacional, mas também de modo simultâneo ou mesmo antecipado nas distintas ordens domésticas. Para fins deste estudo a ideia de *internalização* diz

¹⁴⁷ Para o argumento completo: FINNEMORE, Martha; SIKKINK, Kathryn. *Op.cit.*

¹⁴⁸ O conceito de cascata normativa foi depois aprofundado por Sikkink em: SIKKINK, Kathryn. *The Justice Cascade*. Nova Iorque: W. W. Norton and Company, 2011.

respeito não apenas ao processo de *fertilização cruzada*¹⁴⁹ entre direito internacional e direito doméstico, mas sim ao processo de *recepção* de uma pretensão política por direitos como norma em um determinado regime jurídico, no caso, à transformação da pretensão política em disposição normativa *por meio de uma decisão judicial*.

Desde essa perspectiva, portanto, a mudança social alavancada pela mobilização jurídica transnacional altera a percepção geral sobre a *adequação* do direito e, assim, produz uma tensão que gera uma alteração jurídica que se inicia focalmente (emergência), espalha-se transversalmente (cascata) e, por fim, institucionaliza-se em regimes jurídicos distintos daqueles em que surgiu originalmente.

Nessa teoria sobre o surgimento das normas globais fica patente tanto a relação de tensão existente entre *mudança social* e *mudança jurídica*, quanto a relação entre direito constitucional doméstico e judicialização do direito internacional. Mas resta a dúvida: tal conceito de “norma”, desenvolvido pela ciência política e as relações internacionais, é coerente com aquele de uso comum entre os juristas? Como entender essas normas identificadas por politólogos dentro da moldura da teoria das normas, conforme pensada pela filosofia do direito?

2.4.2. Normas globais: regras ou princípios?

Para responder a essa questão passamos à análise do debate sobre princípios e regras e, posteriormente, à sua aplicação ao exemplo da norma global de responsabilidade individual. A abordagem de Finnemore e Sikkink aponta a existência de um conjunto de conceitos de “norma” destacando os dois mais comuns: “acadêmicos de distintas disciplinas reconhecem diferentes tipos ou categorias de normas. A distinção mais comum é entre normas reguladoras, que ordenam ou constroem comportamentos, e normas constitutivas, que criam novos atores, interesses e categorias de ação”.¹⁵⁰

¹⁴⁹ SLAUGHTER, Anne-Marie. “A Global Community of Courts”. *Harvard International Law Journal*, vol. 44, no. 01, 2003, pp. 193.

¹⁵⁰ Tradução livre, no original: “Scholars across disciplines have recognized different types or categories of norms. The most common distinction is between regulative norms, which order and

Para os fins deste estudo o que interessa dessa perspectiva da ciência política é, portanto, que a ideia de “norma reguladora” desenvolvida quando tratamos da “norma global” é análoga à ideia de uma regra primária de comportamento nos termos desenvolvidos na filosofia jurídica de Herbert Hart¹⁵¹. Porém, para além do desenvolvido no positivismo analítico de Hart, tal norma pode se tratar tanto de uma *regra* em estrito senso, quanto de um *princípio*, quanto da combinação entre ambos. Assim, torna-se profícuo explorar como a teoria jurídica contemporânea tem enfrentado, primeiramente, a própria distinção entre regras e princípios para, então, investigar o desenvolvimento de uma norma global específica, no caso, a norma global de responsabilidade individual, posteriormente analisando sua diferença funcional como regra e como princípio.

Duas abordagens vem sendo recorrentemente aduzidas quando discute-se a diferença entre regras e princípios na teoria jurídica, procurando estabelecer uma distinção *qualitativa* entre as duas classes normativas.

Robert Alexy propõe, em sua teoria dos direitos fundamentais, que tanto regras quanto princípios são espécies de normas, vez que constituem “expressões deônticas básicas do dever”.¹⁵² Diferencia-os, posteriormente, ao apontar que:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.¹⁵³

Por sua vez, as regras:

[...] são normas que sempre são ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contém, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.¹⁵⁴

constrain behavior, and constitutive norms, which create new actors, interests, or categories of action”. FINNEMORE, Martha; SIKKINK, Kathryn. *Op.cit.*, p.891.

¹⁵¹ Cf.: HART, Herbert. *The Concept of Law*. Segunda edição. Nova Iorque: Oxford University Press, 1994, p.91 e seguintes.

¹⁵² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.87.

¹⁵³ *Ibidem*, p.90.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p.91.

Concluindo que “[...] isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.”¹⁵⁵ Assim, os princípios detêm mandamentos *prima facie*, ou seja, “representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas”,¹⁵⁶ enquanto as regras possuem um comando que, se válido, determina exatamente aquilo que deve ocorrer. Alexy define que princípios são sempre razões *prima facie*, enquanto regras são sempre razões *definitivas*. O autor entende, de forma parcialmente coincidente com Joseph Raz, que princípios e regras são razões para normas, mas que, ao sê-lo, igualmente tornam-se razões para ações. Discorda, não obstante, daqueles que entendem que os princípios são apenas *razões para regras*, vez que “regras podem ser também razões para outras regras e princípios podem ser razões para decisões concretas”.¹⁵⁷

Ronald Dworkin, por sua vez, argumenta que as regras possuem uma natureza de “tudo ou nada” em sua aplicação, não sendo possível afirmar que uma dada regra “é mais importante que outra”,¹⁵⁸ enquanto os princípios “possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância”.¹⁵⁹ É assim que:

Quando princípios se entrecruzam [...] aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou política é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante é.¹⁶⁰

Na teoria de Dworkin “depois que um caso é decidido podemos dizer que ele ilustra uma regra particular [...] mas a regra não existe antes de o caso ser decidido; o tribunal usa princípios para justificar a adoção e aplicação de uma nova regra”¹⁶¹. Nessa perspectiva os juristas, quando resolvem casos complexos, abandonam o modelo de regras e passam a se guiar por outros padrões. Entre esses padrões estão as *políticas* e os *princípios*. As primeiras são entendidas como “objetivos a serem alcançados”, e os últimos como um “padrão que deve ser observado [...]”

¹⁵⁵ *Ibidem*, p.91.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p.104.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p.104.

¹⁵⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: WMF, 2010, p.43.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p.42.

¹⁶⁰ *Ibidem*, pp.42-43

¹⁶¹ *Ibidem*, p.46.

porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.¹⁶²

Assim, como já discutido anteriormente¹⁶³, na perspectiva de Dworkin o aplicador do direito pode, interpretativamente, derivar direito ou alterar as regras em vigor desde a perspectiva da moralidade comum a dada comunidade quando satisfeitos dois pressupostos: primeiramente, a mudança em questão deve favorecer a um princípio; em segundo lugar, a mudança só pode ocorrer após o aplicador considerar todos os padrões contrários à alteração doutrinária e, ainda assim, constatar a vantagem em prol do princípio em questão. Embora para Dworkin isso não implique em “enumerar”, mas tão somente “interpretar” o direito,¹⁶⁴ se tem como resultante a capacidade das cortes em apontarem a existência no presente de um direito que, no passado, não fora reconhecido.

Neves criticará ambas as teorias. Quanto à teoria de Alexy, sobre a otimização, apontará que tal ideia:

[...] passa por cima do fato de se tratar de uma sociedade complexa, com diversos pontos de observação conforme a esfera social de que se parte [...] e de um sistema jurídico que traduz internamente, conforme seus próprios critérios, essa pluralidade de ângulos. O que é otimizante em uma perspectiva não é otimizante em outra.¹⁶⁵

A problemática apontada por Neves em sua crítica torna-se ainda mais aguda quando migramos do debate sobre constituições nacionais para debates sobre governança global, quer seja tal debate prismado por uma perspectiva

¹⁶² *Ibidem*, p.36.

¹⁶³ seção 2.1.2.

¹⁶⁴ “I find the question unintelligible, however, as I said at the outset, because the presumed distinction makes no sense. The distinction between what is on some list and what is not is of course genuine and often very important. An ordinance might declare, for example, that it is forbidden to take guns, knives, or explosives in hand luggage on an airplane. Suppose airport officials interpreted that ordinance to exclude canisters of tear gas as well, on the ground that the general structure of the ordinance, and the obvious intention behind it, prohibits all weapons that might be taken aboard and used in hijacks or terrorism. We would be right to say that gas was not on the list of what was banned, and that it is a legitimate question whether officials are entitled to add “unenumerated” weapons to the list. But the distinction between officials excluding pistols, switch-blades and hand-grenades on the one hand, and tear gas on the other, depends upon a semantic assumption: that tear gas falls within what philosophers call the reference of neither “guns” nor “knives” nor “explosives.”” DWORKIN, Ronald. “Unenumerated Rights: Whether and How Roe Should be Overruled”. *The University of Chicago Law Review*, vol.59, 1992, p.387.

¹⁶⁵ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hercules*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p.83. A crítica, evidentemente, é mais ampla e complexa, recortando-se aqui apenas aquilo que interessa ao argumento em construção.

constitucional, quer simplesmente se refira ao direito internacional como abordagem tradicional. Mesmo considerando apenas Estados nacionais, serão poucos os exemplos em que é efetivamente possível encontrar um conjunto de valores predominantes e homogêneos. O problema da perspectiva otimizante, assim como o da racionalidade da eficiência presente em alguns regimes especializados, é que aquilo que é eficiente e ótimo para uns, ou para um fim, pode não ser nem otimizante nem ótimo para outros, ou para outros fins. A matematização formal do processo de decisão e o deslocamento para um sistema de racionalidade especializada de tipo “técnico” encobre uma escolha substancial (um processo social seletivo).

Na sociedade mundial objeto da ideia de projetos globais de governança, o problema se torna ainda mais evidente, vez que tal totalização só é possível mediante a recursos como àquele a uma “comunidade global”, nos moldes proposto por Slaughter em sua teorização sobre a “comunidade global de cortes”¹⁶⁶. Em um sentido parecido ao de Neves, internacionalistas críticos, como David Kennedy, apontam para os perigos de tal simplificação homogeneizante:

Nosso mundo político global permanece descentralizado e horizontal. Não existe uma “comunidade internacional”. A frase se refere a uma elite particular que compõe a audiência da mídia global. Nós devemos reconhecer que a ideia de que eles compartilham uma visão “consensual” sobre assuntos políticos e éticos globais – ou que sua visão condensa as atitudes da humanidade – como uma fantasia. Pode frequentemente ser uma fantasia desejável, e nós podemos muitas vezes querer encorajá-la, mas é uma fantasia. E pode ser uma fantasia perigosa. Ela pode nos encorajar a pensar que existe, de fato, uma “comunidade internacional” pronta para dar cobertura aos pronunciamentos feitos em seu nome. Pode encorajar as elites políticas a iniciar projetos e lançar intervenções para os quais não haverá seguimento. Pode sugerir que aqueles que discordam dessas elites – e muitos discordam – estão de alguma maneira fora do circuito da “civilização”. Pode nos levar a imaginar que sabemos o que a justiça é, sempre e em todos os lugares. Mas, é claro, nós não sabemos. A justiça não é assim. Ela precisa ser buscada, renovadamente, em cada lugar e momento.¹⁶⁷

¹⁶⁶ SLAUGHTER, Anne-Marie. “A Global Community of Courts”. *Harvard International Law Journal*, vol. 44, no. 01, 2003.

¹⁶⁷ Tradução livre, no original: “Our global political world remains decentralized and horizontal. There is no one “international community.” The phrase refers to the particular elite who are the audience for the global media. We must recognize the idea that they share a “consensus” view of global political or ethical matters-or that their views condense the attitudes of humanity-as a fantasy. It may often be a desirable fantasy, and we may often want to encourage it, but it is a fantasy. And it can be a dangerous fantasy. It can encourage us to think there is, in fact, an “international community” ready to back up pronouncements made in its name. It can encourage political elites to start projects and launch interventions, for which there will be no follow-up. It can suggest that those who disagree with

Quanto à tese de Dworkin, Neves aponta, primeiramente, que embora os princípios constitucionais sirvam para possibilitar uma maior abertura da argumentação jurídica à complexidade social, não se deve desconhecer que as regras “reduzem a complexidade dos princípios, possibilitando a passagem de um estado de incerteza inicial para a certeza no final do procedimento de solução do caso”.¹⁶⁸ Pode-se somar a isso o argumento de que, na inexistência de uma comunidade de valores, uma pretensão principiológica universalizante igualmente seria disfuncional: na ausência de uma comunidade internacional, quais princípios aplicar?

Neves propõe uma abordagem distinta, desenvolvida a partir de leituras da teoria dos sistemas, em que identifica as regras como produto de uma observação de primeira ordem, no nível da estrutura de expectativas, enquanto os princípios seriam produtos de uma observação de segunda ordem, não oferecendo critérios definitivos para a solução do caso. Assim, regras e princípios passam a *funcionar* como elementos de equilíbrio entre a *consistência interna* e a *adequação social* do direito:

Não há norma pronta e previamente acabada, a ser aplicada de maneira diversa como regra ou princípio. Isso pressuporia uma externalização da justificação da norma para uma ordem moral com pretensão de validade pragmática universal. O que se passa é que, na observação de primeira ordem, a diferença entre regras e princípios ainda é irrelevante. Quando, na observação de segunda ordem, instaura-se a controvérsia argumentativa em torno do sentido, da validade e das condições de aplicação das respectivas normas, a diferença entre princípios e regras ganha um significado imprescindível para o desenvolvimento consistente e adequado do direito.¹⁶⁹

No plano da *consistência*, as regras cumprem a função de estabilizar expectativas, determinando de forma regular e coerente a conduta; no plano da *adequação*, os princípios permitem a atualização do direito com os desenvolvimentos sociais. Assim, para Neves, o que tratamos ao distinguir regras de princípios é, grosso modo, de equilibrar um tipo de argumentação formal (baseada em regras), com um tipo de argumentação substancial (baseada em princípios),

these elites-and many do-are somehow outside the circuit of "civilization." It can lead us to imagine that we know what justice is, always and everywhere. But, of course, we do not. Justice is not like that. It needs to be made anew in each time and in each place". KENNEDY, David. "One, Two, Three, Many Legal Orders: Legal Pluralism and the Cosmopolitan Dream" *NYU Review of Law and Social Change*, vol.31, 2007, p.659.

¹⁶⁸ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hercules*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p.58.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p.100.

ambas necessárias para que o direito seja, a um só tempo, internamente consistente e externamente adequado.¹⁷⁰ Tal paradoxo, entre conservação e mudança, encontra-se especialmente presente no direito constitucional, vez que, para Neves, funcionando como acoplamento entre Direito e Política, a Constituição “sempre tem duas dimensões: “Constituição como politização do direito” e “Constituição como juridificação da política”¹⁷¹.

Analisar o ciclo da vida das normas proposto por Finnemore e Sikkink sob esta perspectiva jurídica que substitui uma abordagem *qualitativa* por outra *funcional*, permite estabelecer uma conexão entre as formulações teóricas. A mobilização política necessária para a emergência normativa diz respeito a um esforço de observação de segunda ordem (“sentido, validade e aplicação da norma”), que pode vir a conformar um princípio mobilizável para questionar a adequação do direito. A incorporação do princípio passa a gerar problemas de consistência, que culminam na estabilização de novas regras, mais adequadas. Assim, é possível compreender a internalização das normas globais como um processo de estabilização de expectativas normativas em um novo patamar.

Cabe agora responder, na próxima seção, como tais teorias dialogam com o caso concreto da emergência da norma global de responsabilidade individual?

2.5. A norma global de responsabilidade individual

Aplicando a teoria do ciclo da vida das normas globais ao caso da norma global de responsabilidade individual é possível estabelecer um panorama abrangente do processo transnacional envolvido. Com tal panorama em mente, será possível formular uma distinção funcional entre regras e princípios originados nas emergências transconstitucionais, bem como adentrar no estudo da jurisprudência do sistema interamericano de direitos humanos, e da recepção do direito internacional dos direitos humanos por atores estatais e pela jurisprudência das ordens constitucionais domésticas.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p.170.

¹⁷¹ *Ibidem*, p.195.

2.5.1. A Emergência da Norma

A norma global de responsabilidade individual não se encontra expressa de maneira objetiva em nenhum texto legal. Estrutura-se, basicamente, a partir da interpretação de um conjunto de dispositivos legais que sustentam a premissa de que agentes responsáveis por graves violações contra os direitos humanos devem ser responsabilizados por suas condutas, estas sim, tipificadas no direito penal internacional. Tal premissa encontra dois fortes campos de resistência: um primeiro, no âmbito do direito doméstico, um segundo no âmbito do direito internacional.

No direito doméstico, as características gerais da postura de resistência se acomodam (i) em torno da tensão entre vontade da maioria e a garantia dos direitos fundamentais das vítimas; (ii) nos particularismos históricos de cada sistema legal; (iii) ou na segmentação diferenciadora entre direito doméstico e direito internacional. O grande exemplo prático que mobiliza tais obstáculos são as leis de anistia, amplamente utilizadas como mecanismos transicionais ao longo do Século XX.¹⁷²

No direito internacional, as doutrinas da soberania e da imunidade representam, sem nenhuma dúvida, o maior obstáculo à premissa da necessidade de responsabilização individual. Segundo tais doutrinas, os Estados estrangeiros e tribunais internacionais não podem, exceto em situações excepcionais, processar e punir agentes públicos envolvidos em graves violações contra os direitos humanos. Até mesmo a pressão internacional por julgamentos domésticos, no plano diplomático, pode ser lida como uma intromissão em assuntos internos.

A primeira grande quebra de paradigma rumo à afirmação da premissa contida na norma global data dos anos 1940, em um contexto de aplicação daquilo que, mais de cinquenta anos depois, seria definido como “justiça de transição”. Mais especificamente, remonta aos julgamentos de Nuremberg e Tóquio, após a Segunda Grande Guerra.¹⁷³ Embora críticos apontem tais julgamentos como “tribunais de

¹⁷² TORELLY, Marcelo D. *Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 84-90.

¹⁷³ Neste sentido: TEITEL, Ruti. “Genealogia da Justiça Transicional”. In: Reategui, Felix (org.). *Justiça de Transição – Manual para a América Latina*. Brasília/Nova Iorque: Ministério da Justiça/ICTJ, 2011, pp. 135-170. Bem como: SIKKINK, Kathryn. *The Justice Cascade*. Nova Iorque: W. W. Norton and Company, 2011, introduction.

vencedores”,¹⁷⁴ é relativamente pacífico o entendimento de que eles não apenas tiveram um formato efetivamente *jurídico* no processamento dos crimes dos nazistas e seus aliados, como que igualmente estabeleceram uma série de *standards* para julgamentos futuros. A relação geralmente encontrada entre graves violações contra os direitos humanos e regimes autoritários, bem como entre construção democrática e luta por responsabilização dos perpetradores, está refletida no entrecruzamento dos debates de justiça de transição e afirmação da norma global de responsabilidade individual.

A partir dos padrões estabelecidos nos julgamentos do pós-Guerra, especialmente aqueles alusivos à categoria de delitos contra a humanidade, uma ampla doutrina constituiu-se. Como aponta Teitel, que classifica esta fase do pós-Guerra como uma *primeira fase* da genealogia da ideia de justiça de transição, o período seguinte, portanto, a *segunda fase*, foi caracterizada menos por julgamentos, e mais por alternativas domésticas, como o estabelecimento de comissões da verdade.

Tal movimento é um resultado direto do encrudescimento da Guerra Fria, produtor de severa redução na capacidade dos estados em alinharem-se de forma homogênea para o estabelecimento de tratados e tribunais de escala efetivamente global.¹⁷⁵ O modelo de governança global prevalente durante a Guerra Fria era executivo e fulcrado no balanço de poder (como exposto no Capítulo 01). A inflexão do modelo de governança, afastando-se de uma perspectiva de geração de consensos globais, influenciou o modo de processamento das transições. O campo de ação internacional, disputado entre potências hegemônicas, tornou-se incapaz de produzir pactuações amplas como aquelas vistas para o estabelecimento dos tribunais de Nuremberg e Tóquio. Soluções passaram a ser manejadas de maneira prioritariamente doméstica, ou sob influência direta de algum dos polos hegemônicos.

Não obstante, seguindo com um escrutínio alinhado à categorização de Finnemore e Sikkink, resta claro que a *mobilização* transnacional por responsabilização individual tem, aqui, seu início, sendo o exemplo mais evidente

¹⁷⁴ e.g. ELSTER, Jon. *Closing the Books – transitional justice in historical perspective*. New York: Cambridge University Press, 2004.

¹⁷⁵ TEITEL, Ruti. “Genealogia da Justiça Transicional”. In: Reategui, Felix (org.). *Justiça de Transição – Manual para a América Latina*. Brasília/Nova Iorque: Ministério da Justiça/ICTJ, 2011, pp. 135-170.

aquele do esforço de agentes da comunidade judaica e do Estado de Israel pelo processamento de criminosos nazistas, do qual entre muitos, o caso Eichmann tornou-se o mais célebre.¹⁷⁶ As plataformas disponíveis, no caso, eram os próprios estados nacionais e seus sistemas de justiça, mas também as organizações internacionais, vez que nessa época, tanto no âmbito da Organização das Nações Unidas quanto, localmente, da Organização dos Estados Americanos, diversos tratados internacionais sobre direitos humanos foram estabelecidos, demonstrando o esforço de mobilização transnacional para, num primeiro momento, *persuadir* os Estados nacionais e as organizações internacionais sobre a existência de uma obrigação de investigar e punir as graves violações contra os direitos humanos.

É importante destacar que nessa fase, de persuasão, o movimento de emergência normativa não ocorre apenas nas cortes. Como a passagem acima ilustra, embora o espaço privilegiado de *judicialização* dos casos fosse o judiciário doméstico, o espaço de *mobilização* é muito mais amplo. Ao buscar persuadir, os atores que procuram alavancar a emergência da norma trabalham no sentido de demonstrar a inadequação social de uma determinada resposta jurídica.

2.5.2. A cascata da norma

A cascata da norma inicia nos anos 1970 e 1980, quando são julgados os altos agentes de Estado envolvidos em graves violações contra os direitos humanos na Grécia, Portugal e Argentina, seguindo-se, nos anos 1990, um *boom* de julgamentos por crimes análogos em distintos países em todas as regiões do mundo.¹⁷⁷ A cascata da norma, portanto, ocorre no fluxo histórico em que novos estilos de governança e de racionalidades decisórias migram rumo a um modelo tecnocrático-judicial. Além deste, vários outros vetores se somam para produzir a cascata.

¹⁷⁶ Para uma análise: ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

¹⁷⁷ SIKKINK, Kathryn. *The Justice Cascade*. Nova Iorque: W. W. Norton and Company, 2011, pp.96-127.

No interlúdio entre a Era de Nuremberg e a cascata, uma mudança-chave ocorre nos desenvolvimentos da justiça de transição. No período antes referido, que Teitel identifica como a segunda fase dessa genealogia, as alternativas internacionalistas estavam bloqueadas pelo conflito bipolar, produzindo como efeito a necessidade de que os estados nacionais pós-conflito tivessem de lidar domesticamente com seus legados autoritários (naquilo que, metaforicamente, Elster definiu como a necessidade de reconstruir um barco em alto mar)¹⁷⁸. Esse processo fortaleceu a ideia de que, mesmo que anistias fossem válidas, bloqueando a responsabilidade individual, era cogente e imperativa a necessidade de alguma forma de responsabilização, mesmo que abstrata, emergindo um novo paradigma, fulcrado no *princípio de responsabilidade do Estado*. Os modelos de responsabilização estatal deram azo a um conjunto de medidas, consolidadas na literatura sobre justiça transicional nos campos da *verdade* e da *reparação*.

As primeiras comissões da verdade (na acepção hodierna), na Argentina (1983) e na África do Sul (1995) trabalharam, em sentidos distintos, para garantir que alguma forma de reconhecimento e responsabilização fosse possível. Na Argentina, partindo de uma plataforma muito mais social que institucional, mesmo com as idas e vindas na luta por responsabilização criminal,¹⁷⁹ os atores envolvidos no processo de acerto de contas com o passado foram capazes de reunir um enorme volume de informações capazes de demonstrar não apenas a *responsabilidade do Estado*, mas também as *responsabilidades individuais* de diversos agentes públicos e privados nos crimes da ditadura militar (demonstrações estas que, posteriormente, na fase de internalização doméstica da norma, foram – e seguem sendo – úteis aos processos criminais de responsabilização).

Já a Comissão de Verdade e Reconciliação sul africana, que igualmente avançou na assunção de responsabilidade estatal, robusteceu uma norma de anistia, consignando o perdão à revelação da verdade,¹⁸⁰ dando origem a uma ampla literatura sobre o dilema jurídico-moral entre a busca pela verdade ou pela

¹⁷⁸ ELSTER, Jon. *Rendición de Cuentas – La Justicia Transicional en Perspectiva Histórica*. Tradutor: Ezequiel Zaidenweg, Buenos Aires: Katz, 2006, pp.94-95.

¹⁷⁹ Para uma visão geral deste processo, veja-se: FILIPPINI, Leonardo. La persecución penal en la búsqueda por la justicia. In: *Hacer Justicia*. Buenos Aires: Siglo XXI/CELS/ICTJ, 2011, pp. 19-48.

¹⁸⁰ DU BOIS-PEDAIN, Antje. *Transitional Amnesty in South Africa*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2007.

justiça,¹⁸¹ e sobre o cabimento de anistias no direito internacional.¹⁸² O modelo de *trade-off* entre verdade e justiça, neste sentido, exemplifica uma forma de resistência baseada em um particularismo histórico que se opõe a uma tendência global.

Na mesma época também se consolidam os grandes programas de reparações às vítimas. O processo de reparação, por sua natureza mesma, depende do reconhecimento dos crimes. Na América Latina, Argentina, Brasil e Chile foram pioneiros.¹⁸³ Distintos caminhos foram percorridos neste processo, partindo do trabalho prévio de comissões da verdade que identificaram fatos e agentes responsáveis para posteriormente serem reparados os danos, como na Argentina¹⁸⁴; reparando violações reconhecidas por meio do trabalho de comissões que não individualizaram responsabilidades, como no Chile¹⁸⁵; ou, ainda, sendo o trabalho das comissões de reparação anterior ao estabelecimento de uma comissão da verdade, cabendo a elas o reconhecimento original dos fatos, como no Brasil¹⁸⁶.

O dado central e comum a todos esses processos, independente de suas trajetórias singulares, é que se internalizou no regime jurídico doméstico a norma do direito internacional originalmente identificada como a “obrigação de remediar” violações contra os direitos humanos e, conseqüentemente, tantos os regimes domésticos, quanto o sistema interamericano de direitos humanos passaram a reconhecer um direito à reparação de titularidade das vítimas de graves violações contra os direitos humanos. A cascata e a internalização da norma alusiva à

¹⁸¹ Por exemplo: ROTBERG, Robert; THOMPSON, Dennis (orgs.). *Truth v. Justice*. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2000.

¹⁸² PENSKY, Max. “O status das anistias no direito penal internacional”. In: PAYNE, Leigh A.; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. (orgs.). *A Anistia na Era da Responsabilização*. Brasília/Oxford: Ministério da Justiça/Universidade de Oxford, 2011, pp.76-101.

¹⁸³ Para um marco teórico e estudos de caso, confira-se: ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. (orgs.). Dossiê: Reparação. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. Brasília: Ministério da Justiça, vol. 03, Jan./Jun. 2010, pp.40-172.

¹⁸⁴ ARGENTINA. Comisión Nacional Sobre la Desaparición de Personas (CONADEP). *Nunca Mais – informe de la Comisión Nacional Sobre la Desaparición de Personas*. Buenos Aires: EUDEBA, 8ª edição, 2006.

¹⁸⁵ ZALAQUETT, José. “Verdade e Justiça em perspectiva comparada – José Zalaquett responde Marcelo D. Torelly”. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. Brasília: Ministério da Justiça, vol. 04, Jul./Dez. 2010, pp.12-29.

¹⁸⁶ ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. “O programa de reparações como eixo estruturante da Justiça de Transição no Brasil”. In: REATEGUI, Felix (org.). *Justiça de Transição – Manual para a América Latina*. Brasília/Nova Iorque: Ministério da Justiça/ICTJ, 2011, pp. 473-515.

reparação¹⁸⁷ somadas ao idêntico processo de internalização em distintos regimes domésticos, supranacionais e internacionais da norma da responsabilidade estatal contribuirão para o fortalecimento da cascata da norma global de responsabilidade individual.

A internalização nos regimes jurídicos da norma de responsabilidade *estatal* e da obrigação de prover reparações constitui, para estas normas concretas, o ápice de seu ciclo de vida: correspondem à terceira etapa da formação de uma norma global, quando os operadores do sistema jurídico passam a *aplicar* uma norma, sem mais questioná-la. Nesse sentido, a contribuição central da norma global de responsabilidade estatal é que, ao consolidar, primeiro como princípio durante a cascata normativa, depois como regra, estabilizou expectativas quanto a existência de responsabilidade pelas graves violações contra os direitos humanos.

O uso ordinário pelos agentes das burocracias estatais de mecanismos de responsabilização estatal impactará diretamente o processo de desenvolvimento da norma de responsabilidade *individual*, pois permitirá que aqueles atores sociais que antes procuravam *persuadir* sobre a inadequação das leituras jurídicas que viabilizavam a manutenção da impunidade e, paralelamente, quanto a existência de uma obrigação de responsabilizar individualmente os violadores, possam alavancar sua posição. O amplo reconhecimento oficial das violações pelo Estado amplia o senso de inadequação social dos instrumentos jurídicos que garantem a impunidade dos perpetradores diretos das violações reconhecidas, forçando uma nova reflexão sobre a adequação social do direito. Na medida em que o Estado reconhece e um auditório cada vez mais ampliado passa a conhecer a natureza, extensão e gravidade das violações, a mobilização e a pressão social por responsabilização individual se ampliam.

Soma-se ainda o vetor da existência de casos prévios isolados de aplicação da norma de responsabilidade individual ao espólio de violações legado da Segunda Grande Guerra. Para além de apenas buscar *persuadir* atores estratégicos quanto à existência da norma de responsabilidade individual, os casos jurídicos de processos

¹⁸⁷ Sobre este processo de transformação da “obrigação de reparar” dos Estados no direito à reparação das vítimas, veja-se: PARMENTIER, Stephan. “Out of the Ashes: reparations for victims of gross and systematic human rights violations”. In: FEYTER, Koen; PARMENTIER, Stephan; Bossuyt, Marc; Lemmens, Paul (orgs). *The right to reparation for victims of serious human rights violations location*. Antuérpia: Intersentia, Antwerpen, 2005.

de criminosos nazistas permitem a *demonstração* de que tal norma existe tanto no direito internacional, quanto no direito comparado. Ou seja, se os fatos amplamente reconhecidos constituíam crimes contra os direitos humanos, como buscavam persuadir os apoiadores da emergência normativa, existiam precedentes disponíveis para demonstrar a existência de uma norma sobre eles incidente.

A combinação da cascata da norma *individual* com o contexto de internalização da norma responsabilidade *estatal* em regras fortalece, assim, o processo social de luta por justiça, na medida em produz (e é produzido por) uma mudança social radical no enfrentamento da questão da violência de Estado. De um lado, o conteúdo determinado das *regras* alusivas à reparação e à busca da verdade estabelece direitos claros às vítimas e estabiliza expectativas quanto a natureza ilícita dos fatos que produziram a vitimização. De outro, o início do processo de cascata da norma global de responsabilidade individual permite que se estabilize ainda não uma *regra*, mas pelo menos um *princípio* norteador para a necessidade de diferenciação entre formas *abstratas* e *individuais* de responsabilidade, estabelecendo um *novo horizonte reflexivo* dentro do direito “global”.

Dialogando com essa realidade, no contexto latino-americano, a Corte Interamericana de Direitos Humanos passa a cumprir um papel essencial, tanto na formação das cascatas (responsabilidade do estado e reparações e responsabilização individual) no âmbito regional, quanto na afirmação de princípios diretores e na internacionalização de regras estáveis no plano internacional. Fez ainda mais ao pressionar, por via de seus mecanismos de monitoramento de implementação de sentenças, pela internalização das normas internacionais no âmbito doméstico dos Estados-Partes, seja como regras de aplicação direta, seja como princípios orientadores de políticas.¹⁸⁸

A Corte Interamericana, *convencida* da existência da norma, passa a adotar no âmbito transnacional uma estratégia de *demonstração* da sua existência no âmbito interpretativo da Convenção Americana – cuja redação, como já referido, é bastante genérica a esse respeito – produzindo em suas decisões regras de cumprimento obrigatório pelos Estados (internalização de regras no regime

¹⁸⁸ Em casos complexos como: *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*; *Chumbipuma Aguirre e outros vs. Peru (Barrios Altos)*; *Goiburú e outros vs. Paraguai*; *La Cantuta vs. Perú*; *Masacre de La Rochela vs. Colômbia*; *Molina Theissen vs. Guatemala*; *Velásquez-Rodríguez vs. Honduras*.

internacional), e auxiliando no processo de convencimento e demonstração, nos planos domésticos, da existência de regras e princípios atinentes à norma global. Esse movimento, de reconhecimento de normatividade jurídica a uma demanda política pela via interpretativa, é favorecido pelo contexto que combina o declínio da estatalidade com o fortalecimento de mecanismos judiciais de governança.

Como se verá adiante¹⁸⁹, o processo judicial na Corte é contemporâneo aos processos domésticos, especialmente na Argentina e Chile, onde cortes locais referenciam o direito internacional para reler o direito doméstico. Essa simultaneidade é característica do processo de cascata normativa, com várias fontes alimentando a produção de uma mesma emergência. Em um contexto em que não há hierarquia entre os regimes domésticos e internacionais, decisões em cortes locais e internacionais se retroalimentam, fortalecendo a emergência da norma e, posteriormente, sua demonstração por meio do direito comparado, ou da alusão ao regime regional. Cada nova decisão constitui um novo trunfo demonstrativo, deslocando o vetor da emergência normativa rumo à aplicação ordinária da norma como regra ou princípio jurídico.

2.5.3. Internalização doméstica da norma

Instrumentos jurídicos internacionais relevantes, especialmente o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, internalizam a norma global de responsabilidade individual como norma de direito penal internacional e do direito internacional dos direitos humanos. Por meio da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a norma de responsabilidade individual encontra-se igualmente internalizada no direito regional dos direitos humanos na América Latina. Mas é hoje a norma global uma norma efetivamente internalizada nas ordens constitucionais domésticas da América Latina? A resposta pode ser obtida tanto na análise sobre a ratificação destes e de outros tratados internacionais que preveem tal norma, quanto da adesão dos operadores jurídicos do direito doméstico à jurisprudência derivada dos regimes que reconhecem e a aplicam à norma.

¹⁸⁹ Capítulo 03.

Como posto, na perspectiva internacional, a aprovação em 1998 do Estatuto de Roma, que estabelece o Tribunal Penal Internacional (TPI) na Haia, pode ser tomada como ponto de referência. O TPI iniciou suas atividades em 1º de julho de 2002, com poderes para investigar e punir graves violações contra os direitos humanos, e atualmente 122 Estados já aderiram à jurisdição da Corte, o que demonstra um substancial nível de internalização por meio de ratificação (mesmo que Estados estrategicamente relevantes na geopolítica mundial, como Estados Unidos e China, não reconheçam a jurisdição do TPI). Ainda, por meio do direito internacional, dois presidentes no exercício de suas atribuições foram processados por graves violações contra os direitos humanos (Slobodan Milosevic, da Iugoslávia, e Charles Taylor, da Libéria), demonstrando a capacidade da norma global de insurgir-se contra, e vencer, as doutrinas soberanistas da imunidade.

Na perspectiva doméstica, a internalização pode se dar por pelo menos dois caminhos distintos: a implementação ou uso reflexivo de sentenças internacionais e a alteração de legislações domésticas. Nos dois casos, os principais obstáculos jurídicos à internalização da norma global são as anistias domésticas, baseadas nas normas e doutrinas de proteção da soberania, e a questão da “retroatividade” penal.

Como se demonstrará em detalhe no próximo capítulo, com estudos sobre Argentina, Brasil, Chile e Uruguai, o direito internacional dos direitos humanos e as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos desempenharam relevante papel na internalização da norma global nas ordens constitucionais domésticas. Enquanto a Argentina desenvolveu uma doutrina própria, por meio da aplicação direta do direito internacional, Chile e Uruguai processaram graves violações sob influência de decisões emanadas do tribunal sediado em San José da Costa Rica. Ainda, o Brasil debate formas de implementação da sentença do caso *Julia Gomes Lund e outros*.¹⁹⁰

A maioria dos países, durante ou imediatamente após a cascata da norma, estabeleceu mecanismos domésticos que tornam a norma global aplicável, entre eles a tipificação dos crimes contra a humanidade, a vedação e imprescritibilidade da tortura, a tipificação e declaração da imprescritibilidade do crime de genocídio,

¹⁹⁰ Veja-se, por exemplo, o documento que consolida a mudança de posição do Ministério Público Federal sobre este tema: BRASIL. Ministério Público Federal. 2ª Câmara de Coordenação Criminal. “Documento nº 02/2011”. In: *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. Brasília: Ministério da Justiça, vol. 07, Jan./Jul. 2012, pp.358-371.

entre outros. O grande debate corrente, não obstante, é quanto à aplicação destes dispositivos para os crimes do passado. A doutrina (assim como a prática judicial) divide-se entre aqueles que entendem que, sopesado o direito internacional, tais normativas não podem ser aplicadas ao passado, sob pena de caracterização de retroatividade penal;¹⁹¹ e aqueles que entendem que, seja por meio da aplicação direta do direito internacional,¹⁹² seja por uma aplicação não retroativa, mas sim retrospectiva, do próprio direito constitucional doméstico,¹⁹³ é possível a utilização da norma global a fatos que ocorreram antes mesmo da posituação explícita no regime doméstico.

Ou seja: não se discute mais a própria *existência* de uma norma, mas sim, primeiramente, seu momento de *institucionalização* (se aquele do direito internacional, ou aqueles dos direitos domésticos) e, em segundo lugar, debate-se a natureza jurídica da norma durante o período entre a institucionalização das regras internacional e domésticas. Deve ser aplicada enquanto *regra* de direito internacional que colide com regra de direito interno, conforme o fez o Supremo Tribunal Federal brasileiro no julgamento da ADPF n.º 153/2008, priorizando uma argumentação soberanista que conduziu ao afastamento do dispositivo internacional, num modelo de *resistência*? Como regra de direito internacional que se impõe ante a regra doméstica posterior, num modelo de *convergência*, como no caso Argentino e seus julgados na Suprema Corte de Justiça da Nação? Ou deve ser aplicada enquanto *princípio* internacional matizador da leitura do direito doméstico, sendo sopesado com seus dispositivos, num modelo de *articulação*, como fez a Suprema Corte Chilena em diversos casos alusivos ao regime Pinochet?

Os estudos individuais dos casos acima serão objeto do próximo capítulo, antes deles cabendo retomar e concluir a questão sobre ser a norma global emergente uma *regra* ou um *princípio*. Tal questão guarda implicações quanto ao tipo de aplicabilidade da norma pelas cortes. A tese aqui defendida é que a própria

¹⁹¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antonio; SWENSSON Jr., Lauro Joppert (orgs). *Justiça de Transição no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁹² VENTURA, Deisy. “A interpretação judicial da Lei de Anistia no Brasil”. In: PAYNE, Leigh A.; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. (orgs). *A Anistia na Era da Responsabilização*. Brasília/Oxford: Ministério da Justiça/Universidade de Oxford, 2011, pp.308-343. PIOVESAN, Flávia. “Direito Internacional dos Direitos Humanos e a Lei de Anistia: o caso brasileiro”. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. Brasília: Ministério da Justiça, vol. 02, Jul./Dez. 2009, pp.176-189.

¹⁹³ TORELLY, Marcelo D. *Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

evolução da norma global oferece respostas, relacionadas ao desenvolvimento de seu ciclo vital.

2.6. Entre adequação e consistência: a diferença funcional na aplicação da norma global de responsabilidade individual

A distinção entre regras e princípios foi formulada para pensar a aplicação das normas. Independentemente de qualquer teorização, tem, portanto, um fito prático. Resta inequívoca a existência de uma norma global de responsabilidade individual quanto as graves violações contra os direitos humanos, articulada tanto no direito internacional, quanto nos direitos domésticos. Cabe, portanto, o questionamento: tal norma traduz uma *regra* ou um *princípio*? Na perspectiva deste estudo, o problema apresenta-se como um problema global, atrelado a um direito da sociedade mundial, heterárquico e organizado em fragmentos constitucionais (para usar o vocabulário de Gunther Teubner),¹⁹⁴ ou em “regimes”¹⁹⁵ (como mais ao gosto do direito internacional). Trata-se, portanto, de um problema de dimensões *transconstitucionais*.¹⁹⁶

Assim, a norma global de responsabilidade individual, entendida como uma *norma transconstitucional*, reintroduz no debate a questão da hipercomplexidade da sociedade mundial, pontuada na crítica de Neves às teorias de Dworkin e Alexy, e na crítica de Kennedy à ideia de “comunidade internacional”¹⁹⁷. Como tais teorias nos auxiliam a entender a natureza da norma global em questão?

As primeiras formulações sobre a norma global, mais especificamente focadas na obrigação internacional dos Estados em investigar e punir as violações graves contra os direitos humanos, tendiam a apontar que tal obrigação deriva de uma *regra*. A então futura relatora especial das Nações Unidas para o combate à impunidade, Diane Orentlicher, em 1991, defendia que o conjunto de textos legais

¹⁹⁴ TEUBNER, Gunther. *Constitutional Fragments: societal constitutionalism and globalization*. New York: Oxford University Press, 2012.

¹⁹⁵ YOUNG, Margaret A. (org.). *Regime Interaction in International Law*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2012.

¹⁹⁶ Vide seções 3.1 e 3.2, bem como: NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martis Fontes, 2009.

¹⁹⁷ Discutida na seção 2.4.2.

existentes (os legados de Nuremberg, a Convenção contra a Tortura, a Convenção contra o Genocídio, o Direito Internacional Consuetudinário, as convenções de Direitos Humanos e, ainda, o Direito Comparado), apontavam para a existência de uma norma cuja natureza, para usar a categoria de Alexy, conteria uma *determinação*.¹⁹⁸ Ante a dados crimes, não caberia escolha que não a responsabilização individual. Tal posição não se alterou quando Orentlicher atualizou o *Conjunto de Princípios para o Combate à Impunidade*, das Nações Unidas.¹⁹⁹

Com o passar do tempo – e sem abandonar a perspectiva pró-norma global – Orentlicher reorientou seu pensamento, passando a considerar que o contexto político *local* (uma dimensão fática, portanto, externa ao sistema do direito), afetaria a própria percepção da *adequação* da aplicação *doméstica* da norma global enquanto *regra* de direito internacional, pontuando, em 2007, que:

Enquanto essas tendências [novos desenvolvimentos da Justiça de Transição] significam uma poderosa afirmação da norma global em favor da responsabilização criminal por crimes atrozes, os profissionais praticantes da justiça de transição estão mais conscientes do que em qualquer momento anterior de que não pode existir uma abordagem do tipo *one-size-fits-all* para a justiça de transição. Assim também estão os oficiais das Nações Unidas que afirmaram com robustecida convicção ‘a posição de que anistias não podem ser concedidas em relação a crimes internacionais’. Dada a extraordinária extensão das experiências e culturas nacionais, como pode alguém imaginar que exista uma fórmula universal relevante para a justiça de transição?²⁰⁰

Tal posição foi revista após uma série de experiências concretas. Primeiro, o alegado êxito da Comissão Nacional da Verdade e do excepcionalismo sul africano. Depois, o fracasso de alguns tribunais *ad hoc*, como o para Ruanda, em estabelecer processos duradouros de paz, não pela desnecessidade da justiça criminal, mas por

¹⁹⁸ ORENTLICHER, Diane F. “Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime”. In: *The Yale Law Journal*, Vol. 100, No. 8, Jun.1991, pp. 2537-2615.

¹⁹⁹ ORENTLICHER, Diane F. *Report of the Independent Expert to Update the Set of Principles to Combat Impunity*. UN Doc. E/CN.4/2005/102 Feb. 18, 2005.

²⁰⁰ Tradução livre, no original: “But while these trends [new developments in Transitional Justice] signify powerful affirmation of a global norm in support of criminal accountability for atrocious crimes, professional practitioners of transitional justice are more aware than ever before that there cannot be a one-size-fits-all approach to transitional justice. So, too, are officials of the same United Nations that has affirmed with ever-strengthening conviction ‘the position that amnesties cannot be granted in respect of international crimes.’ Given the extraordinary range of national experiences and cultures, how could anyone imagine there to be a universally relevant formula for transitional justice?”. ORENTLICHER, Diane F. “‘Settling Accounts’ Revisited: Reconciling Global Norms with Local Agency”. In: *The International Journal of Transitional Justice*, vol. 01, 2007, p.18.

sua incompletude. Nesta segunda interpretação dada por Orenlitcher, os textos internacionais que sustentam a norma global poderiam ser lidos como *regras internacionais*, mas também como base funcional para *princípios domésticos*, que, na linguagem de Alexy, deveriam ser otimizados *na medida do possível*. Porém tal abordagem é insatisfatória. “A medida do possível”, em muitos contextos pós-conflito (quando não na maioria), significaria nenhuma responsabilização individual.

Uma abordagem segundo a teoria de Dworkin, considerando a norma global enquanto *regra*, esbarraria diretamente no problema das anistias, que também teriam natureza de regras. Ter-se-ia, portanto, uma situação de colisão de uma regra nacional com outra internacional e, na impossibilidade de escolher “a melhor”, o único recurso possível seria o de buscar um *princípio ponderador*. Portanto, aqui também, a norma global teria uma natureza principiológica, vez que sua prevalência se basearia em uma “*exigência de justiça ou equidade*”.

A perspectiva de Dworkin, portanto, melhor soluciona a questão do que aquela de Alexy, porém incide diretamente naquilo que Elster critica: ao resolver o problema do conflito desde uma perspectiva da moralidade pública, ignora imperativos formais do direito.²⁰¹ Ao gerar *adequação*, prejudica fortemente a *consistência*. Neste sentido, o direito constitucional não funcionaria como *mediador* entre direito e política. Ele *seria* política pura e simples.

Mais ainda, experiências concretas apontam que a moralidade comunitária poderia não entender a responsabilidade individual como “*justiça e equidade*”. No caso Sul Africano, não ocorreram sequer questionamentos em foro judicial quanto a anistia ofertada em troca da verdade, nem nas cortes domésticas, nem no sistema regional de direitos humanos. Se tivesse ocorrido (ou venha a ocorrer – o que não parece possível passados quase 20 anos), muito provavelmente o resultado seria a manutenção da anistia. O caso brasileiro, mesmo que ainda em desenvolvimento, aponta na mesma direção. Pesquisas de opinião indicam uma tendência geral da moralidade pública em denegar uma alteração da lei de anistia de 1979,²⁰² e no

²⁰¹ ELSTER, Jon. *Rendición de Cuentas – La Justicia Transicional en Perspectiva Histórica*. Tradutor: Ezequiel Zaidenweg, Buenos Aires: Katz, 2006, p.108.

²⁰² Portal Terra. “Datafolha: 45% são contra punição a torturadores da ditadura”. Disponível em: <http://noticias.terra.com.br/brasil/datafolha-45-sao-contra-punicao-a-torturadores-da-ditadura,915a4bc92690b310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>. A mesma pesquisa indica que 40% seriam favoráveis.

mesmo sentido manifestou-se (a nosso ver equivocadamente)²⁰³ o Supremo Tribunal Federal na Ação de Descumprimento Fundamental n.º 153/2008, que questionava a anistia a graves violações contra os direitos humanos.

A transferência do debate para o plano internacional, igualmente poderia ser insatisfatória. A “comunidade internacional”, heterogênea, não tem a justiça criminal como um valor prioritário e, mais ainda, como visto a partir do exemplo da segunda fase da genealogia da justiça transicional, tida durante o segundo momento de desenvolvimento do atual projeto hegemônico de governança global, perspectivas que vinculam o direito ao balanço de poder tendem a repelir alternativas administrativas ou jurídicas que demandam um alto nível de consenso internacional.

Enfrentando o problema da hipercomplexidade social, Neves aponta para a constante tensão entre a “justiça interna”, relacionada à consistência do sistema do direito, e a “justiça externa”, relacionada à adequação social do direito:

Não se pode imaginar um equilíbrio perfeito entre consistência jurídica e adequação social do direito, a saber, entre justiça constitucional interna e externa. A justiça do sistema jurídico como fórmula de contingência importa sempre uma orientação motivadora de comportamentos e expectativas que buscam esse equilíbrio, que sempre é imperfeito e se define em cada caso concreto. Por um lado, um modelo de mera consistência constitucional conduz a um formalismo socialmente inadequado. [...] Por outro lado, um modelo de mera adequação social leva a um realismo juridicamente inconsistente.²⁰⁴

Neste sentido, partindo da formulação de Neves, que aponta para “o paradoxo da relação entre consistência jurídica, associada primariamente à argumentação formal com base em regras, e adequação social do direito, vinculada primariamente à argumentação substantiva com base em princípios”,²⁰⁵ bem como da teoria sobre o ciclo de vida das normas globais de Finnemore e Sikkink, temos que a mobilização social produz alterações na percepção da *adequação* do direito, que, depois, tende a gerar novas regras que redundam em novas formas de *consistência*. Torna-se especialmente interessante refletir sobre essas mudanças

²⁰³ Uma abrangente crítica a esta decisão encontra-se disponível em: TORELLY, Marcelo D. *Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp.299-360. Como também em: MEYER, Emílio Peluso Neder. *Ditadura e Responsabilização*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. SILVA FILHO, José Carlos Moreira. “O julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal e a inacabada transição democrática brasileira”. In: Soares, Inês Virginia; Piovesan, Flávia (orgs.). *Direito ao Desenvolvimento* Belo Horizonte: Fórum, 2010, pp.515-545.

²⁰⁴ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hercules*. São Paulo: WMF, 2013, p.225.

²⁰⁵ *Ibidem*, p.170.

sociais e sua capacidade de alterar o direito, estabelecendo novos padrões de decisão que, por sua vez, estabilizam novas formas de consistência.

A combinação destas leituras permite escapar da armadilha de procurar, aprioristicamente, nos textos legais, por regras ou princípios. Na interpretação que aqui se propõe, a norma se faz na prática dos atores sociais e jurídicos, e sua aplicação é condicionada ao contexto social. Em um sistema legal onde o processo jurídico transnacional implica em uma dinamização das formas normativas, a aplicação da norma global como regras ou como princípio é *funcionalmente determinada* por seu estágio de desenvolvimento. Ou seja, por seu ciclo de vida, funcionando primeiro como princípio, na fase de *persuasão*, depois como princípio com contornos de regra na fase de *demonstração* e, finalmente, como regra, doméstica ou internacional, após a *internalização* definitiva pelos regimes jurídicos, passando a ser aplicada ordinariamente. Assim, ocorre uma migração de uso da norma do plano reflexivo para o plano normativo.

Após a fase de *persuasão* sobre a existência das normas globais, com sua gradual institucionalização em diferentes planos (doméstico, regional, supranacional, internacional) os atores jurídicos determinantes no processo de consolidação atuam em sentido *demonstrativo*, sendo essa mudança aquela que viabiliza a cascata. Após a cascata, a norma pode ou não internalizar-se. Ao questionarem a leitura dada ao direito, os atores que se mobilizam pela emergência normativa não apontam, em um primeiro momento, a existência de uma determinação no plano normativo, mas sim procuram persuadir sobre uma leitura principiológica questionadora de um determinado *status quo*. O êxito em persuadir coaduna em decisões jurídicas que, ao promoverem uma reflexão de segunda ordem sobre a adequação social do direito interpretativamente dão forma a um princípio, justificando a mudança legal, mas também dão forma a um comando jurídico-normativo determinado. O processo de repetição de decisões gradualmente altera a tendência interpretativa majoritária e, promovendo tal inversão, estabiliza em um novo patamar o direito. A situação que era complexa, gradualmente, se torna ordinária, equilibrada em determinado patamar.

Nesse sentido, os princípios derivados de normas globais passaram a integrar a *estrutura reflexiva* do sistema jurídico mobilizado no processo de governança transversal dos direitos humanos, incidindo em conflitos normativos plurais e

complexos cujas regras prévias geravam expectativas antagônicas, como aquelas que determinam punir, e aquelas que determinam anistiar. Funcionam, portanto, como um mecanismo de *transconstitucionalização reflexiva*, em que são levados em conta na resolução interpretativa de problemas de sentido, validade e aplicação do direito em problemas jurídicos que superpõem regimes regulatórios e explicitam tensões sociais latentes quanto a adequação social do direito.

A mobilização social local e transnacional é que permitiu a transformação (ou não) da leitura dos dispositivos jurídicos atrelados à norma global como *princípios reflexivos*, que matizam a interpretação judicial e as políticas públicas (caso das políticas de responsabilização abstratas, características da segunda fase da justiça transicional), ou *regras de aplicação simples* nos sistemas jurídicos domésticos (caso dos processos de responsabilização pós-atrocidade em inúmeros países), transmutando-os de estrutura *reflexiva* à estrutura normativa *determinante*. Ou seja: estabilizando um processo reflexivo em uma estrutura normativa, doméstica ou transconstitucional, permanente.

Por que, na Argentina, o princípio da responsabilidade individual foi internalizado, encerrando naquele contexto o ciclo de consolidação da norma,²⁰⁶ e permitindo a solução padronizada em regras daquilo que antes era conflitivo, enquanto, no Brasil, a norma global enfrenta resistência por parte do sistema doméstico?²⁰⁷ Possíveis caminhos para essa investigação dialogam com as diferentes formas, tempos e intensidades da mobilização social em torno do tema.²⁰⁸ Ou seja: com a relação entre mudança social e mudança legal.

Foi o processo de mobilização, doméstico e transnacional, que permitiu a construção de um senso de *inadequação* das medidas de impunidade atreladas aos princípios soberanistas e, mesmo, aos princípios democráticos, viabilizando, no plano internacional, a emergência de normas globais que, primeiro, estabilizaram-se

²⁰⁶ SIKKINK, Kathryn. *The Justice Cascade*. Nova Iorque: W. W. Norton and Company, 2011, pp.87-95.

²⁰⁷ Sobre esta resistência, veja-se: ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. "Resistance to change: Brazil's persistente amnesty and its alternatives for Truth and Justice". In: LESSA, Francesca; PAYNE, Leigh A. (orgs). *Amnesty in the Age of Human Rights Accountability*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2012, pp.152-180.

²⁰⁸ ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. "Mutações no conceito de anistia na Justiça de Transição brasileira: a terceira fase da luta pela anistia". In: *Revista de Direito Brasileira*. São Paulo: Conpedi/Thomson Reuters, Ano 02, vol. 03, Jul./Dez. 2012, pp.375-380.

como *princípios*, funcionando como mecanismos reflexivos de segunda ordem que forçaram o questionamento das *regras* de impunidade nos planos doméstico e internacional, alterando a própria dinâmica de *consistência* do direito. A percepção de inadequação força uma mudança no padrão decisório que, por sua vez, estabiliza um novo referencial, reconstituindo a consistência formal em um patamar socialmente mais adequado.

Um direito internacional socialmente adequado, na chamada Era dos Direitos Humanos, necessariamente é incompatível com a impunidade. Assim, os princípios anti-impunidade se constituíram em plataforma para a mudança do sistema jurídico, tanto para a constituição de novas *políticas públicas* de assunção de responsabilidades abstratas, baseadas no *princípio da responsabilidade estatal*, quanto de *regras* anti-impunidade individual derivadas do *princípio da responsabilidade individual*. Na “cascata da justiça”, primeiro *persuade-se* sobre a existência dos *princípios* que, na medida em *convencem* os atores relevantes sobre sua *adequação*, institucionalizam-se, e passam a então permitir a *demonstração* da existência da norma. Os desenvolvimentos peculiares a cada contexto local simplificam, de distintas maneiras e por distintos processos, o conteúdo, ainda complexo e abstrato, dos princípios, passando a constituir *regras* determinadas.

No processo doméstico, para internalização das normas globais, a mesma mobilização é demandada. Focando-se apenas na dimensão da *consistência* do Direito, a tendência dos tribunais (como de qualquer outra instituição) é *contrária* à mudança. A mudança pró-responsabilização só ocorre se, pelo tensionamento na esfera política, o direito constitucional é pressionado pela mudança social. Novamente, é necessário *persuadir* sobre a *inadequação* social das regras de impunidade para que estas possam abrir espaço para a cascata normativa e a afirmação da norma global.

Mesmo que não seja perfeita, essa abordagem, que abandona a predeterminação da natureza das regras e princípios, permite uma maior abertura da teoria do direito para o entendimento do fenômeno da emergência normativa em escala global, de suas relações com o direito doméstico, e dos novos atores que o processo transnacional incorpora e empodera. O processo de consolidação das normas globais é, em grande medida, um processo de irradiação do direito comparado, do direito internacional e do direito regional, que contagia o direito

doméstico, e igualmente dele se alimenta, criando um espaço transnacional de governança. Funcionando em meio a este emaranhado de superposições e hiatos normativos heterárquicos as normas globais são, também, muitas vezes assimétricas ou mesmo contraditórias. Daí que a existência de assimetrias e hiatos é, hoje, uma característica dos próprios processos de governança transversal que procuram equacionar perspectivas conflitantes entre regimes e ordens jurídicas.

A chave para entender o modo como a mobilização política transnacional utiliza instituições de governança regionais, internacionais e supranacionais para produzir mudanças no escopo e aplicação de direitos constitucionais no plano doméstico é, justamente, compreender como as interações entre atores sociais e institucionais, jurídicos e políticos, públicos e privados, ocorrem em meio a esse circuito cuja estrutura é radicalmente distinta daquela do direito doméstico. Daí Orentlicher estabelecer o necessário link entre as estratégias de mobilização adotadas para superar obstáculos no plano dos Estados nacionais e o processo de desenvolvimento das normas globais no plano doméstico, afirmando que “crucialmente, as normas jurídicas internacionais atinentes ao processamento de crimes atrozes desempenharam um papel importante permitindo [...] aos países superar barreiras de outras maneiras intransponíveis para a persecução”²⁰⁹.

Abandonando uma perspectiva estritamente doméstica do direito, ou uma perspectiva dualista que antagoniza direito doméstico e direito internacional, é possível entender as normas globais como produto de complexos processos sociais de tensionamento de estruturas jurídicas que, embora fragmentárias, comunicam-se constante e permanentemente, de formas harmoniosas e dissonantes. Os princípios e as regras desse direito “global”, que produz tanto normas constitucionais, quanto normas ordinárias, afasta-se completamente de uma leitura hierarquizante que percebe os princípios como estruturas superiores às regras (a soberania nacional, inclusive, é um princípio); mas também de uma leitura de otimização, vez que os valores da própria sociedade mundial não são homogêneos (punir é melhor investimento que desenvolver a economia, em um contexto de recursos escassos?).

²⁰⁹ Tradução livre, no original: “crucially, international legal norms concerning prosecution of atrocious crimes have played an important role in enabling [...] countries to overcome otherwise insurmountable barriers to prosecution”. ORENTLICHER, Diane F. “‘Settling Accounts’ Revisited: Reconciling Global Norms with Local Agency”. *The International Journal of Transitional Justice*, vol. 01, 2007, p.22.

No contexto do surgimento de normas globais se explicita a tensão entre a necessidade de adequação e de consistência do direito não apenas no plano doméstico, mas também no plano de uma sociedade mundial plural, de normatividades entrecruzadas. Ainda, novas questões surgem, vez que o deslocamento do debate sobre a observância do direito internacional para o de sua influência, traduzido em processos reflexivos e normativos de transconstitucionalização implica numa nova discussão, sobre a natureza e os limites da identidade constitucional doméstica em um mundo globalizado. A América Latina tem produzido soluções inovadoras no campo dos direitos fundamentais, permitindo o desabrochar de verdadeiros processos de governança transversal dos direitos humanos, objeto da Parte II desta tese.

PARTE II

GOVERNANÇA TRANSVERSAL NA AMÉRICA LATINA: TRANSCONSTITUCIONALIZAÇÃO DOMÉSTICA NO SISTEMA INTERAMERICANO E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

3. Transconstitucionalização doméstica dos Direitos Fundamentais no Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Entre as características [do processo de transnacionalização] se pode esperar por um conjunto de participantes mais alargado que os Estados nacionais, incluindo organismos e indivíduos estatais e não estatais, atores econômicos (empresariais); entidades morais, religiosas e acadêmicas; e organizações internacionais. Essas características incluirão elementos de "legitimação democráticas" e algumas noções de prerrogativas democráticas [*"democratic entitlement"*], não apenas para os Estados nacionais, mas também para as instituições internacionais. Características validatórias provavelmente incluirão elementos de eficiência e de capacidade de levar a cabo apropriadamente o desenvolvimento de objetivos institucionais e construir técnicas para superar a "rigidez dos tratados" de modo as instituições evoluam em um mundo em mutação. É cada vez mais provável que uma estrutura institucional legal de algum tipo será vista como uma parte necessária de qualquer instituição internacional desse tipo, e que o uso da força ou outras ações concretas impostas a sociedades locais serão limitadas por estruturas institucionais e jurídicas. Isto é, em essência, uma abordagem "constitucional" para o direito internacional. Assim, os internacionalistas terão de "se transformar" em constitucionalistas.

John A. Jackson, 2003²¹⁰

²¹⁰ Tradução livre, no original: "Among those characteristics [of the process of Nation State substitution for international organizations] one can expect a broader set of participants than just nation-states, but also nonstate and nongovernmental bodies and individuals, including economic (business) actors; moral, religious, and scholarly entities; and international organizations. Those characteristics will likely include elements of "democratic legitimization" and some notions of "democratic entitlement," not only for nation-states, but also for international institutions. Validating characteristics will also likely include elements of efficiency and the capacity to carry out appropriately developed institutional goals and to build in techniques for overcoming "treaty rigidity" so that the institutions can evolve to keep up with the changing world. It is more and more probable that a juridical institutional structure of some kind will be seen as a necessary part of any such international institution, and that the use of force or other concrete actions impinging on local societies will be constrained by the institutional and juridical structures. This is, in essence, a "constitutional" approach

Para analisar modos e impacto da transconstitucionalização nos processos de governança transversal dos direitos fundamentais, aprofunda-se neste capítulo o recorte geográfico, focando no caso da América Latina, com exemplos de usos domésticos do direito e das decisões internacionais na jurisprudência e construção de políticas públicas dos Estados da região. Mais concretamente, em casos de luta contra a impunidade na Argentina, Brasil, Chile e Uruguai. Para além da verificação do uso de normativas difusas do Direito Internacional, serão analisadas especialmente aquelas originadas pelo sistema regional de direitos humanos.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos se articula por meio de dois órgãos distintos e independentes. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, baseada em Washington-DC, Estados Unidos, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, baseada em San José da Costa Rica. Enquanto a Comissão tem um mandato com amplos poderes para monitorar situações alusivas a direitos humanos na região, em casos concretos ou por relatorias especiais, e recomendar medidas aos Estados-Partes, a Corte cumpre um papel de tribunal “estrito senso”, resolvendo casos envolvendo denúncias contra Estados. As petições alegando violação a direitos garantidos na Convenção Americana de Direitos Humanos sempre são endereçadas à Comissão. Esta as aceita ou não e, em aceitando, produz o processo de instrução que pode conduzir a diferentes soluções, desde o arquivamento da petição, passando pelo estabelecimento de uma solução amistosa negociada entre vítimas e Estado ou pela emissão de recomendações, até, finalmente, a eventual remessa do caso para julgamento pela Corte. A Comissão ainda detém prerrogativa para expedir medidas cautelares em casos.

A Corte Interamericana, por sua vez, funciona dentro dos moldes tradicionais de um processo baseado no princípio do contraditório, em que supostas vítimas de um lado, Estado de outro, disputam o reconhecimento de fatos e direitos. Nos casos de condenação, a própria Corte monitora a implementação das sentenças, que podem determinar desde medidas de reparação simbólica e econômica, até a adequação de políticas públicas e revisão de disposições legais. Desta feita,

to international law. Thus, international lawyers must "morph" into constitutional lawyers". JACKSON, John H. "Sovereignty-Modern: A New Approach to an Outdated Concept," *American Journal of International Law*, vol.97, 2003, p.802.

predomina um entendimento de que a Corte é um órgão judicial, enquanto a Comissão é um órgão quase-judicial, combinando elementos de atuação política com outros mais próximos aos de um tribunal.

Considerando a perspectiva de explorar processos de “governança” transversal, e não somente de “litígio” internacional, o estudo verificará casos tanto da Corte, quanto da Comissão, procurando identificar os novos agentes que funcionam como atores constitucionais transversais nas interações entre o regime regional e as ordens domésticas.

A primeira seção do capítulo se debruça sobre dois casos da Comissão. Primeiro, aquele que levou a Argentina a rever uma decisão da Suprema Corte e estabelecer nova legislação garantindo bases legais para a extração compulsória de DNA em processos criminais. Depois, outro no qual o Brasil recebeu recomendações para ajustar sua estratégia de enfrentamento à violência doméstica contra a mulher. Partindo do ensejo dos casos, são escrutinados os atores envolvidos, a ideia de litígio estratégico, e os impactos constitucionais derivados do processo de governança transversal dos direitos humanos.

A segunda seção se foca em casos da Corte. Retomando e aprofundando o debate sobre a norma global de responsabilidade individual articulado no capítulo anterior, analisa-se como Argentina, Brasil, Chile e Uruguai responderam, domesticamente, à insurgência da norma. Tais Estados, em seus processos de justiça transicional, aprovaram leis de anistia amplas, cujo conteúdo parcialmente colide com o da norma global de responsabilidade individual. Assim, o problema jurídico de ‘se’ e ‘como’ responsabilizar os perpetradores de graves violações contra os direitos humanos entrou na agenda de um grande número de atores sociais, alcançando instituições domésticas e internacionais, de natureza jurídica e política.

A interação entre esses diversos atores sociais e institucionais conformou diversos resultados. Entre a “anistia em branco” dos regimes domésticos e a “obrigação de investigar e punir” do direito internacional, diversas soluções jurídicas foram construídas. Se compreendidas sob a perspectiva interna e estrita da ordem jurídica doméstica ou do regime do direito internacional dos direitos humanos, ambas as possibilidades legais são absolutas, porém, na solução do problema jurídico enquanto problema transconstitucional, mediações foram construídas explicitando as duas dimensões constitucionais que a governança transversal mais

tensiona: o papel da constituição como mediadora entre direito e política, e seu crescente papel de mediadora entre o doméstico e o internacional.

Argumenta-se que na Argentina um uso transconstitucional reflexivo do direito internacional está presente desde o início do processo de luta contra a impunidade, resultando em um exitoso processo de persuasão das cortes pelos atores sociais pró-justiça. Também, aqui, surgem os primeiros traços do que viria a se definir como um “controle de convencionalidade” (tópico que será aprofundado no capítulo final da tese), adequando a ideia de revisão judicial à necessidade de efetivação normativa da Convenção Americana de Direitos Humanos em termos análogos àquele praticado nas ordens domésticas em foro de controle de constitucionalidade. Nas seções seguintes do capítulo o caso argentino volta a ser escrutinado, tanto no que diz respeito à abertura constitucional ao direito internacional, quanto ao que concerne à extensão dos efeitos domésticos da jurisdição internacional e ao exercício regular de controle de convencionalidade por cortes domésticas, explicitando uma forte tendência à *transconstitucionalização normativa*, conformando padrões de *convergência*. Ou seja, a uma ampla consideração do direito e das decisões internacionais como vinculantes no direito interno, e a obrigação estatal de dar efetividade a tal direito.

O caso chileno, por sua vez, ilustra formas de *transconstitucionalidade reflexiva* para uma *articulação* entre direito doméstico e direito internacional. É um caso que delinea as fontes normativas múltiplas que se acumulam para a produção da cascata das normas globais. No processo de implementação da norma global, o Chile primeiro contornou a lei de anistia utilizando conteúdos jurídicos exclusivamente domésticos, para somente em um segundo momento enfrentar o conflito normativo entre a legislação doméstica e a norma global, incorporando o direito internacional como critério para o enquadramento e processamento de crimes sem necessariamente reconhecer sua normatividade vertical.

O caso brasileiro permite duas ilustrações. Primeiro, a da operacionalização judicial de uma lógica de *resistência* ao direito internacional e, conseqüentemente, de uma negação da possibilidade de uma governança transversal. Mas, também, a de uma abertura institucional pontual ao processo jurídico transnacional, que excede o simples diálogo entre cortes transbordando para outras instituições. Apesar da resistência do judiciário em articular a normativa internacional no processo de

tomada de decisões domésticas, instituições estatais relevantes, como o Ministério Público Federal, engajaram-se no esforço de implementação de decisões internacionais e, persuadidas, passaram a procurar demonstrar a existência de uma norma de responsabilidade, tensionando internamente o sistema de justiça por maior adequação social. O caso brasileiro ilustra tanto um processo de resistência quanto de articulação, sendo impreciso no momento afirmar se o esforço de articulação empreendido pelo Ministério Público será exitoso nas cortes, deslocando o modelo para algo similar ao chileno, ou se as cortes seguirão resistindo a considerar o direito internacional.

Finalmente, o caso uruguaio oferece um duplo exemplo de *articulação* e *transconstitucionalização reflexiva*. Em um processo social marcado por uma polarização política persistente, a anistia uruguaia foi objeto de inúmeros debates domésticos, incluindo um referendo e um plebiscito, ambos nacionais, e diversas medidas legislativas. Assim como no caso brasileiro, o direito internacional será incorporado tardiamente ao debate, mas demandará respostas institucionais. A corte constitucional decidirá pela inconstitucionalidade da anistia em 2009 e, em 2013, pela inconstitucionalidade de lei aprovada, em atenção a uma decisão da Corte Interamericana eliminando prazos prescricionais e classificando os delitos promovidos pelos agentes da repressão como contra a humanidade. Assim, usará reflexivamente o direito internacional tanto para ampliar, quanto para restringir a efetividade da norma global de responsabilidade individual, ilustrando dois momentos em que ocorreram formas de governança transversal, primeiro com a priorização do conteúdo normativo internacional, depois do doméstico.

Considerando o argumento central aqui esposado, de que o modelo de governança hegemônico confere um importante protagonismo ao judiciário, a análise das respostas jurisdicionais concretas ao problema da colisão entre as anistias e a norma global permite a composição de um quadro analítico sobre como o direito constitucional vem sendo utilizado para estabelecer fronteiras entre política e direito, e entre interno e externo, e quais mecanismos mobiliza para esse fim. Assim, após a análise dos casos emblemáticos, a terceira seção do capítulo escrutina a relação entre arquitetura institucional e transconstitucionalização.

Inicialmente, são mapeadas as oito constituições latino-americanas cuja arquitetura favorece o processo de interação normativa, inaugurando dois caminhos

para o seguimento da investigação: Primeiro, explorando como os tribunais interpretam os comandos de abertura, diferenciando o caso argentino, em que as cortes dão interpretação extensiva ao comando constitucional de abertura, do caso brasileiro, em que o processo interpretativo reduz as possibilidades de formas de transconstitucionalização normativa. Segundo, por meio da discussão quanto à emergência do instrumento do controle de convencionalidade, que será discutido de maneira ampliada no capítulo final do estudo.

3.1. Processo jurídico transnacional na Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o uso do litígio estratégico

Conforme definido por Koh e discutido no primeiro capítulo deste estudo, o conceito de processo jurídico transnacional descreve a atuação de múltiplos atores, públicos e privados, estatais e não estatais, na produção de normatividade internacional²¹¹. O processo jurídico transnacional na Comissão Interamericana envolve, pelo menos, indivíduos, organizações não governamentais (privadas), organizações internacionais (públicas) e Estados, e será ilustrado por dois casos. Primeiro, um caso argentino, em que por meio de um acordo amistoso entre as vítimas e o Estado foi gerada uma reforma no código de processo penal e, ainda, o redimensionamento de um direito de natureza constitucional, revertendo uma interpretação anterior da Suprema Corte. Segundo, um caso brasileiro, onde a Comissão, ao invés de remeter o caso à Corte, exerceu sua capacidade de produzir recomendações. Neste segundo caso, apesar do baixo engajamento do Estado no processo junto à Comissão, as recomendações funcionaram de modo a alavancar um debate doméstico sobre os direitos em questão, possibilitando o estabelecimento de nova legislação protetiva de garantias fundamentais.

²¹¹ KOH, Harold H. "Transnational Legal Process". *Nebraska Law Review*, vol.75, 1996.

3.1.1. Direito à Intimidade e a não traição a laços afetivos e extração compulsória de DNA na Argentina

Entre os anos de 1976 e 1983 a República Argentina viveu sob uma ditadura militar, governada por uma junta. Nesse período, a eliminação física de opositores foi utilizada de forma sistemática como técnica de repressão a dissidentes, produzindo um número total de vítimas mortas ou desaparecidas estimado entre 15 mil e 30 mil pessoas²¹². Nesse universo amplo de vítimas, muitas eram mulheres grávidas, ou membros de famílias com filhos ainda pequenos. Dados da CONADEP argentina (comissão nacional sobre o desaparecimento de pessoas) de 1983, dão conta de que a associação de mães da Praça de Maio registrava até aquele momento 172 casos de crianças desaparecidas, das quais apenas 25 haviam sido encontradas, usualmente inseridas em outro núcleo familiar²¹³.

Após a reversão das leis de impunidade no país (tópico que será retomado neste capítulo), com importantes aportes do direito internacional dos direitos humanos²¹⁴, os movimentos sociais ligados à temática passaram a atuar buscando justiça ante esses sequestros de crianças, trabalhando em duas frentes, primeiro buscando a localização das crianças, depois, a condenação criminal dos responsáveis pela morte e/ou desaparecimento de seus pais e pela inserção dos filhos em novo núcleo familiar. Para tal busca passaram a acionar o sistema de justiça.

Os levantamentos e investigações produzidos pelos familiares e pelo Ministério Público permitiram a localização de um grande número de vítimas, mas uma questão inesperada emergiu: alguns supostos filhos, socializados e crescidos nas famílias que os criaram (e sob as quais não mantinham manifesta suspeita antes das investigações a eles chegarem) passaram a negar material genético para os testes de DNA que permitiriam identificar sua verdadeira identidade, bem como,

²¹² ARGENTINA. Comisión Nacional Sobre la Desaparición de Personas (CONADEP). *Nunca Mais – informe de la Comisión Nacional Sobre la Desaparición de Personas*. Buenos Aires: EUDEBA, 8ª edição, 2006.

²¹³ ARGENTINA. Comisión Nacional Sobre la Desaparición de Personas (CONADEP). *Nunca Mais – informe de la Comisión Nacional Sobre la Desaparición de Personas*. Buenos Aires: EUDEBA, 8ª edição, 2006p.303.

²¹⁴ Uma ótima descrição pode ser encontrada em: PARENTI, Pablo. “A aplicação do direito internacional no julgamento de terrorismo de Estado na Argentina”. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. Brasília: Ministério da Justiça, n.º 04, Jul./Dez. 2010, pp. 32-55.

consequentemente, implicar de alguma forma seus pais afetivos na rede criminosa de sequestro de crianças e, quiçá, desaparecimento de opositores, montada pela ditadura militar.

Dois casos dessa natureza chegaram à Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina (CSJN). No caso *Vázquez Ferrá*²¹⁵, os pais da criança confessaram em juízo que não eram seus genitores biológicos, e que a criança lhes havia sido entregue por membros das forças armadas. Não obstante, a suposta filha alegou ante a Suprema Corte Argentina que:

[...] a ordem de extrair-se compulsoriamente sangue [solicitada pela suposta Avó e deferida nos graus anteriores de jurisdição] para realizar um exame hematológico que determinaria se é neta da demandante, [a ofende] alegando que a medida constitui uma inadmissível intromissão do Estado em sua esfera de intimidade, que lesiona seu direito constitucional à integridade física, ao obrigá-la a tolerar uma ingerência sobre seu próprio corpo contra sua vontade, que afeta sua dignidade ao não respeitar sua decisão de não trair os intensos laços afetivos que mantém com aqueles que a criaram e com quem segue vivendo como se fossem seus verdadeiros pais; e que viola garantias constitucionais ao não tomar em conta que a lei processual a autoriza a proteger seu núcleo familiar autorizando-a a negar seu testemunho quando dele possa derivar uma prova.²¹⁶

A CSJN acolheu a pretensão de não obrigar a suposta filha a fazer prova contrária a seus pais afetivos. No caso *Prieto*²¹⁷, as questões fundamentais foram basicamente as mesmas, diferindo centralmente apenas pelo fato de o pai ser diretamente acusado do crime de subtração de menor de dez anos. Na resenha de Ferrante sobre o caso, encontramos a seguinte descrição da resolução da contenda:

[...] os juízes Lorenzetti e Zaffaroni [guiando a maioria] consideraram que os direitos que se encontravam em jogo no caso eram o direito à autonomia de Prieto e o direito à verdade de seus supostos familiares biológicos. Concluíram que submeter Prieto a um exame genético compulsoriamente violava seu direito à autonomia pessoal porque: 1) antes era preciso descartar a existência de outras

²¹⁵ ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. V. XXXVI, Sentencia de 30 de septiembre de 2003.

²¹⁶ Tradução livre, no original: “[...] la orden de extraerle compulsivamente sangre para realizar un examen hematológico que determine si es nieta de la querellante, alegando que la medida constituye una inadmisibile intromisión del Estado en su esfera de intimidad, que lesiona su derecho constitucional a la integridad física, al obligarla a tolerar una injerencia sobre su propio cuerpo en contra de su voluntad; que afecta su dignidad al no respetar su decisión de no traicionar los intensos lazos afectivos que mantiene con aquellos que la criaron y a quienes sigue viendo como si fueran sus verdaderos padres; y que viola garantías constitucionales al no tomar en cuenta que la ley procesal la autoriza a proteger su núcleo familiar autorizándola a negar su testimonio cuando él pudiera derivar una prueba de cargo”. Argentina. CSJN. V. XXXVI, Sentencia de 30 de septiembre de 2003. p.05.

²¹⁷ ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. V. XXXVIII, sentencia de 11 de agosto de 2009.

medidas que permitissem obter amostras de material genético de maneira não-invasiva ao corpo; 2) para satisfazer o direito à verdade da família demandante não era necessário que Prieto suportasse todas as consequências negativas da revelação de sua identidade.²¹⁸

Assim, nos dois casos ante a justiça nacional argentina, os familiares foram derrotados em sua pretensão de efetividade ao direito à verdade. Não obstante, no mesmo ano da decisão da CSJN, os envolvidos no caso *Vázquez Ferrá* acionaram o sistema interamericano de direitos humanos, demandando a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em Washington, alegando a violação dos artigos 5º (integridade pessoal), 8º (garantias judiciais), 17 (proteção da família) e 25 (proteção judicial), da Convenção Americana de Direitos Humanos²¹⁹.

O Estado Argentino optou por não contestar a petição, evitando que a discussão se tornasse litigiosa no sistema e pudesse eventualmente ser remetida pela Comissão para a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH)²²⁰.

²¹⁸ Tradução livre, no original: “[...] los jueces Lorenzetti y Zaffaroni consideraron que los derechos que se encontraban en juego en el caso eran el derecho a la autonomía de Prieto y el derecho a la verdad de los supuestos familiares biológicos. Concluyeron que someter a Prieto a un examen genético compulsivamente violaba su derecho a la autonomía personal porque: 1) antes era preciso descartar la existencia de otras medidas que permitieran obtener las muestras de material genético de manera no invasiva en el cuerpo; 2) para satisfacer al derecho a la verdad de la familia querelante no era necesario que Prieto soportara todas las consecuencias negativas de la revelación de su identidad.”. FERRANTE, Marcelo. “La prueba de la identidad en la persecución penal por apropiación de niños y sustitución de su identidad”. Em: Centro de Estudios Legales y Sociales. *Hacer Justicia*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011, p.231.

²¹⁹ “El 31 de marzo de 2003, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [...], recibió una petición presentada por Estela Barnes de Carlotto y Rosa Tarlovsky de Roisinblit, Presidenta y Vicepresidenta de la *Asociación de Abuelas de Plaza de Mayo* [...]. En la petición, se alega que la República Argentina [...] violó los artículos 5, 8, 17 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...], como consecuencia de la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 30 de setiembre de 2003, que dejó sin efecto la resolución que ordenó realizar compulsivamente una prueba pericial hemática sobre la presunta nieta de las víctimas y que cerró las posibilidades de investigación de los delitos por la desaparición de Susana Pegoraro y Raul Santiago Bauer.” COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Informe no. 160/10 – Petición 242/2003*. Parágrafo 01.

²²⁰ No Sistema Interamericano o acesso dos demandantes à Corte é indireto, distintamente, por exemplo, do modelo europeu. Os casos primeiramente devem ser aceitos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em Washington, e esta, por sua vez, em os aceitando, processa-os junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos, em San José de Costa Rica. Cf.: LEDESMA, Héctor Faúndez. *The Inter-American System of Human Rights*. San José: IIDH, 2007, 134-182.

Como resultado, em setembro de 2009, chegou-se a acordo amistoso²²¹. O principal ponto do acordo era o item que aludia que:

O poder executivo nacional da República Argentina se compromete a enviar ao honorável Congresso da Nação um projeto de lei para estabelecer um procedimento para a obtenção de amostras de DNA que resguarde os direitos dos envolvidos e resulte eficaz para a investigação e o julgamento das apropriações de crianças durante a ditadura militar.²²²

Como resultado, foi aprovada em 27 de novembro de 2009 a Lei n.º 26.549, que incorporou ao artigo 218 do Código de Processo Penal argentino de forma expressa a possibilidade dos juízes determinarem a extração compulsória de DNA sempre que assim o considerarem útil nos marcos de uma causa criminal. Tal medida, na prática, removeu o óbice imposto pela CSJN, resolvendo por meio de introdução de nova regra pela via legislativa a questão interpretativa de ponderação de princípios que garantiam os direitos do suposto filho contra a pretensão de seus supostos familiares biológicos²²³.

Sem adentrar o mérito da solução encontrada, é oportuno destacar que foi um processo de interação interinstitucional o caminho adotado para a efetivação do direito à verdade no caso concreto. Mais ainda, tal interação não se deu “entre cortes” (como faria supor uma perspectiva vinculada à ideia de uma comunidade global de juízes), mas sim entre atores da sociedade civil, representados pela Associação das Avós da Praça de Maio, o Poder Executivo, representado pela Secretaria de Direitos Humanos da Nação Argentina, a Comissão Interamericana, e o poder legislativo, funcionando a Comissão como espaço de absorção de uma expectativa normativa justificável ante o direito internacional, mas não necessariamente positivada no direito interno, num processo bastante coerente com

²²¹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Informe no. 160/10 – Petición 242/2003*.

²²² Tradução livre, no original: “El Poder Ejecutivo Nacional de la República Argentina se compromete a enviar al Honorable Congreso de la Nación un proyecto de ley para establecer un procedimiento para la obtención de muestras de ADN que resguarde los derechos de los involucrados y resulte eficaz para la investigación y juzgamiento de la apropiación de niños originada durante la dictadura militar”. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Informe no. 160/10 – Petición 242/2003*. Item 2.1.

²²³ Uma análise mais detalhada por ser encontrada em: FILIPPINI, Leonardo; TCHRIAN, Karina. “ADN: el nuevo art. 218 bis, CPPN”. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*. Buenos Aires, 2010, fascículo 05, pp. 842-847.

aquele de “negociações relevantes entre atores coletivos”²²⁴ descrito por Andreas Fischer-Lescano e Gunther Teubner em sua tese sobre interação entre regimes jurídicos heterárquicos.

3.1.2. *Violência doméstica e proteção aos direitos da mulher no Brasil*

No ano de 1983, a Senhora Maria da Penha Maia Fernandes foi baleada por seu marido em uma disputa doméstica, no estado do Ceará, restando paraplégica. A princípio, ela relatou à polícia ter sido vítima de um assalto. Depois de diversas outras agressões, incluindo outra tentativa de homicídio, Maria da Penha denunciou seu parceiro. Por mais de 15 anos o Estado brasileiro falhou em dar uma resposta judicial adequada ao caso. Assim, em 20 de agosto de 1998, a vítima ingressou com uma petição na Comissão Interamericana arguindo a violação dos artigos 1º (obrigação de respeitar os direitos); 8º (garantias judiciais); 24 (igualdade perante à lei) e 25 (proteção judicial) da Convenção Americana de Direitos Humanos. A Comissão aceitou a petição, mas o Estado brasileiro jamais se engajou efetivamente nos procedimentos ante o órgão, inclusive na tentativa de solução amistosa para o conflito²²⁵.

Em 04 de abril de 2001, a Comissão publica seu relatório sobre o caso, concluindo, entre outros, que o Estado brasileiro violou o direito da Sra. Maria da Penha às garantias e à proteção judicial, e, mais ainda, que embora o Estado tenha tomado “algumas medidas destinadas a reduzir o alcance da violência doméstica e a tolerância estatal da mesma”²²⁶ as políticas públicas alusivas ao tema e para melhorar o processo judicial de responsabilização dos perpetradores e proteção das vítimas “ainda não [conseguiram] reduzir consideravelmente o padrão de tolerância estatal, particularmente em virtude da falta de efetividade da ação policial e judicial no Brasil, com respeito à violência contra a mulher”²²⁷.

²²⁴ Cf.: TEUBNER, Gunther; FISCHER-LESCANO, Andreas. “Regime-collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law”. *Michigan Journal of International Law*, Vol.25, 2003/2004, p.1003.

²²⁵ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório no. 54/2001*.

²²⁶ *Ibidem*, item 60.3.

²²⁷ *Ibidem*, item 60.3.

Em foro de recomendações, a Comissão determinou ao Brasil que rapidamente finalizasse o processo criminal contra o agressor; investigasse de forma séria as irregularidades tidas nas fases processuais anteriores apontando responsáveis; compensasse a vítima e, finalmente; expandisse as reformas legais com fito de acabar com a violência doméstica contra as mulheres. A Comissão enfatizou a importância da realização de medidas de sensibilização de servidores públicos, especialmente na polícia e no judiciário, sobre a importância de não tolerar a violência contra a mulher; a necessidade de simplificar o processo judicial com vistas à celeridade, sem prejuízo aos direitos do acusado; o estabelecimento de alternativas não-judiciais para a solução de conflitos domésticos; a ampliação das delegacias de proteção à mulher com vistas à apuração e instrução célere junto ao Ministério Público de todas as denúncias apresentadas; e a inclusão nos planos pedagógicos de conteúdos alusivos à importância do respeito aos direitos da mulher.²²⁸

Em 07 de agosto de 2006 foi aprovada a Lei 11.340, que reforma o Código Penal, o Código de Processo Penal, a Lei de Execução Penal, e regulamenta medidas de implementação de diversos instrumentos de direito internacional dos direitos humanos alusivos à igualdade de gênero e direito das mulheres. A Lei, socialmente conhecida como “Lei Maria da Penha”, é produto de um amplo processo de mobilização que utilizou o Sistema Interamericano como plataforma de alavancagem de um debate que se encontrava em grande medida obstruído no sistema político doméstico. Por meio da combinação de mobilização doméstica e mobilização transnacional, não apenas se alterou a extensão legal e as ferramentas de proteção de um direito fundamental como, mais ainda, gerou-se incidência no âmbito das políticas públicas estatais – canal de efetivação de direitos. Em que pesem críticas quando à efetividade e os limites da Lei Maria da Penha, é fato que sua aprovação produziu “revolução”²²⁹ na abordagem legal da violência contra a mulher. Revolução essa impulsionada, em parte, por atores internacionais e transnacionais. A mudança social, não obstante, depende de fatores bem mais complexos que a simples mudança legislativa.

²²⁸ *Ibidem*, recomendações.

²²⁹ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2010.

3.1.3. Novos atores e litígio estratégico no processo de enumeração e interpretação de direitos fundamentais

Em ambos os casos, as vítimas não estavam sozinhas no Sistema Interamericano. No caso argentino, as Avós da Praça de Maio, uma ONG doméstica – portanto, um ator jurídico nacional de personalidade privada –, patrocinou a ação. No caso brasileiro, a ação foi promovida pelo Centro para a Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), uma ONG internacional sediada em Washington com escritórios na América Latina, em parceria com o *Latin American and Caribbean Committee for the Defense of Women’s Rights* (CLADEM), portanto, duas organizações de atuação transnacional, de natureza privada.

O fato das vítimas e destas ONG’s terem participado de uma mesa de negociações com o Estado, mediada por uma organização internacional de direito internacional exemplifica uma forma de processo jurídico transnacional. Mesmo sem que houvesse remessa dos casos à Corte Interamericana, resultando em litígio, tanto a solução amistosa acordada com Argentina, quanto as recomendações expedidas para o Brasil, representam processos transnacionais em que novos atores privados, domésticos e transnacionais, ganham protagonismo na redefinição do escopo de direitos fundamentais.

No direito constitucional doméstico, tais atores ou não teriam acesso direto à possibilidade de mediações institucionais desta natureza ou, quando tiveram acesso a alguma forma de mediação institucional disponível, geralmente no plano infraconstitucional, defrontaram-se com a “ausência de respaldo jurídico interno, seja por questões de ordem política ou processual”²³⁰. Relacionando tais desenvolvimentos com a evolução dos modelos hegemônicos de governança global analisados no primeiro capítulo deste estudo, temos que na primeira fase, bem como no início da segunda, indivíduos e organizações não governamentais sequer seriam considerados atores jurídicos relevantes em um contexto em que o direito internacional focava-se nas relações entre Estados exclusivamente. Organizações

²³⁰ VENTURA, Deisy; CETRA, Raísa Ortiz. “O Brasil e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos – de Maria da Penha à Belo Monte”. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo (orgs.). *Justiça de Transição nas Américas*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p.390.

Não Governamentais, ou seja, organizações privadas sem fins lucrativos, utilizaram-se do Sistema Interamericano como um acoplamento entre regimes jurídicos que lhes permitiu traduzir uma demanda política em um comando normativo²³¹. Valeram-se, portanto, de um espaço de governança transversal para forçar a dupla dimensionalidade do direito constitucional como mediador entre direito e política e como mediador entre interno e externo.

O mais importante para o argumento em construção é que muitas vezes tais organizações atuam sob uma perspectiva estratégica, objetivando não apenas a resolução de um caso concreto individual, mas sim a alteração de uma lei ou política doméstica, ou mesmo a geração de um novo padrão normativo transversal. O processo jurídico transnacional é mobilizado com o claro intuito de produzir uma readequação do direito doméstico. É o chamado “litígio estratégico”²³², que bem representado está em resposta dada pelo advogado da Associação Colombiana de Juristas, Federico Guzman, à questão sobre a natureza das demandas apresentadas do Sistema Interamericano:

É claro que muitas vezes nós, que representamos as vítimas, temos essa visão estratégica, mas muitas vítimas, em si, também a têm e o fazem. Dizem: “veja, o que eu quero é que aquilo que se passou comigo não volte a se repetir com ninguém”. Se para isso temos de mudar uma lei, que peçamos a alteração da lei. Ou se é necessário criar uma lei, que se crie a lei. Se é necessário criar uma nova instituição, que se crie uma nova instituição. E assim surge uma dinâmica muito interessante. Certamente, o maior fortalecimento tanto da Corte, quanto da Comissão, em sua capacidade de influenciar a política nacional, tanto no que diz respeito às políticas públicas, quanto naquilo que diz respeito às legislações, tudo isso conduz à possibilidade real do gozo dos direitos humanos e do fortalecimento de um estado social de direito. Isso é fundamental. É claro, não posso afirmar que essa seja a intenção de todos aqueles que recorrem ao Sistema, mas posso afirmar que cada vez mais pessoas estão se dando conta disso.²³³

Embora a ideia de “litígio” siga sendo o eixo central de atuação das organizações, vez que a lógica judicial se expande não apenas no Sistema

²³¹ Para uma discussão ampliada sobre a perspectiva desses novos atores constitucionais transversais, veja-se: TORELLY, Marcelo. “Unidade, Fragmentação e Novos Atores no Direito Mundial: leituras de operadores do Sistema Interamericano de Direitos Humanos sobre a formação de direitos globais no sistema regional”. In: GALINDO, George Rodrigo Bandeira (org.). *Fragmentação do Direito Internacional – pontos e contrapontos*. Belo Horizonte: Arraes, 2015, pp.106-123.

²³² Para uma perspectiva completa sobre o tema, veja-se: CARDOSO, Evorah Lusci Costa. *Litígio Estratégico e Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

²³³ Entrevista pessoal com Federico Andreu Guzman. João Pessoa, 28 de junho de 2013 (áudio original em espanhol, traduzido pelo autor).

Interamericano, mas também no direito internacional “geral”, a atuação busca de fato um processo de governança transversal. Retomando a noção de Kaldor, apresentada no primeiro capítulo, de governança como o modo pelo qual o conjunto de instituições são mobilizadas para a gestão dos assuntos humanos²³⁴, resta claro o objetivo ampliado de acionamento do Sistema. Tal perspectiva também foi constatada por Ventura e Cetra analisando casos envolvendo conflitos rurais no Brasil levados ao Sistema. As autoras identificaram, em entrevistas, que os três principais objetivos do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST) ao acionar o sistema eram a fiscalização dos processos judiciais em curso domesticamente, tornar visível para a própria sociedade brasileira a luta no campo, e o amparo contra ações repressivas empreendidas pelo Estado em determinadas regiões²³⁵. Ou seja: um uso estratégico do litígio de um caso concreto para atingir um conjunto de objetivos relacionados a múltiplos atores institucionais.

O uso de estratégias políticas de mobilização em âmbito transnacional capazes de fazer se reconhecerem novos direitos ou impactar o escopo de direitos domesticamente já reconhecidos é, portanto, uma das inovações que o processo jurídico transnacional apresenta para o constitucionalismo doméstico. Quando atuam nas esferas transnacional e internacional visando não apenas o saneamento de uma violação, mas um caminho alternativo para uma reforma legal ou implementação de uma política pública, indivíduos e atores privados, como ONG's, produzem aquilo que Keck & Sikkink definem como um “efeito boomerang”²³⁶, em que uma demanda que poderia ser endereçada a uma instituição doméstica, ou mesmo que foi endereçada e não reconhecida por um instituição doméstica, é remetida a um fórum internacional para, então, ser devolvida ao âmbito doméstico recodificada:

Quando as ligações entre o Estado e os atores domésticos estão danificadas, ONG's domésticas podem buscar diretamente aliados internacionais para tentar fazer pressão em seus Estados desde fora. Esse é o padrão “boomerang” de

²³⁴ KALDOR, Mary. “Governance, Legitimacy, and Security: three scenarios for the Twenty First Century.” In: WAPNER, Paul; EDWIN Jr, Lester (org.). *Principled World Politics: the challenge of normative international relations*. Lanham: Rowman & Littlefield, 2000, p.284.

²³⁵ VENTURA, Deisy; CETRA, Raísa Ortiz. “O Brasil e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos – de Maria da Penha à Belo Monte”. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo (orgs.). *Justiça de Transição nas Américas*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p.389.

²³⁶ KECK, Margaret; SIKKINK, Kathryn. “Activist beyond borders”. In: KECK, Margaret; SIKKINK, Kathryn (orgs.). *Advocacy networks in international politics*. Ithaca: Cornell University Press, 1998.

influência característico das redes transnacionais cujo alvo das ações é a mudança de comportamento do Estado.²³⁷

A mobilização transnacional, mesmo quando desacompanhada do litígio, permite a incidência sobre direitos fundamentais. Desde a perspectiva de uma maior efetividade, atores institucionais relevantes, como James Cavallaro, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, reconhecem a importância da obtenção de solução amistosas no Sistema, uma vez que o grau de implementação destas tende a ser superior ao de observância de uma decisão litigiosa, uma vez que soluções que evitam o litígio geram compromissos de setores relevantes dos Estados nacionais.²³⁸

Por meio de processos transversais como o processo jurídico transnacional que ocorrem na Comissão Interamericana, determinados atores sociais são capazes de impulsionar a alteração do escopo de direitos fundamentais, ou mesmo garantir a enumeração de novos direitos. A natureza não-judicial da Comissão Interamericana não lhe exclui do âmbito de instituições transnacionais dotadas dessa capacidade, mas o exemplo do uso do direito internacional e da interação entre a Corte Interamericana e os estados nacionais torna ainda mais explícito o impacto da governança transversal no direito constitucional doméstico.

3.2. As cortes e as emergências transconstitucionais: as anistias e a norma global de responsabilidade individual

Retomando o caso da norma global de responsabilidade individual, apresentado no Capítulo 02, é possível construir um painel sobre processos de influência do direito internacional e da Corte Interamericana de Direitos Humanos na delimitação, enumeração e interpretação de direitos e garantias fundamentais em âmbito doméstico. Aqui serão exploradas em extensão as respostas domésticas de Argentina, Brasil, Chile e Uruguai à norma global de responsabilidade individual.

²³⁷ Tradução livre, no original: “When the links between state and domestic actors are severed, domestic NGOs may directly seek international allies to try to bring pressure on their states from outside. This is the ‘boomerang’ pattern of influence characteristic of transnational networks where the target of their activity is to change a state’s behavior”. KECK, Margaret; SIKKINK, Kathryn. “Transnational advocacy networks in international and regional politics”. *International Social Sciences Journal*, n.º159, 1999, p.93.

²³⁸ Entrevista pessoal com James Cavallaro. Palo Alto, 06 de dezembro de 2013.

Os quatro Estados em questão viveram ditaduras militares entre as décadas de 1960 e 1980, tendo aprovado, durante os regimes de exceção ou no processo transicional, leis de anistia que impedem a investigação e punição a graves violações contra os direitos humanos. Uma ampla literatura analisa como tais países lidaram com seus legados de impunidade.²³⁹ Certa literatura sustenta que a mobilização transnacional foi um dos elementos fundamentais para que Argentina anulasse e Chile contornasse suas anistias domésticas,²⁴⁰ enquanto outra tende a apontar a precedência da mobilização doméstica sobre a internacional.²⁴¹ Entre os quatro, o Brasil foi o último a iniciar discussões sobre a validade de sua anistia²⁴² e, juntamente com o Uruguai, os que mais demoraram a procurar equacionar suas leis domésticas com o com o direito internacional²⁴³ e a norma emergente.

Os precedentes mais relevantes da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre desaparecimento forçado e anistias são *Velazquez Rodriguez v. Honduras*²⁴⁴, *Barrios Altos v. Peru*,²⁴⁵ *Almonacid Arellano v. Chile*,²⁴⁶ *Julia Gomes Lund e outros v. Brasil*²⁴⁷ e *Gelman vs. Uruguai*²⁴⁸. Em uma leitura tradicional de observância do direito internacional, a Argentina seria um caso desinteressante, uma vez que a Corte Interamericana jamais sentenciou contra suas leis de impunidade. Brasil, Chile e Uruguai, por sua vez, seriam casos negativos, vez que

²³⁹ Cf.: LESSA, Francesca; PAYNE, Leigh (org.). *Amnesty in the Age of Human Rights Accountability*. New York: Cambridge University Press, 2012.

²⁴⁰ SIKKINK, Kathryn. *The Justice Cascade*. Nova Iorque: W. W. Norton and Company, 2011.

²⁴¹ COLLINS, Cath. "Grounding global justice: International networks and domestic human rights accountability in Chile and El Salvador". *Journal of Latin American Studies*, 2006, p.711.

²⁴² ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. "Resistance to change: Brazil's persistente amnesty and its alternatives for Truth and Justice". In: LESSA, Francesca; PAYNE, Leigh A. (orgs). *Amnesty in the Age of Human Rights Accountability*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2012, pp.152-180.

²⁴³ BURT, Jo-Marie; AMILIVIA, Gabriela; LESSA, Francesca. "Civil Society and the Resurgent Struggle against Impunity in Uruguay (1986-2012)". *The International Journal of Transitional Justice*, vol. 07, 2013, pp.306-327.

²⁴⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Velazquez Rodriguez v. Honduras*. Sentença de 21 de julho de 1989.

²⁴⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Chumbipuma Aguirre e outros vs. Peru (Barrios Altos)*. Sentença de 14 de março de 2001.

²⁴⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Almonacid Arellano v. Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006.

²⁴⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Julia Gomes Lund e outros v. Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010.

²⁴⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Gelman vs. Uruguay*. Sentença de 24 de fevereiro de 2011.

implementaram de maneira apenas parcial as disposições contidas nas sentenças condenatórias que lhes foram endereçadas.

Por outro lado, adotando uma perspectiva que substitui, ou, ao mesmo, desloca a ideia de *observância* em sentido estrito, abrindo caminho para outra, de *influência e interação* entre regimes²⁴⁹, mais coerente com a ideia de governança transversal, amplia-se a perspectiva de análise, vez que “uma das questões mais significativas que emergiu nos casos de anistia foram as visões das cortes sobre o direito internacional em seus sistemas legais domésticos”²⁵⁰, que permitiram múltiplas soluções de equacionamento da norma global, aceita às vezes como regra, às vezes como princípio e, ainda, outras vezes, sendo resistida.

4.2.1. Argentina

Porque a experiência argentina é importante? Na Argentina, a auto-anistia dos militares foi anulada durante o primeiro governo democrático após o final da ditadura, de Raul Alfonsín (1983-1989). Porém, neste mesmo governo, no qual também ocorreu o julgamento da junta militar que governou o país durante a ditadura, novas medidas de impunidade foram aprovadas pelo Congresso Nacional, fortemente pressionado por setores militares: a Lei de Ponto Final²⁵¹, em 1986, e a Lei de Obediência devida²⁵², em 1987. Tais dispositivos reduziam penas e possibilidades de persecução penal tendo, na prática, efeitos análogos ao de uma anistia. Chamada a manifestar-se, a Suprema Corte de Justiça da Nação validou ambas as leis.²⁵³

²⁴⁹ No mesmo sentido proposto por Howse e Teitel em: HOWSE, Robert; TEITEL, Ruti. “Beyond compliance: rethinking why International law really matters”, *Global Policy*, Vol.01, nº02, 2010.

²⁵⁰ Tradução livre, no original: “one of the most significant issues that arose in the amnesty cases were the views of the courts on the role of international law in their domestic legal systems”. GIBSON, Lauren; ROHT-ARRIAZA, Naomi. “The developing jurisprudence on amnesty”. *Human Rights Quarterly*, vol.20, nº.4, 1998, p.870.

²⁵¹ ARGENTINA. *Ley 23.462*, de 23 diciembre 1986.

²⁵² ARGENTINA. *Ley 23.521*, de 4 de junio 1986.

²⁵³ MALAMUD-GOTI, Jaime. “Punishing Human Rights Abuses in Fledgling Democracies: The Case of Argentina”, in ROHT-ARRIAZA, Naomi. *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, New York: Oxford University Press, 1997. DALEO, Graciela. “El movimiento popular y la lucha contra la impunidad en la Argentina”. *Revista HMiC: história moderna i contemporânea*, vol.05, 2007.

No governo seguinte, de Carlos Menem (1989-1999), entre outubro de 1989 e dezembro de 1990, foram emitidos dez decretos presidenciais perdoadando diversos membros do aparato repressivo, além dos líderes da junta militar condenados em 1985. A Suprema Corte, novamente, validou os decretos, procedendo a uma análise não de sua legitimidade ou de eventual conflito entre tal perdão e disposições normativas de outros regimes legais, mas tão somente sobre se teria o presidente da nação poderes para perdoar não apenas criminosos condenados, mas também aqueles cidadãos ainda em julgamento.²⁵⁴

Não obstante tal cenário *a priori* negativo para os direitos humanos, os esforços dos militares e seus cúmplices pela garantia da impunidade encontraram na Argentina uma resistência social ímpar e persistente. Organizações da sociedade civil foram exitosas na utilização de mecanismos internos de pressão política, obtendo vitórias parlamentares, e na construção de estratégias judiciais que mantiveram a questão das violações aos direitos humanos praticadas pela ditadura na agenda da sociedade. Ademais do julgamento da Junta Militar, formas inovadoras de litígio, como os “juízos pela verdade”, que garantiam a apuração judicial de crimes mesmo que, ao final, uma anistia fosse aplicada, constituem exemplos do modo como atores estratégicos na sociedade seguiram tensionando por maior adequação social do direito posto²⁵⁵.

Mais ainda, apesar de a Argentina jamais ter sido condenada pela Corte Interamericana por sua lei de anistia, outros avanços foram logrados por meio de processos jurídicos transnacionais. Nas palavras de Sikkink:

Quando grupos da Argentina foram impedidos de prosseguir com julgamentos em suas cortes domésticas em função da anistia, eles fizeram uma versão de boomerang judicial: eles procuraram aliados judiciais no exterior para pressionar seu governo local. O *Centro de Estudios Legales y Sociales* (CELS) apresentou um caso na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que em 1992 concluiu que os perdões concedidos pelo Presidente Menem para crimes cometidos durante a ditadura argentina eram incompatíveis com a Convenção Americana dos Direitos Humanos. Eles também procuraram aliados no exterior e apresentaram casos para cortes estrangeiras, especialmente na Espanha, mas também na Itália,

²⁵⁴ ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. *Fallo Aquino*. Julgamento de 14 de outubro de 2002.

²⁵⁵ Um balanço detalhado desde processo está disponível em: CELS (Org.). *Hacer Justicia*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011.

Alemanha e França, inaugurando alguns dos primeiros juízos estrangeiros por crimes contra os direitos humanos.²⁵⁶

Apenas com a Lei 25.779, de 2003, é que a Argentina reconstituiria um arranjo normativo doméstico efetivamente favorável à norma emergente de responsabilização individual. Referida lei revogava as medidas de impunidade, porém “expressavam-se dúvidas quanto à validade da decisão legislativa, questionando em que medida uma decisão parlamentar efetivamente detém poder para acabar com uma lei produzindo efeitos retroativos”²⁵⁷.

Antes da Lei 25.779, em 06 de maio de 2001, um juiz singular já havia declarado inconstitucionais as leis de impunidade em foro de controle difuso de constitucionalidade no caso *Poblete/Simón*, numa decisão que depois seria confirmada em foro de controle concentrado em tribunais superiores, se transformando em um *leading case* regional sobre anistias e impunidade. Bakker sintetiza o caso e seus desenvolvimentos nos seguintes termos:

Em novembro de 1978, Júlio Héctor Simon, Juan Antonio Del Cerro e outros, todos policiais federais e membros de forças de segurança que se reportavam aos militares, sequestraram José Liborio Poblete, sua esposa Marta Hlaczik, e sua filha recém-nascida. Eles foram levados a um centro de detenção clandestino onde os pais, ambos membros do grupo opositor *Cristãos para a Libertação*, foram torturados e subsequentemente “desaparecidos”. A filha sequestrada foi entregue a um coronel, que então a registrou como sua própria filha. Em atenção a uma queixa da avó da criança, depois levada adiante pelo *Centro de Estudos Legais e Sociais*, o tribunal de primeira instância condenou os acusados, primeiramente, por sequestro de menor – um crime explicitamente excluído do escopo da anistia. Segundo, o tribunal declarou a admissibilidade da queixa contra os acusados por detenção ilegal, tortura e desaparecimento forçado dos pais, correspondendo a crimes contra a humanidade. Como tais crimes encontravam-se cobertos pela *Lei de Obediencia Devida*, o tribunal declarou que a lei era inválida,

²⁵⁶ Tradução livre, no original: “When Argentine groups were blocked by the amnesty laws from pursuing trials in their domestic courts, they did a judicial version of the boomerang: they sought out judicial allies abroad to preassure their government at home. CELS brought a case to the IACHR, which in 1992 concluded that the Argentine amnesty laws and the pardons issued by President Menem for crimes committed during the dictatorship were incompatible with the American Convention of Human Rights. They also sought judicial allies abroad and brought their cases to foreign courts, especially in Spain, but also in Italy, Germany, and France, opening up some of the first foreign human rights prosecutions”. SIKKINK, Kathryn. *The Justice Cascade*. Nova Iorque: W. W. Norton and Company, 2011, p.77.

²⁵⁷ Tradução livre, no original: “doubts were expressed [...] concerning the validity of the Legislative decision, questioning whether parliament actually had the power to terminate a law with retroactive effect”. BAKKER, Christine AE Bakker. “A Full Stop to Amnesty in Argentina The Simón Case”. *Journal of International Criminal Justice*, vol.03, nº 95, 2005, p.1107.

por violar convenções internacionais, e declarou ambas as leis de anistia [Ponto Final e Obediência Devida] inconstitucionais e inválidas.²⁵⁸

Ainda, a despeito das leis de impunidade doméstica, a prática jurisprudencial seguia mobilizando categorias do direito internacional como meio de dar continuidade aos processos criminais. Uma decisão interlocutória de 09 de novembro de 2001 neste mesmo caso Simón, apresenta dois exemplos. Primeiro, da utilização do conceito de “crimes contra a humanidade” para formulação de uma interpretação adequada de dispositivos processuais ordinários. No caso, a Justiça Federal aceita a apresentação de um recurso interposto pelo *Centro de Estudios Legales y Sociales* (CELS) na qualidade de parte “potencialmente ofendida”²⁵⁹, por considerar que, em se tratando de um crime contra a humanidade, uma entidade civil criada para a defesa dos direitos humanos constitui parte afetada pela lide.²⁶⁰ A

²⁵⁸ Tradução livre, no original: “In November 1978, Julio Héctor Simon, Juan Antonio Del Cerro and other, all federal police officer and members of security forces reporting to the Military, kidnapped José Liborio Poblete, his wife Marta Hlaczik, and their infant daughter. They were taken to a clandestine detention centre where the parents, both members of the political opposition groups *Cristianos para la Liberación*, were tortured and subsequently ‘disappeared’. The abducted child was handed over to an army colonel, who then officially registered it as his own child. Following a complaint of the child’s grandmother, later taken up by the *Centro de Estudios Legales y Sociales*, the court of the first instance convicted the accused, first, of kidnapping a minor – a crime which was explicitly excluded from the scope of the amnesty laws. Secondly, the court declared the admissibility of a complaint against the accused for the illegal detention, torture and forced disappearance of the parents, amounting to crimes against humanity. Since these crimes fell within the scope of the *Ley de Obediencia Debida*, the court held that this law was invalid because it violated international conventions, and declared both amnesty laws unconstitutional and void”. BAKKER, Christine AE Bakker. “A Full Stop to Amnesty in Argentina The Simón Case”. *Journal of International Criminal Justice*, vol.03, nº 95, 2005, p.1110.

²⁵⁹ ARGENTINA. *Código Procesal Penal*, Ley 23.984, de 04 de setiembre de 1991, art. 82.

²⁶⁰ “[...] corresponde reiterar aqui que [...] as circunstâncias de que os fatos em apreço foram caracterizados como *delitos contra a humanidade* impõe adequar o *standard* de “particularmente ofendido” [...] à condição dos fatos. De fato, se considerarmos que “são crimes contra a humanidade os atentados contra bens jurídicos individuais cometidos como parte de um ataque generalizado ou sistemático realizado com a participação ou tolerância do poder político *de iure* ou *de facto*” [...] é indubitável que o reconhecimento da condição de querelante para a “Asociación Civil Centro de Estudios Legales y Sociales” (CELS) é plenamente justificada a partir do momento em que entre seus propósitos se encontra a realização de atividades relacionadas com a defesa da dignidade da pessoa humana, da soberania do povo, a assistência às vítimas de violações de direitos humanos fundamentais etc [...]. Ao que deve se somar o trabalho público e intenso que desenvolve há mais de duas décadas na concretização desses objetivos.” Tradução livre, no original: “En tal sentido, corresponde reiterar aquí que, sin perjuicio de la referencia a una norma procesal que no es de aplicación al caso, debe señalarse que la circunstancia de que los hechos en estudio hayan sido caracterizados como *delitos de lesa humanidad* impone adecuar el *standard* de “particularmente ofendido” que surge del artículo 82 del Código Procesal Penal de la Nación a aquella condición de los hechos. En efecto, si consideramos que “Son crímenes contra la humanidad los atentados contra bienes jurídicos individuales fundamentales cometidos como parte de un ataque generalizado o

reinterpretação do direito processual doméstico por meio de alusão substantiva ao direito internacional dos direitos humanos exemplifica uma forma de transconstitucionalização reflexiva. Ao mesmo tempo, a incorporação de novos atores ao processo jurídico nacional funciona analogamente como aquela verificada no processo jurídico transnacional, em que a produção normativa passa a encadear atores institucionais e individuais não comportados na teoria constitucional tradicional.

Segundo, a argumentação empreendida pela Justiça Federal é um exemplo basilar de convergência normativa:

Foi destacado que da existência de normas de direito penal interno que tipificavam e puniam a maioria das condutas levadas a cabo pelo imputado, se podia extrair o dever de garantia que se desprende da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, como impossibilidade de retrain o poder punitivo do Estado com relação àqueles fatos. Essa circunstância impõe, ademais, o reconhecimento da existência de uma ordem jurídica plenamente aplicável às condutas ilícitas que se desenvolveram durante o período entre 1976-1983. [...] A referência a essas normas implica, por sua vez, a aplicação ao caso, fundamentalmente pela ausência de um direito penal internacional com capacidade de sancionar crimes desta índole”.²⁶¹

Na definição tipológica de Jackson, a convergência ocorre quando as cortes percebem “nas constituições domésticas um espaço para a implementação de

sistemático realizado con la participación o tolerancia del poder político *de iure* o *de facto*” (conf. Gil Gil, Alicia, “Derecho penal internacional”, Ed. Tecnos, Madrid, 1999, pág. 151), es indudable que el reconocimiento en condición de querellante de la “Asociación Civil Centro de Estudios Legales y Sociales” (CELS) resulta plenamente justificada, desde el momento en que entre sus propósitos se cuenta la realización de actividades relacionadas con la defensa de la dignidad de la persona humana, de la soberanía del pueblo, la asistencia a las víctimas de violaciones de derechos humanos fundamentales, etc., (en los términos de su estatuto de creación -vid. Fs. 1157/vta.-). A lo que debe sumarse la intensa y pública labor que, desde hace más de dos décadas, desarrolla en aras de esos objetivos”. ARGENTINA. Justicia Federal. Sala II. Causa n.º 17.768. *Julio Simon*. Setencia ratificando la nulidade de O. Debida y P. Final. 09 de noviembre, 2001. Parte dispositiva, ítem III.

²⁶¹ Tradução livre, no original: “Se ha señalado que de la existencia de normas de derecho penal de orden interno que tipificaban y punían la mayoría de las conductas llevadas a cabo por el imputado, podía extraerse el deber de garantía que se desprende de la Convención Americana de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Cívicos y Políticos, como imposibilidad de retraer el poder punitivo del Estado con relación a aquellos hechos. Esta circunstancia impone, además, el reconocimiento de la existencia de un orden jurídico plenamente aplicable a las conductas ilícitas que se desarrollaron durante el período 1976/1983. [...] La referencia a esas normas implica, a su vez, su aplicación al caso, fundamentalmente por la ausencia de un derecho penal internacional con capacidad para sancionar crímenes de esa índole. [...]” ARGENTINA. Justicia Federal. Sala II. Causa n.º 17.768. *Julio Simon*. Setencia ratificando la nulidade de O. Debida y P. Final. 09 de noviembre, 2001. Parte dispositiva. Parte dispositiva, Ítem VI.

normas jurídicas internacionais”²⁶². O exemplo aqui apresentado, ilustrando um conjunto mais ampliado de desenvolvimentos da jurisprudência argentina bastante explorado pela literatura, é canônico ao apontar a disposição do Judiciário nacional em dar efetividade àquelas normas internacionais carentes de outros mecanismos de efetivação, acoplando-as ao regime doméstico.

Em 2005, no bojo desse mesmo caso, a Corte Suprema de Justiça da Nação finalmente declararia em definitivo a inconstitucionalidade das leis de impunidade e a validade da Lei 25.779, consolidando na máxima instância do judiciário a revisão da jurisprudência pró-impunidade que havia sido constituída a partir de 1987²⁶³, e que já não era aplicada em boa parte dos tribunais inferiores.

Para além da mobilização social, dois fatores institucionais contribuíram de forma decisiva para esse processo. Primeiro, ele foi precedido pela Reforma Constitucional que concedeu status de direito constitucional a um conjunto de tratados de direito internacional dos direitos humanos²⁶⁴, abrindo possibilidades técnico-procedimentais para formas de transconstitucionalização normativa como aquela empreendida pelo juiz de primeira instância.

Segundo, a existência de uma jurisprudência internacional incisiva sobre problemas jurídicos conexos. Na decisão em que consolida a posição pró-responsabilização, o Juiz da Suprema Corte de Justiça da Nação (SCJN), Enrique Santiago Petracchi refere-se de forma direta ao precedente da Corte Interamericana no caso *Velazquez Rodrigues v. Honduras*, procedendo à internalização do argumento que deriva interpretativamente da Convenção Americana de Direitos Humanos a obrigação de investigar e punir graves violações contra os direitos humanos que, em sua acepção, estabiliza-se funcionalmente enquanto uma regra no direito doméstico argentino.²⁶⁵

Processar violações em escala contra os direitos humanos é especialmente desafiador na medida em que, para que tais violações ocorram, é necessária a

²⁶² Tradução livre, no original: “[...] domestic constitutions as a site for the implementation of international legal norms [...]”. JACKSON, Vicki. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. New York: Oxford, 2010, p.08.

²⁶³ ARGENTINA. Corte Suprema de Justiça da Nação. Causa 17.768, *Poblete/Simon*. Sentença de 14 de junho de 2005.

²⁶⁴ A Reforma voltará a ser abordada na seção 3.3.1.

²⁶⁵ No mesmo sentido de minha argumentação: BAKKER, Christine AE. “A Full Stop to Amnesty in Argentina The Simón Case”. *Journal of International Criminal Justice*, vol.03, nº 95, 2005, p.1112.

cooperação ou, pelo menos, a omissão de uma ampla gama de instituições do Estado. Após o retorno à normalidade democrática, o conjunto de regras processuais pensadas para garantir os direitos dos cidadãos no tempo em que as instituições funcionam adequadamente pode ser utilizado para a perpetração da impunidade na medida em que, por exemplo, as investigações e processamentos ordinariamente tidos em um regime democrático tenham sido impedidos ou obstaculizados pelo regime autoritário. O Judiciário argentino, ao lidar com as leis de anistia, mobilizou diversas fontes normativas internacionais, para além da Convenção Americana e dos julgados da Corte, objetivando dar respostas jurídicas socialmente adequadas a esse tipo de problema.

De acordo com Parenti, “o recurso às normas internacionais permitiu afirmar a vigência da ação penal quando uma solução baseada exclusivamente em normas de Direito nacional conduzia à prescrição”²⁶⁶. Primeiramente, a imprescritibilidade foi extraída reflexivamente como princípio consolidado no costume internacional, depois, a partir de 2003, com a ratificação da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, de 26 de novembro de 1968, elevada pelo Congresso Argentino ao status de direito constitucional, passou a ser aplicada como regra. Em pelo menos dois casos, *Poblete/Simon*, já referido, e *Arancibia Clavel*²⁶⁷, a Corte Suprema de Justiça da Nação adotou essa argumentação, que ilustra como o ciclo de vida das normas globais e o processo de interação, jurídico e político, entre direito doméstico e direito internacional influencia a distinção aplicativa de tais normas globais como princípios ou regras.

A decisão da Corte Suprema, em consonância com uma ampla jurisprudência emergente que adota o direito internacional como critério normativo relevante²⁶⁸, ilumina as duas formas de transconstitucionalismo apresentadas no capítulo anterior. Enquanto a abertura constitucional a tratados como a Convenção Americana e a Convenção sobre Imprescritibilidade ilustram uma forma de *transconstitucionalização normativa* dos direitos fundamentais, a aplicação de sentenças não vinculantes do Sistema como elemento orientador da decisão ou,

²⁶⁶ PARENTI, Pablo. “A Aplicação do Direito Internacional no Julgamento do Terrorismo de Estado na Argentina”. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, vol.04, 2010, p.33.

²⁶⁷ ARGENTINA. Corte Suprema de Justiça da Nação. Causa n.º259, *Arancibia Clavel*. Sentença de 24 de agosto de 2004.

²⁶⁸ FILIPPINI, Leonardo. “Transição e Justiça Internacional na Argentina”. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, vol.04, 2010, pp.228-249.

numa linguagem tradicional, como uma fonte secundária, ilustra uma forma de *transconstitucionalização reflexiva*.

O modo como o judiciário argentino articula suas decisões vai além daquilo que se espera em uma perspectiva tradicional de observância do direito internacional: *Velazquez Rodrigues*, precedente aludido pela SCJN, não é uma decisão contra a Argentina, mas contra Honduras. Embora a fonte normativa da qual a Corte extrai sua decisão, a Convenção Americana, vincule a Argentina, o cumprimento da parte dispositiva da sentença ou a atenção a sua fundamentação, numa leitura em sentido estrito, não é obrigatória no direito doméstico daqueles países aos quais a mesma não está endereçada. A análoga Suprema Corte de Justiça do Uruguai, por exemplo, terá interpretação absolutamente distinta quanto às formas e usos de precedentes da Corte Interamericana²⁶⁹. Ao convergir o direito internacional dos direitos humanos com o direito doméstico, o judiciário argentino percebe-se como parte de um sistema legal ampliado, construindo elementos necessários para formas de revisão judicial não apenas de natureza constitucional, mas também da Convenção Americana, lançando as bases para um controle de convencionalidade doméstico de natureza hierárquica (tema que será retomado no próximo capítulo).

De acordo com um dos protagonistas dos processos judiciais levados a cabo na Argentina, o procurador Pablo Parenti, quando a Corte Interamericana decidiu o caso *Barrios Altos v. Peru*, um ano depois da decisão da Suprema Corte Argentina, ela apenas reforçou, no plano doméstico, a percepção da existência de uma norma global com a qual o direito doméstico já estava devidamente alinhado.²⁷⁰ Mais do que um simples exemplo de alternativas jurídicas para a construção de processos de convergência, o caso argentino ilustra o modo como a mobilização social, doméstica e transnacional, incide politicamente tensionando a percepção de adequação das normas jurídicas. Na síntese da politóloga Kathryn Sikkink,

Oportunidades políticas [para mudanças legais] não existem em abstrato, mas sim precisam ser percebidas e construídas por ativistas. Os atores políticos na Argentina encontraram um contexto mais condutivo para suas demandas após a

²⁶⁹ Vide seções 3.2.4 e 4.3.

²⁷⁰ PARENTI, Pablo. "A Aplicação do Direito Internacional no Julgamento do Terrorismo de Estado na Argentina". *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, vol.04, 2010, pp. 46-47.

transição para a democracia, mas esses grupos também foram mais capazes que seus homólogos em outros países em perceber e criar oportunidades políticas.²⁷¹

Os atores sociais argentinos souberam combinar estratégias políticas e jurídicas para produzir mudanças legais. Não há de se desconsiderar que a própria reforma constitucional de 1994, que será discutida ainda neste capítulo, constituindo arquitetura institucional propícia a interação entre o direito constitucional e o direito internacional dos direitos humanos é produto de processo mobilização social. Centralmente, o êxito de tais estratégias repousa na combinação de esforços para tensionar o sentido de adequação do direito constitucional a seu tempo, utilizando expedientes políticos, e a mobilização e incorporação de referências internacionais, tensionando as fronteiras entre interno e externo rumo a uma maior integração entre a ordem constitucional e os regimes jurídicos especializados.

3.2.2. Chile

A anistia chilena, Decreto nº 2.191, foi promulgada em 1978 pelo regime do ditador Augusto Pinochet e, diferentemente do que ocorreu na Argentina, após o retorno à democracia jamais foi alcançado institucionalmente o consenso social necessário para sua derrogação. Imediatamente após a redemocratização do país, em agosto de 1990, a lei foi contestada na Suprema Corte e considerada válida²⁷².

Em 2006, o Estado chileno foi condenado pela Corte Interamericana no bojo do caso *Almonacid Arellano v. Chile*. Na fundamentação de sua decisão, a Corte, primeiro, formula o conceito de “crime contra a humanidade”. Para tanto, entre os parágrafos 94 e 99, refere-se a um amplo conjunto de normativas internacionais, incluindo a Convenção de Haia sobre leis e costumes de guerras terrestres, o Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, o Estatuto de Tóquio, decisões do Tribunal Internacional Penal para a Antiga Iugoslávia, além de inúmeros documentos da Organização das Nações Unidas e casos do Corte Europeia de

²⁷¹ Tradução livre, no original: “political opportunities don’t just exist in the abstract but need to be perceived and constructed by activists. The political actors in Argentina faced a more conducive context for their demands after the transition to democracy, yet these groups were also more likely than some of their counterparts in other countries to perceive and create political opportunities”. SIKKINK, Kathryn. *The Justice Cascade*. Nova Iorque: W. W. Norton and Company, 2011, pp.81-82.

²⁷² COLLINS, Cath Collins. “Human Rights Trials in Chile during and after the ‘Pinochet Years’”. *International Journal of Transitional Justice*, vol.04, nº 01, 2010, p.74.

Direitos Humanos.²⁷³ Portanto, a construção do conceito se assenta na aceitação do problema jurídico envolvendo direitos fundamentais como um problema transconstitucional (envolvendo tanto o direito regional dos direitos humanos, quanto o direito internacional geral e, ainda, decisões de outros tribunais regionais e enunciados de órgãos executivos).

A seguir, a Corte Interamericana passa a construir a justificativa para a impossibilidade de anistia para crimes contra a humanidade, novamente baseando fortemente a argumentação em normativas da Organização das Nações Unidas. Ao conceituar crimes contra a humanidade e, depois, a impossibilidade de sua anistia, a Corte extrai e enuncia, enquanto regra, a norma global de responsabilidade individual, por fim apontando que a não implementação da norma viola o artigo 1.1 da Convenção Americana, que diz respeito à “obrigação de respeitar os direitos”:

A obrigação conforme o direito internacional de processar e, em caso de serem declarados culpados, punir os perpetradores de determinados crimes internacionais, entre os quais se encontram os crimes de lesa humanidade, deriva-se da obrigação de garantia consagrada no artigo 1.1 da Convenção Americana. Esta obrigação implica no dever dos Estados-Parte de organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas pelas quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira tal que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos. Como consequência desta obrigação os estados devem prevenir, investigar e sancionar toda a violação de direitos reconhecidos na Convenção e, ainda, buscar o reestabelecimento, se possível for, do direito violado e, se o caso, a reparação dos danos produzidos pela violação aos direitos humanos. Se o aparato do Estado atua de tal modo a que a violação permaneça impune e não se reestabeleça à vítima, quando possível, a plenitude de seus direitos, é possível afirmar que descumpriu com o dever de garantir o livre e pleno exercício às pessoas submetidas à sua jurisdição²⁷⁴.

²⁷³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Almonacid Arellano v. Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006, parágrafos 94-99.

²⁷⁴ Tradução livre, no original: “La obligación conforme al derecho internacional de enjuiciar y, si se les declara culpables, castigar a los perpetradores de determinados crímenes internacionales, entre los que se cuentan los crímenes de lesa humanidad, se desprende de la obligación de garantía consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que

Na parte dispositiva da sentença, a Corte finalmente determina, entre outros, que:

5. O Estado deve assegurar que o Decreto Lei n.º 2.191 não siga representando um obstáculo para a continuidade das investigações sobre a execução extrajudicial do senhor Almonacid Arellano e para a identificação, e se o caso, punição aos responsáveis, conforme assinalado nos parágrafos 145 à 157 da Sentença.

6. O Estado deve assegurar que o Decreto Lei n.º 2.191 não siga representando um obstáculo para a investigação, julgamento e identificação e, se o caso, sanção dos responsáveis por outras violações similares.²⁷⁵

No entanto, quando a sentença é expedida, em 2006, apesar da manutenção da lei de anistia de 1978, o Chile já vinha processando graves violações contra os direitos humanos ocorridas no passado. Assim, antes de arguir o modo de implementação desta sentença, mostra-se oportuno escrutinar como as cortes já vinham incorporando o Direito Internacional em suas decisões.

As primeiras tentativas exitosas de processamento datam de meados dos anos 1990, orientadas por uma estratégia de contornar a anistia ao invés de desafiá-la. “Os primeiros avanços ocorreram em casos não cobertos pela anistia, fosse por terem sido os crimes cometidos após 1978, ou por excepcionalidades específicas”²⁷⁶. Em um caso decidido em 1993, um tribunal da província de Lautaro afastou a aplicação da anistia argumentando que o sequestro de uma criança jamais encontrada constituía um delito permanente, cuja continuidade persiste no tempo. Esse é um argumento eminentemente de direito doméstico, porém o magistrado responsável pela causa adicionou em sua sentença:

Sem prejuízo ao reconhecimento da perene vigência dos postulados elementares do direito político, reconhecidos pela civilização ou em documentos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, e a Declaração Americana

ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción”. *Ibidem*, parágrafo 110.

²⁷⁵ Tradução livre, no original: “5. El Estado debe asegurarse que el Decreto Ley No. 2.191 no siga representando un obstáculo para la continuación de las investigaciones de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano y para la identificación y, en su caso, el castigo de los responsables, conforme a lo señalado en los párrafos 145 a 157 de esta Sentencia. 6. El Estado debe asegurarse que el Decreto Ley No. 2.191 no siga representando un obstáculo para la investigación, juzgamiento y, en su caso, sanción de los responsables de otras violaciones similares”. *Ibidem*, parágrafo 171 (pontos resolutivos).

²⁷⁶ Tradução livre, no original: “the first advances occurred in cases not covered by the amnesty law, either because they had been committed after the 1978 enactment date or through specific exemption”. COLLINS, Cath Collins. “Human Rights Trials in Chile during and after the ‘Pinochet Years’”. *International Journal of Transitional Justice*, vol.04, nº 01, 2010, p.74.

dos Direitos Humanos aprovada previamente, também no mesmo ano, em nosso continente.²⁷⁷

Essa decisão foi a primeira de uma série em que tribunais locais utilizarão o Direito Internacional como argumentação contra a lei de impunidade.²⁷⁸ Tal caractere é expressivo uma vez considerado que, no Chile, como se verá em detalhe na Seção 3.2.2, a Constituição não possui uma abertura normativa ao direito internacional conferindo-lhe especial status doméstico. De acordo com Collins, apenas em 1994, 15 policiais que atuaram no aparato repressor do regime militar foram condenados em primeira instância por graves violações contra os direitos humanos cometidas durante a ditadura chilena.²⁷⁹

A mais significativa alteração no cenário chileno ocorreu em 1998, quando a Sala Criminal da Suprema Corte pela primeira vez se pronunciou limitando a abrangência da anistia em um processo criminal (a Suprema Corte do Chile não tem poderes de revisão judicial, de tal feita que seus julgados não estabelecem precedentes vinculantes). Esse desenvolvimento legal doméstico ocorre apenas um mês antes de outro, internacional, que reverberaria estruturalmente nos sistemas jurídico e político do Chile: a prisão do ex-ditador Augusto Pinochet em Londres, em atenção a um pedido da justiça espanhola baseado em cláusula de jurisdição universal²⁸⁰.

No caso *Pedro Poblete*, a Sala Criminal da Suprema Corte chilena estabeleceu dois importantes critérios depois adotados em outros julgamentos. Primeiro, declarou que para que um crime seja anistiado o criminoso deve ser identificado e o caso elucidado, de maneira a não constituir-se uma anistia em branco. Segundo, que como o Chile havia decretado “Estado de Guerra” durante o

²⁷⁷ Tradução livre, no original: “[...] sin perjuicio de reconocer la perenne vigencia de los postulados elementales del derecho político, reconocidos por la civilización o en documentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos del Hombre proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 y la Declaración Americana de los Derechos del Hombre aprobada previamente, también el mismo año, en nuestro continente”. CHILE. Sentencia Juez letras de Lautaro, Sr. Christian Alfaro Muirhead, Causa Rol 37.860, 5ª consideração.

²⁷⁸ NEIRA, Karinna Fernández. “Breve Análisis de la jurisprudencia Chilena, en Relación a las Graves Violaciones a los Derechos Humanos Cometidos Durante la Dictadura Militar”. *Estudios Constitucionales*, vol.8, nº01, 2010, p.471.

²⁷⁹ COLLINS, Cath Collins. “Human Rights Trials in Chile during and after the ‘Pinochet Years’”. *International Journal of Transitional Justice*, vol.04, nº 01, 2010, p.74.

²⁸⁰ A melhor análise deste processo e suas consequências está disponível em: ROHT-ARRIAZA, Naomi. *The Pinochet Effect: transnational justice in the Age of Human Rights*. 2ª edição, Filadélfia: University of Pennsylvania Press, 2006.

regime militar, as Convenções de Genebra devem ser aplicadas na análise judicial dos casos “constituindo um dever o direito interno se adequar à normativa internacional, que objetiva garantir os direitos essenciais que emanam da natureza humana”²⁸¹. Ainda, no ano seguinte, a mesma Sala Criminal passaria a aplicar, a partir do caso *Parral*²⁸², a tese de que a anistia não pode ser aplicada a casos de sequestros e detenções clandestinas quando estas se estenderam para além do marco temporal daquela lei, vez que então estaria constituído um crime continuado cujo *iter delitivo* escapa ao alcance do perdão concedido.²⁸³ Enquanto *Parral* oferece um desenvolvimento predominantemente doméstico, *Pedro Poblete* conta com um maior aproveitamento do direito internacional em sua fundamentação.

Esses desenvolvimentos tornam claro que quando a Corte Interamericana de Direitos Humanos julgou o caso *Almonacid Arellano*, em 2006, o direito internacional já era domesticamente aplicado como fonte subsidiária na persecução penal às graves violações de direitos humanos. Já ocorria, portanto, uma forma de transconstitucionalização reflexiva com vistas à efetivação da norma global de responsabilidade individual. Tal padrão às vezes resta encoberto pela abordagem caso-a-caso da Corte Suprema que, alijada de poderes para o estabelecimento de precedentes vinculantes, compôs uma jurisprudência nem sempre homogênea²⁸⁴. Nesse contexto, cabe agora retomar a questão: qual o impacto da sentença da Corte Interamericana no contexto doméstico chileno?

Em termos de observância estrita, a sentença do caso *Almonacid Arellano* foi apenas parcialmente implementada pelo Estado chileno²⁸⁵. A justiça doméstica reabriu o caso individual que motivou a decisão, mas outros pontos resolutivos não

²⁸¹ Tradução livre, no original: “constituyendo un deber del Derecho interno adecuarse a la normativa internacional, que persigue garantizar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”. CHILE. Corte Suprema de Chile. Segunda Sala Criminal. Rol n° 469-98, *Pedro Poblete*, 09 de setembro de 1998, 10ª consideração.

²⁸² CHILE. Corte Suprema de Chile. Segunda Sala Criminal. Rol n.º 248-98, *Parral*, 07 de janeiro de 1999.

²⁸³ NEIRA, Karinna Fernández. *La prescripción gradual, aplicada a los delitos de lesa humanidad*. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Chile, 2010, pp.76-82.

²⁸⁴ COLLINS, Cath *et alli*. “Verdad, justicia y memoria: las violaciones de derechos humanos del pasado”. In: *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile - 2011*. Santiago: Universidad Diego Portales, 2011, pp 19-53.

²⁸⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Almonacid Arellano Monitoring Compliance Report*. November 18, 2010.

foram plenamente resolvidos, especialmente aquele que expressamente determina que o Estado deve assegurar que o Decreto nº 2.191/1978 não siga obstaculizando as investigações e responsabilização pelas graves violações contra os direitos humanos. Uma perspectiva tradicional, portanto, classificaria a sentença como não observada. Não obstante, adotando-se uma perspectiva de influência, conforme proposto na argumentação teórica deste estudo, o cenário se apresenta bem mais complexo.

Menos de três meses após a decisão da Corte Interamericana, a Sala Criminal da Suprema Corte declarou, pela primeira vez, que crimes contra a humanidade são imprescritíveis, confirmando a decisão de instâncias inferiores no mesmo sentido, no bojo do caso *Hugo Vásquez Martínez e Mario Superby Jeldress*²⁸⁶, tratando de execuções sumárias. Na decisão a Corte abertamente vincula sua argumentação ao direito internacional dos direitos humanos e, mais explicitamente, transcreve os parágrafos 96 e 99 da sentença da Corte Interamericana para o caso *Almonacid Arellano*, onde “crime contra a humanidade” é definido.

A mesma argumentação foi adotada pela Corte Suprema em um conjunto de outros casos cuja matéria abarca a aplicação da norma global de responsabilidade individual. Se, no primeiro caso, a corte aplicou o conceito em um caso de execução sumária, dali em diante estendeu sua aplicação também para homicídios, como nos casos *Manuel Tomás Rojas Fuentes*²⁸⁷ e *José Matías Ñanco*²⁸⁸, decididos em janeiro de 2007. Em maio do mesmo ano, a argumentação baseada na decisão do tribunal regional de direitos humanos também levaria à aplicação do conceito de crimes contra a humanidade como fundamento de imprescritibilidade em julgamentos por sequestro, no caso *Ricardo Troncoso Muñoz e outros*²⁸⁹. Finalmente, a Corte chilena passou a incorporar critérios de direito internacional e referências à jurisprudência da Corte Interamericana de forma ainda mais

²⁸⁶ CHILE. Corte Suprema de Chile. Segunda Sala Criminal. Rol nº 559-04, *Hugo Vásquez Martínez e Mario Superby Jeldress*, 13 de dezembro de 2006.

²⁸⁷ CHILE. Corte Suprema de Chile. Segunda Sala Criminal. Rol nº 3125-04, *Manuel Tomás Rojas Fuentes*, 13 de janeiro de 2007.

²⁸⁸ CHILE. Corte Suprema de Chile. Segunda Sala Criminal. Rol nº 2666-04, *José Matías Ñanco*, 18 de janeiro 2007.

²⁸⁹ CHILE. Corte Suprema de Chile. Segunda Sala Criminal. Rol nº 3452-06, *Ricardo Troncoso Muñoz e outros*, 10 de maio de 2007.

homogênea e substantiva em casos envolvendo crimes praticados em outros países da região, quando era chamada a manifestar, por exemplo, em casos de extradição²⁹⁰.

Em todos estes exemplos o uso do direito internacional não se deu de modo eminentemente *normativo*, com a invocação da sentença externa como elemento hierarquicamente superior ao direito comum ou, menos ainda, como forma de *revisão judicial* da legislação doméstica. O direito internacional foi utilizado para construir, *reflexivamente*, um referencial transversal principiológico que, por sua vez, altera a percepção de adequação do direito doméstico. Com base nesse referencial reflexivo transconstitucional, a Corte Suprema resta persuadida da existência de uma norma, demonstrada por exemplos comparados, e reconstrói o próprio direito doméstico, articulando-o com a normativa externa de modo a gerar conformidade. Encontramos, assim, os três estágios do ciclo de vida da norma, que emerge em julgamentos singulares e recursais, e é posteriormente demonstrada em diversos casos, domésticos, comparados e internacionais (o momento da cascata), para então internalizar-se como uma expectativa normativa estabilizada. Em uma perspectiva hierárquica, o modo de articulação chileno representa um fracasso da pretensão vinculante do sistema regional, já desde uma perspectiva ampliada de governança transversal dos direitos humanos, a estratégia apresenta-se exitosa. Mesmo sem subordinar o direito local, o direito regional foi capaz de incidir e produzir alterações normativas relevantes e, ainda, mudanças concretas no processo de luta contra a impunidade.

Embora a sentença da Corte não seja o vetor que impulsiona os primeiros processos judiciais, nem seja a determinante única para a constituição de um referencial normativo de aplicação da norma global, ela funciona como um dos vários capilares que, somados, produzem a cascata normativa e a internalização da norma desafiando a anistia doméstica. O processo de articulação constitucional, desta maneira, permite tanto a manutenção da identidade constitucional chilena, quanto a implementação da norma global embora, evidentemente, a resultante da soma desses vetores possa parecer multiplamente insatisfatória: da perspectiva do

²⁹⁰ NEIRA, Karinna Fernández. “Proceso de reafirmación e implementación del Estatuto de Roma en Chile y la jurisprudencia chilena relativa a crímenes de carácter internacional”. In: ARAVENA, Claudia Cardenas; NEIRA, Karinna Fernández (Orgs.). *La Corte Penal Internacional y sus Primeros 10 Años*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2013, pp.473-513.

direito doméstico, é possível argumentar que a normativa internacional fragiliza a capacidade de autodeterminação e certa concepção de soberania nacional; da perspectiva do direito internacional, a não implementação integral da sentença pode ser criticada como descompromisso ou, mesmo, como falta de atenção a um comando hierárquico. Por sua vez, na perspectiva aqui proposta, os casos exemplificam um processo de transconstitucionalização entre regimes autônomos e não hierarquicamente vinculados.

3.2.3. *Brasil*

Mesmo compartilhando algumas das características histórico-contextuais de seus vizinhos, o Brasil seguiu um caminho diferente no que concerne ao desenvolvimento doméstico da norma global de responsabilidade individual. Assim como o Chile, o Brasil também aprovou uma lei de anistia durante o regime militar, em 1979. Enquanto chilenos questionaram a validade de sua anistia nos tribunais já no primeiro ano após o fim da ditadura, no Brasil a lei só veio a ser desafiada na Suprema Corte em 2008, quase trinta anos depois de sua promulgação, e 23 anos depois do fim do regime militar. Antes disso, em cortes inferiores, pouquíssimas vezes a anistia foi questionada, caracterizando-se a justiça transicional no país por iniciar seus esforços ao redor de um programa de reparações, expandindo-os para políticas de memória e verdade, com a luta contra a impunidade tornando-se relevante para setores mais amplos da sociedade apenas em um terceiro momento histórico.²⁹¹

Especialmente a partir da segunda metade dos anos 2000, vítimas, seus parentes e o Ministério Público passaram a questionar aspectos da lei de anistia na justiça²⁹². Tais ações não necessariamente possuíam objetivos penais, muitas vezes buscando apenas efeitos declaratórios ou de reparação. Com raríssimas exceções,

²⁹¹ ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. "Mutações no conceito de anistia na Justiça de Transição brasileira: a terceira fase da luta pela anistia". *Revista Brasileira de Direito*, vol.03, nº02, 2012, pp.357-379.

²⁹² Cf.: FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. "Crimes da Ditadura: iniciativas do Ministério Público Federal em São Paulo". In: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (orgs.). *Memória e Verdade: a justiça de transição no estado democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

a justiça negou tais pretensões²⁹³ tendo, em diversos casos, o judiciário estendido os efeitos penais da anistia de 1979 também para a esfera civil²⁹⁴. Assim, enquanto na Argentina e no Chile o processo doméstico de busca de efetividade para a norma global de responsabilidade individual – a fase do ciclo da vida da norma em que movimentos favoráveis à demanda social buscam persuadir os atores estratégicos nas agências decisórias quanto a própria existência da norma – é iniciado “de baixo para cima”, no Brasil, as instâncias inferiores mostraram-se resistentes a argumentos que procurassem contornar a anistia (pela via civil). A lei de anistia brasileira foi efetivamente desafiada pela norma global de responsabilidade individual em dois processos “de cima para baixo”.

Em 1995, familiares de mortos e desaparecidos durante a Guerrilha do Araguaia, representados pelo Centro para a Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e pela *Human Rights Watch*, peticionaram junto à Comissão Interamericana em Washington, questionando a inação do Estado brasileiro quanto aos casos de assassinatos e ocultação de restos mortais. Em março de 2001, a Comissão admitiu a petição e iniciou procedimentos que culminaram com a expedição de relatório nº 91²⁹⁵, em outubro de 2008. No prazo regimental, o Estado brasileiro falhou em dar cumprimento satisfatório às medidas demandadas como necessárias, ensejando a remessa do caso para a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Julgado em novembro de 2010, o caso *Julia Gomes Lund e outros vs. Brasil* teve resultado análogo àqueles de outros países tratando do mesmo tema: uma condenação. A Corte declarou que:

As disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil.²⁹⁶

²⁹³ Uma delas é a ação da família Teles contra Carlos Alberto Brilhante Ustra. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 1ª Câmara de Direito Privado. Processo nº 0347718-08.2009.8.26.0000, 14 de agosto de 2012.

²⁹⁴ Por exemplo: BRASIL. Justiça Federal. 8ª Vara Federal Cível de São Paulo. Ação Civil Pública nº 2008.61.00.011414-5.

²⁹⁵ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório n.º 91/08, de outubro de 2008.

²⁹⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Julia Gomes Lund e outros v. Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010, 3º ponto declaratório.

Paralelamente, a lei foi desafiada, também “verticalmente”, em foro doméstico. No mesmo ano em que a Comissão remeteu o caso *Gomes Lund* à Corte, a Ordem dos Advogados do Brasil ingressou com uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), tombada sob o número 153/2008, questionando a compatibilidade da Lei de Anistia com a Constituição da República de 1988. A ação foi julgada em abril de 2010, meio ano antes da decisão da Corte Interamericana. Por sete votos a dois, o Supremo Tribunal Federal afastou os questionamentos suscitados e manteve vigente a lei.²⁹⁷ A decisão do STF conforma um modelo de resistência ao direito internacional ou comparado, basicamente, por ignorar qualquer dos petítórios neles baseados no curso da ADPF, especialmente aqueles em sede de *amicus curiae*. Em todo o debate empreendido pela Corte sobre a eventual recepção da anistia à graves violações contra os direitos pela Constituição democrática de 1988, apenas três alusões relevantes são feitas a fontes normativas externas.

O Ministro Relator, Eros Grau, promove pontual abertura ao direito comparado ao citar os exemplos de Argentina, Chile e Uruguai para apontar que nestes países a lei de anistia foi desafiada nas cortes supremas e mantida, tendo sido posteriormente derogada apenas na Argentina.²⁹⁸ Com tal referência, que ignora em grande medida os desenvolvimentos jurisprudenciais efetivamente empreendidos pelas cortes domésticas destes países, fundamenta argumentação de que não caberia ao tribunal constitucional, mas sim ao congresso nacional a promoção de qualquer alteração da lei de anistia. Nesse sentido, desloca a fronteira entre direito e política em favor da segunda, sustentando a impossibilidade de revisão judicial da matéria.

Em sentido oposto, em seu voto vencido, o Ministro Ricardo Lewandowski sinaliza para o “tormentoso”²⁹⁹ debate sobre a ampla punibilidade dos crimes de lesa-humanidade. Posteriormente, desenvolve a tese, compatível com a norma global emergente, de que apenas uma consideração caso-a-caso permitiria a correta aplicação da anistia doméstica, excluídos os casos de crimes sem “natureza política

²⁹⁷ Uma ampla análise da decisão está disponível em: TORELLY, Marcelo D. *Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp.300-360.

²⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 153/2008. *Voto do Ministro Relator Eros Roberto Grau*, abril de 2010, pp.29-30, parágrafos 47-49.

²⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 153/2008. *Voto do Ministro Ricardo Lewandowski*. Abril de 2010, p.17.

ou cometidos por razões políticas”³⁰⁰, vez que o texto legal da Lei de Anistia refere-se apenas a delitos com estas características. Destacando, ainda, o reconhecimento pela Corte Interamericana da existência de um obrigação de investigar, ajuizar e punir as graves violações aos direitos humanos derivada do artigo 1.1 da Convenção Americana³⁰¹, citando ilustrativamente a jurisprudência firmada pelo tribunal regional nos casos *Goiburú*³⁰², *Ximenes Lopes*³⁰³, *Baldeón Garcia*³⁰⁴, *Massacre de Pueblo Bello*³⁰⁵ e *Massacre de Mapiripán*³⁰⁶.

A despeito da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos ter sido fartamente citada pelas organizações que atuaram enquanto amigos da corte e no referido voto individual do Ministro Ricardo Lewandowski, no bloco de votos que conformaram a posição majoritária vencedora, pró-impunidade, ela restaria registrada apenas no voto do Ministro Celso de Mello. O Ministro concorda com o argumento do relator de que “[...] o legislador procurou estender a conexão aos crimes praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado de exceção. Daí o caráter bilateral da anistia, ampla e geral”³⁰⁷, para então reconhecer que:

[...] a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em diversos julgamentos, -- como aqueles proferidos, p. ex., nos casos contra o Peru (“*Barrios Altos*”, em 2001, e “*Loayza Tamayo*”, em 1988) e contra o Chile (“*Almonacid Arellano e outros*”, em 2006), proclamou a absoluta incompatibilidade, com os princípios consagrados na Convenção Americana de Direitos Humanos, das leis nacionais que concederam anistia, unicamente, a agentes estatais, as denominadas “leis de auto-anistia”. A razão dos diversos precedentes firmados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos apoia-se no reconhecimento de que o Pacto de São José da Costa Rica não tolera o esquecimento penal de violações aos direitos fundamentais da pessoa humana nem legítima leis nacionais que

³⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 153/2008. *Voto do Ministro Ricardo Lewandowski*. Abril de 2010, p.29.

³⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 153/2008. *Voto do Ministro Ricardo Lewandowski*. Abril de 2010, p.31.

³⁰² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Goiburú e outros vs. Paraguai*. Sentença de 22 de setembro de 2006.

³⁰³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Ximenes Lops vs. Brasil*. Sentença de 04 de julho de 2006.

³⁰⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Baldeón Garcia vs. Peru*. Sentença de 06 de abril de 2006.

³⁰⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Massacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentença de 31 de janeiro de 2006.

³⁰⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Massacre de Mapiripán vs. Colombia*. Sentença de 07 de março de 2005.

³⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 153/2008. *Voto do Ministro Relator Eros Roberto Grau*, abril de 2010.

amparam e protegem criminosos que ultrajara, de modo sistemático, valores essenciais protegidos pela Convenção Americana de Direitos Humanos e que perpetraram, covardemente, à sombra do Poder e nos porões da ditadura a que serviam, os mais ominosos e cruéis delitos [...]”³⁰⁸

Para então concluir que “a lei de anistia brasileira, exatamente por seu caráter bilateral, não pode ser qualificada como uma lei de auto-anistia, o que torna inconsistente, para os fins deste julgamento, a invocação dos mencionados precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos”³⁰⁹.

Desta feita, considerações que conformaram o bloco de votos pró-impunidade referindo as experiências estrangeiras e internacionais na resolução de problemas jurídicos equivalentes são equivocadas. Em sede de direito comparado, por ignorar um conjunto relevante de decisões que, em termos gerais, conforma o efetivo entendimento jurisprudencial da matéria pelos tribunais estrangeiros citados. Em relação ao direito internacional³¹⁰, por partir de uma interpretação absolutamente peculiar da jurisprudência da Corte Interamericana, vinculando a vedação das anistias não à norma substantiva derivada da Convenção Americana e do desenvolvimento por aquela Corte de uma doutrina quanto à obrigação de investigar e punir graves violações contra os direitos humanos, mas sim na suposta bilateralidade da lei. Ainda, a referência promove uma elíptica noção do que seja uma auto-anistia, marcada pela contradição interna da afirmação de que, ao conceder uma anistia bilateral, os membros do regime não estariam, ao mesmo tempo, conferindo uma auto-anistia a seus crimes. Tal postura configura, na prática, um modelo de resistência ao direito internacional, vez que não ocorre uma sincera consideração de seus pressupostos.

A supraferida apreciação da lei de anistia apreciada pela Corte Interamericana ocorreria seis meses depois desta decisão do STF. Se na Argentina as sentenças da Corte Interamericana contra Estados terceiros foram usadas como subsidiárias em decisões domésticas que já incluíam uma ampla gama de normativas internacionais para a implementação da norma global de

³⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 153/2008. *Voto do Ministro Celso de Mello*, abril de 2010, pp.26-27. Grifos excluídos.

³⁰⁹ *Ibidem*, p.27. Grifos excluídos.

³¹⁰ Uma análise mais completa desde a perspectiva do direito internacional pode ser obtida em: VENTURA, Deisy. “A interpretação judicial da Lei de Anistia no Brasil”. In: PAYNE, Leigh A.; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. (orgs). *A Anistia na Era da Responsabilização*. Brasília/Oxford: Ministério da Justiça/Universidade de Oxford, 2011, pp.308-343.

responsabilidade individual. No Chile, as decisões foram incorporadas como elemento reflexivo reforçando e consolidando uma tendência de demonstração e conformidade com a norma global mesmo antes da condenação do Estado. No caso brasileiro a decisão da Corte Interamericana será inserida em um contexto de antagonismo entre o tribunal regional e a suprema corte doméstica.

Enquanto nos vizinhos a jurisprudência da Corte somou-se a um vetor pró-norma global, no Brasil ela deparou-se com uma resistência de natureza excepcionalista, vez que o Supremo Tribunal Federal procurou diferenciar o caso brasileiro de todos os demais anteriormente decididos pela Corte Interamericana, ou solucionados no direito comparado. Sem que os tribunais domésticos restassem persuadidos da existência da norma (primeira fase do ciclo da vida), o momento demonstrativo não ocorreu. Ao contrário, a corte doméstica procurou justificar a ausência de similaridade entre os casos da cascata da norma e o caso local.

A decisão da Corte Interamericana no caso *Gomes Lund* precisou dialogar com uma realidade doméstica mais complexa que, por exemplo, aquela do Chile quando do julgamento do caso *Almonacid Arellano*. Tal questão leva a Corte a reiterar de modo bastante claro sua própria jurisprudência e argumentar explicitamente pela necessidade de atenção dos Estados às formas de controle de convencionalidade (tema que será retomado no próximo capítulo), apontando que:

Em numerosas ocasiões, a Corte Interamericana afirmou 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, o que inclui, eventualmente, as decisões de tribunais superiores (sic). 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. Consequentemente, as alegações referentes a essa exceção são questões relacionadas diretamente com o mérito da controvérsia, que podem ser examinadas por este Tribunal à luz da Convenção Americana, sem contrariar a regra da quarta instância.³¹¹

³¹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Julia Gomes Lund e outros v. Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010, parágrafo 49.

Assim como no caso chileno, a Corte despende grande esforço em formular as categorias de apreciação que justificam a condenação do Estado. Três são de fundamental interesse para a discussão da norma global de responsabilidade individual, quais sejam, (i) a obrigação de investigar e punir graves violações aos direitos humanos, (ii) a natureza permanente do desaparecimento forçado e (iii) a vedação de anistias para as graves violações contra os direitos humanos. Nelas a Corte fundamenta sua decisão explorando a natureza transconstitucional dos direitos fundamentais. Além de sua própria jurisprudência e dos dispositivos normativos da Convenção Americana, alude à Comissão de Direitos Humanos da ONU e a uma série de relatorias especiais da mesma organização, inclusive a contra a tortura, além de decisões dos sistemas regionais de direitos humanos da Europa e África, portanto, direito internacional e comparado.

Mais ainda, para justificar especificamente a vedação às anistias e, conseqüentemente, demonstrar obrigação de investigar e punir, e a cascata da norma global de responsabilidade individual, a Corte alude julgados de cortes supremas do Chile, Colômbia, Peru e Uruguai. Procedendo desta maneira, mais do que funcionar exclusivamente como *centro* do regime regional de direitos humanos, a Corte funciona como um ator institucional que se pretende como articulador da governança transversal dos direitos humanos na região. Ao fazê-lo, atua não apenas no sentido de demonstrar a existência de uma norma no regime do qual é órgão central, mas também de persuadir sobre a existência global da norma, demonstrando sua aplicação em um amplo conjunto de regimes heterárquicos que guardam relação entre si por meio do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

As conclusões da Corte naquilo que concerne à norma global de responsabilidade individual são muito similares às antes emanadas nos outros julgados acima colacionados:

A Corte Interamericana considera que a forma na qual foi interpretada e aplicada a Lei de Anistia aprovada pelo Brasil afetou o dever internacional do Estado de investigar e punir as graves violações de direitos humanos, ao impedir que os familiares das vítimas no presente caso fossem ouvidos por um juiz, conforme estabelece o artigo 8.1 da Convenção Americana, e violou o direito à proteção judicial consagrado no artigo 25 do mesmo instrumento, precisamente pela falta de investigação, persecução, captura, julgamento e punição dos responsáveis pelos fatos, descumprindo também o artigo 1.1 da Convenção. Adicionalmente, ao aplicar a Lei de Anistia impedindo a investigação dos fatos e a identificação, julgamento e eventual sanção dos possíveis responsáveis por violações continuadas e permanentes, como os desaparecimentos forçados, o Estado

descumpriu sua obrigação de adequar seu direito interno, consagrada no artigo 2 da Convenção Americana.³¹²

A Suprema Corte brasileira não voltou a se pronunciar sobre a Lei de Anistia desde então, muito embora haja um recurso pendente de decisão. Não obstante, isso não impede a avaliação sobre a influência que a decisão produziu no direito doméstico. Ampliando a ideia de diálogo entre cortes, conforme proposta por Slaughter³¹³, para outra, mais afinada com o processo jurídico transnacional, de *diálogo interinstitucional*, é possível mapear pelo menos um processo significativo de influência da decisão, com potencialidade para produção de alterações relevantes na interpretação judicial doméstica da lei de anistia.

A atuação institucional do Ministério Público Federal (MPF) antes da decisão do caso *Gomes Lund* era incipiente. Muito embora alguns procuradores tenham procurado mobilizar a instituição para esse problema jurídico, persuadindo colegas sobre a existência de uma norma de responsabilidade individual e de uma obrigação de investigar e punir, a instituição, universalmente, não promoveu uma agenda mais intensa de luta contra a impunidade. Nos anos de 2008 e 2009, apenas oito notícias-crime com vistas à apuração de desaparecimentos e homicídios cometidos durante a ditadura foram movidas, todas com destacado protagonismo dos procuradores Eugênia Gonzaga e Marlon Weichert³¹⁴. Mais ainda, quando manifestou-se durante a ADFP nº153 o Ministério Público Federal, por meio do Procurador-Geral da República, sustentou interpretação de resistência à norma global, afirmando o excepcionalismo da anistia brasileira. Tal posição é alterada após a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Com a decisão da Corte regional de direitos humanos, o MPF passou a estudar suas consequências legais e propor mecanismos para a implementação da sentença internacional no direito doméstico. Tal processo de reflexão teve suas atas publicadas por meio dos documentos nº 01 e nº 02, de 2011, da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (Matéria Penal e Controle Externo da Polícia). O segundo documento é de particular interesse, pois desnuda

³¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Julia Gomes Lund e outros v. Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010, parágrafo 172.

³¹³ SLAUGHTER, Anne-Marie. "A Global Community of Courts". *Harvard International Law Journal*, vol. 44, no. 01, 2003.

³¹⁴ BRASIL. Ministério Público Federal. *Grupo de Trabalho Justiça de Transição – Atividades de Persecução Penal Desenvolvidas pelo Ministério Público Federal 2011-2013*. Brasília, 2014, p.16.

tanto a argumentação legal construída quanto a estratégia formulada para a aplicação da norma global. Produzido após uma oficina conjunta entre o MPF (2ª Câmara e Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão), Ministério da Justiça (Comissão de Anistia), Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e Centro Internacional para a Justiça de Transição (ICTJ), o documento demonstra a busca e absorção pela instituição de contribuições sobre a estruturação do processo de litígio em direitos humanos da Argentina e do Chile.

Conforme o documento, o MPF entende a sentença internacional como normativa:

Na parte relativa às atribuições criminais do Ministério Público Federal, a Corte determinou ao Brasil que conduza eficazmente a investigação penal para esclarecer os fatos, para definir as correspondentes responsabilidades penais e para impor efetivamente as sanções penais cabíveis. Esta obrigação criminal deve ser cumprida pelo Brasil em um prazo razoável [...].³¹⁵

Em sua deliberação, os procuradores, por unanimidade, firmaram entendimento de que “decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, expressa nos votos da maioria vencedora, e a manifestação do Procurador-Geral da República naquele caso não colidem integralmente com a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos”³¹⁶, uma vez que as decisões dialogam com distintos aspectos de competência judicial “com consequências diversas à luz do aspecto constitucional ou convencional analisado, porém sem margem para o descumprimento da decisão da Corte.”³¹⁷

Para além do reconhecimento da validade normativa da sentença, a abordagem definida para a busca de implementação da decisão internacional, sem questionar diretamente a decisão doméstica anterior, visivelmente é construída desde uma racionalidade que incorpora o transconstitucionalismo reflexivo dos direitos fundamentais:

O planejamento da persecução penal deve se valer da jurisprudência internacional e comparada, especialmente referida pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. Na medida do possível e atenta às particularidades de cada país, devem ser consideradas as soluções jurídico-penais adotadas por outros países

³¹⁵ BRASIL. Ministério Público Federal. 2ª Câmara. Documento nº 02/2011. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, n.º07, 2012, p.361.

³¹⁶ *Ibidem*, p.362.

³¹⁷ *Ibidem*, p.364.

latino americanos ou de semelhante tradição continental, que enfrentaram problemas similares, como por exemplo, o procedimento de dupla subsunção dos fatos aos tipos penais nacionais vigentes à época dos fatos e às normas escritas ou costumeiras do direito penal internacional.³¹⁸

O parágrafo 43 do documento ainda estabelece a criação de um grupo de trabalho sobre Justiça de Transição para centralizar e coordenar as atividades de implementação da sentença.³¹⁹ A partir desse momento, a instituição incorporou a emergência normativa, restando persuadida, e passou a buscar a demonstração da existência da norma global de responsabilidade individual no plano doméstico, somando-se aos vetores que compõem a cascata normativa. Dois resultados relevantes derivaram desse processo: a mudança de perspectiva do Procurador-Geral da República sobre a imprescritibilidade das graves violações aos direitos humanos, e o início de uma série de investigações e processos criminais contra perpetradores nas instâncias judiciais de primeiro grau. A mudança de posição do Procurador-Geral consolidou-se em manifestação em processo de extradição, onde afirmou a natureza imprescritível de tais delitos no *ius cogens*³²⁰.

Ainda, aprofundou-se em sua manifestação no bojo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 320, onde explicitamente manifestasse não apenas pela não aplicação da anistia como, processualmente, pela existência de um “sistema de duplo controle”³²¹ de legalidade no Brasil, integrado pelo “controle de constitucionalidade nacional e o controle de convencionalidade internacional”³²². Desta maneira, defende não apenas a aplicação da norma global como, também, soma-se aos juristas que advogam a existência de um poder de revisão judicial análogo ao controle de constitucionalidade na Corte Americana (tema que será retomado no próximo capítulo).

O primeiro relatório do grupo de trabalho especializado criado em 2012 dá conta da realização de seis denúncias criminais, bem como da corrente existência

³¹⁸ *Ibidem*, p.366.

³¹⁹ *Ibidem*, p.367.

³²⁰ BRASIL. Ministério Público Federal. Manifestação do Procurador-Geral da República Rodrigo Janot sobre *Prisão Preventiva para Extradição 696/2013*. Supremo Tribunal Federal, 24 de setembro de 2013.

³²¹ Esse tema será retomado na seção 4.3.

³²² BRASIL. Ministério Público Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 320 junto ao Supremo Tribunal Federal. Manifestação do Procurador-Geral da República Rodrigo Janot.. Brasília, 28 de agosto de 2014, pp.30-31.

de 195 investigações em andamento.³²³ É cedo para dizer se o Poder Judiciário brasileiro irá convergir ou articular a decisão internacional, produzindo maior internalização da norma global, ou se seguirá resistindo. Nenhuma das doze denúncias apresentadas até o momento teve seguimento.

3.2.4. Uruguai

O caso uruguaio de resposta à norma global reúne elementos presentes em todos os três processos nacionais anteriores: apresenta uma forte mobilização social e, conseqüentemente, um amplo envolvimento das instituições de representação democrática – mais notadamente, o Congresso Nacional – similarmente à Argentina; o desenvolvimento de estratégias para contornar a anistia, como no Chile; e momentos de negativa em aplicar a normativa internacional, como no Brasil. Como então classificar a experiência uruguaia?

Explicitando a dupla função que as cortes desempenham ao interpretar a constituição em questões transconstitucionais, quais sejam, dar forma às separações entre direito e política desenhadas pela constituição, mas também mediar as relações cada vez mais fluidas entre interno e externo, pretende-se demonstrar como o Uruguai constituiu um exemplo de articulação reflexiva, similarmente ao Chile, mas cujo produto final do processo decisório é predominantemente de resistência qualificada à norma global.

Após oito anos de ditadura (1976-1984), uma série de negociações políticas (os chamados “*Acordos do Clube Naval*”) permitiram a redemocratização do país, em um modelo “escalonado”, similar àqueles de Brasil e Chile, em que as forças do antigo regime seguiram inseridas em processos-chave de tomada de decisão.³²⁴ Em 1985, foi aprovada uma anistia (*Lei de Pacificação Nacional*³²⁵) explicitamente excluindo violações contra os direitos humanos praticadas por agentes da

³²³ BRASIL. Ministério Público Federal. *Grupo de Trabalho Justiça de Transição – Atividades de Perseguição Penal Desenvolvidas pelo Ministério Público Federal 2011-2013*. Brasília, 2014, pp.248-261.

³²⁴ Veja-se: MALLINDER, Louise. “Uruguay’s evolving experience of amnesty and civil society’s reponse”. *Beyond Legalism: amnesties, transition and conflict transformation*. Working Paper Series n.º 04. Institute of Criminology and Criminal Justice, Queen’s University Belfast, March 2009.

³²⁵ URUGUAI. *Ley n.º 15.737*, de 08 de marzo de 1985.

repressão³²⁶. Não obstante, em termos práticos, o governo atuou no sentido de evitar que investigações prosperassem.³²⁷

A despeito dos obstáculos práticos à responsabilização que seguiam existindo no novo regime, desde 1984 as organizações civis *Servicio Paz y Justicia* (SERPAJ) e o *Instituto de Estudios Legales y Sociales* (IELSUR) reuniram documentação sobre as violações praticadas pela repressão com vistas ao ajuizamento penal. Os meses que se seguiram ao fim das restrições de liberdade impostas pela ditadura foram de intensa mobilização da sociedade civil junto aos tribunais. No quarto final do ano 1986, mais de 700 investigações haviam sido abertas,³²⁸ produzindo um clima de tensão entre os apoiadores do antigo regime. Nesse contexto, os comandos militares passam a orientar seus subordinados a não contribuírem com as investigações judiciais³²⁹. Em um cenário parecido com o observado no caso Argentino, temendo a instabilidade política e sob pressão dos militares, o governo trabalhou junto ao parlamento para a aprovação de medidas de impunidade. Em 22 de dezembro de 1986, foi aprovada a Lei 15.848, conhecida como *Lei de Caducidade*, cujo primeiro artigo:

Reconhece que, como consequência da lógica dos fatos originados pelo acordo celebrado entre partidos políticos e as Forças Armadas em agosto de 1984 e com objetivo de concluir a transição rumo à plena vigência da ordem constitucional, caducou o exercício da pretensão punitiva do Estado a respeito dos delitos cometidos até o dia 1º de março de 1985 por funcionários militares e policiais, equiparados e assemelhados, por motivos políticos ou em ocasião do

³²⁶ “Ficam excluídos da anistia os delitos cometidos por funcionários policiais ou militares, equiparados ou assimilados, que foram autores, coautores ou cúmplices de tratamentos desumanos, cruéis ou degradantes, ou da detenção de pessoas logo desaparecidas, e pelos que tenham encoberto quaisquer das ditas condutas. Esta exclusão se estende a todos os delitos cometidos, ainda que de natureza política, a pessoas que tenham atuado amparadas pelo poder do Estado em qualquer forma, ou desde cargos de governo”. Tradução livre, no original: “Quedan excluidos de la amnistía los delitos cometidos por funcionarios policiales o militares, equiparados o asimilados, que fueran autores, coautores o cómplices de tratamientos inhumanos, crueles o degradantes o de la detención de personas luego desaparecidas, y por quienes hubieren encubierto cualquiera de dichas conductas. Esta exclusión se extiende asimismo a todos los delitos cometidos aun por móviles políticos, por personas que hubieren actuado amparadas por el poder del Estado en cualquier forma o desde cargos de gobierno.” URUGUAI. *Ley n.º 15.737*, de 08 de marzo de 1985, art. 5º.

³²⁷ BURT, Jo-Marie; AMILIVIA, Gabriela; LESSA, Francesca. “Civil Society and the Resurgent Struggle against Impunity in Uruguay (1986-2012)”. *The International Journal of Transitional Justice*, vol. 07, 2013, p.311.

³²⁸ BRITO, Alexandra Barahona de. *Human Rights and Democratization in Latin America: Uruguay and Chile*. Oxford: Oxford University Press, 1997.

³²⁹ MALLINDER, Louise. “Uruguay’s evolving experience of amnesty and civil society’s reponse”. *Beyond Legalism: amnesties, transition and conflict transformation*. Working Paper Series n.º 04. Institute of Criminology and Criminal Justice, Queen’s University Belfast, March 2009, pp.41-50.

cumprimento de suas funções e nas ações ordenadas pelos oficiais que serviram durante o período de fato.³³⁰

A lei previu, ainda, que o juízo sobre o enquadramento ou não dos casos no dispositivo legal que determina a caducidade ficaria a critério do Poder Executivo. Procedimentalmente, o juiz encarregado da ação penal remeteria pedido de manifestação ao gabinete da presidência da República, que deliberaria sobre o caso, sem critérios pré-definidos na própria lei³³¹.

Imediatamente após a promulgação da lei, a Associação de Mães e Familiares de Desaparecidos empreendeu dois movimentos, apoiados por partidos da oposição: a busca da revogação da lei por meio de um referendo nacional, e sua declaração de inconstitucionalidade pela Suprema Corte de Justiça (SCJ). Em maio de 1988 a SCJ, por três votos a dois, considerou a lei constitucional, e o plebiscito nacional, tido em 16 de abril do ano seguinte, registrou apoio de 57% do eleitorado à lei.³³² Diferentemente das medidas de impunidade de Brasil e Chile, aprovadas durante ditaduras, a lei uruguaia, bem como as argentinas, foram aprovadas já após o retorno à democracia. Porém, ao contrário da Argentina, onde atores da sociedade civil foram capazes de aproveitar o fortalecimento das instituições democráticas no período imediatamente posterior à transição para questionar e reverter, parlamentar e judicialmente, as medidas de impunidade, no Uruguai os eleitores reforçaram a validade da lei por meio do exercício democrático direto.

³³⁰ Tradução livre, no original: “Reconócese que, como consecuencia de la lógica de los hechos originados por el acuerdo celebrado entre partidos políticos y las Fuerzas Armadas en agosto de 1984 y a efecto de concluir la transición hacia la plena vigencia del orden constitucional, ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1º de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto”. URUGUAI. *Ley 15.848, 22 diciembre 1986*, artigo 1º.

³³¹ “Para efeito do previsto nos artigos anteriores, o Juiz responsável nas denúncias correspondentes requererá ao Poder Executivo que informe, dentro do prazo peremptório de 30 dias a contar do recebimento da comunicação, se o caso investigado é considerado como compreendido dentro do artigo 1º da presente lei”. Tradução livre, no original: “a los efectos previstos en los artículos anteriores, el Juez interviniente en las denuncias correspondientes, requerirá al Poder Ejecutivo que informe, dentro del plazo perentorio de treinta días de recibida la comunicación, si el hecho investigado lo considera comprendido o no en el artículo 1º de la presente ley”. URUGUAI. *Ley 15.848, 22 diciembre 1986*, artigo 3º.

³³² BURT, Jo-Marie; AMILIVIA, Gabriela; LESSA, Francesca. “Civil Society and the Resurgent Struggle against Impunity in Uruguay (1986-2012)”. *The International Journal of Transitional Justice*, vol. 07, 2013, p.311.

Após a derrota nos tribunais e nas urnas, entidades da sociedade civil não deixaram de buscar por responsabilização. O IELSUR levou a questão à Comissão Interamericana que, em outubro de 1992, emitiu o relatório apontando a incompatibilidade da lei de 1986 com as obrigações internacionais assumidas pelo Uruguai ao firmar e ratificar a Convenção Americana dos Direitos Humanos³³³, sem que tal manifestação acarretasse maiores implicações práticas no processo imediato.

Devido a discricionariedade conferida ao Poder Executivo, o cenário se transformaria apenas com a alternância de poder e a chegada dos presidentes Tabaré Vázquez (2005-2010) e José Mujica (2010-2015) à presidência da República. No período imediatamente anterior, alguns casos foram processados a partir da construção do argumento de que a lei de 1986 não incluía os civis que se envolveram nas atividades de terrorismo de estado, com especial notoriedade para a aceitação da denúncia criminal contra o ex-Ministro de Assuntos Estrangeiros, Juan Carlos Blanco, em 2002³³⁴. Não obstante, apenas no governo Vázquez, quando uma nova interpretação passou a ser adotada de forma explícita pelo Poder Executivo aos casos envolvendo violações contra os direitos humanos durante a ditadura, os juízos penais passaram a ocorrer de maneira mais estável. De acordo com Galain:

Esta nova interpretação mudou o foco de uma anistia ampla para uma anistia com exceções. [...] Desde 2005, investigações e juízos criminais focaram primordialmente casos de desaparecimento forçada de pessoas, homicídios, privação ilegal de liberdade, associação ilícita (conspiração), e homicídios políticos. [...] As investigações e processamentos penais levaram à prisão a liderança da ditadura, outros funcionários militares, e os policiais envolvidos no aparato criminoso do Estado. A nova interpretação da lei de anistia pelo governo permitiu a persecução penal (inclusive a reabertura de casos anteriormente arquivados por efeito da anistia) e a condenação de criminosos antes protegidos pela Lei³³⁵.

³³³ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório no. 29/1992*.

³³⁴ MALLINDER, Louise. "Uruguay's evolving experience of amnesty and civil society's reponse". *Beyond Legalism: amnesties, transition and conflict transformation*. Working Paper Series n.º 04. Institute of Criminology and Criminal Justice, Queen's University Belfast, March 2009, 67. BURT, Jo-Marie; AMILIVIA, Gabriela; LESSA, Francesca. "Civil Society and the Resurgent Struggle against Impunity in Uruguay (1986-2012)". *The International Journal of Transitional Justice*, vol. 07, 2013, p.316.

³³⁵ Tradução livre, no original: "This new interpretation shifted focus from a broad amnesty to an amnesty with some exceptions [...] Since 2005, investigations and penal judgments have mainly targeted forced disappearances of persons, homicide, illegal deprivation of liberty, illicit association (conspiracy), and political homicide. [...] The investigations and penal judgments have led to the trial and imprisonment of the leadership of the dictatorship, other military functionaries, and the police who were involved in the criminal apparatus of the state. The government's new interpretation of the

O Governo Vázquez procurou, sem sucesso, aprovar uma lei específica formalizando os critérios que passara a adotar em termos práticos. Apesar do fracasso da iniciativa legislativa, nos anos que se seguiram 25 casos envolvendo aproximadamente 60 vítimas foram processados³³⁶. Originalmente, a estratégia adotada para responsabilizar criminalmente os agentes que praticaram violações contra os direitos humanos foi a caracterização dos desaparecimentos forçados – crime não tipificado no Uruguai à época da ditadura – como delitos continuados de sequestro. Posteriormente, especialmente após recursos aos tribunais colegiados, em alguns casos foi assumida a morte da vítima, caracterizando-se um homicídio.³³⁷ Até aquele momento, resguardadas exceções pontuais³³⁸, o direito internacional não fez parte do debate sobre a legalidade e a legitimidade da anistia no Uruguai. Porém, com a nova interpretação da lei e o início das perseguições penais, o debate sobre a constitucionalidade da lei de 1986 retornaria a SCJ, no ano de 2009.

Em foro de exceção de constitucionalidade, a SCJ foi chamada a se manifestar sobre a legalidade da anistia em um caso concreto. A manifestação do Ministério Público na ação basicamente argumentou no sentido da ilegitimidade da lei, apontando a impossibilidade de a “consequência da lógica dos fatos” decorrentes de um acordo político (artigo 1º da Lei) tido entre partidos políticos e as forças armadas limitar a soberania popular e vincular a atividade jurisdicional, e pela incompatibilidade das medidas de impunidade com o direito internacional, especificamente referindo os artigos 1.1, 8.1, 25.1 e 2 da Convenção Americana dos Direitos Humanos.

A Suprema Corte abertamente acolheria a primeira pretensão, argumentando que:

Amnesty Law has enabled criminal prosecution (including the re-opening of cases that had previously been shelved under amnesty) and condemnation of perpetrators protected by the Amnesty Law”. GALAIN, Pablo. “The Prosecution of International Crimes in Uruguay”. *International Criminal Law Review*, vol.10, 2010, p.606.

³³⁶ BURT, Jo-Marie; AMILIVIA, Gabriela; LESSA, Francesca. “Civil Society and the Resurgent Struggle against Impunity in Uruguay (1986-2012)”. *The International Journal of Transitional Justice*, vol. 07, 2013, 316.

³³⁷ GALAIN, Pablo. “The Prosecution of International Crimes in Uruguay”. *International Criminal Law Review*, vol.10, 2010.

³³⁸ BURT, Jo-Marie; AMILIVIA, Gabriela; LESSA, Francesca. “Civil Society and the Resurgent Struggle against Impunity in Uruguay (1986-2012)”. *The International Journal of Transitional Justice*, vol. 07, 2013, 321.

Nenhum acordo político nem a lógica dos fatos subsequentes conta com previsão constitucional que autorize desconhecer o que estabelecem os artigos 4º e 82 da Constituição como princípio fundamental de nossa organização democrática. Nenhum acordo político nem sua consequência lógica pode investir a representação original ou delegada da soberania e, portanto, resulta absolutamente inidôneo para emitir norma jurídica válida, vigente ou aceitável.³³⁹

Concluindo que “quando o artigo 1º da Lei n.º 15.848 reconhece outra fonte de normativa jurídica, se aparta ostensivamente de nossa organização constitucional”³⁴⁰. Ainda, na decisão, a Corte enfrenta a questão da especial legitimidade que a lei teria, se não por sua aprovação no Congresso, pelo referendo popular. Utilizando suas prerrogativas de intérprete da Constituição, o tribunal estabelece fronteiras entre o direito e a política. Aludindo as ideias de Luigi Ferrajoli, a Corte aponta que:

[...] o rechaço da derrogação por parte da cidadania não estende sua eficácia ao ponto de outorgar uma cobertura de constitucionalidade a uma norma legal viciada “ab origine” por transgredir normas ou princípios consagrados pela Carta. [...] as normas constitucionais que estabelecem os princípios e direitos fundamentais garantem a dimensão material da “democracia substancial”, que alude àquilo que não pode ser decidido ou deve ser decidido pela maioria, vinculando a legislação, sob pena de invalidez, em respeito aos direitos fundamentais e de outros princípios axiológicos estabelecidos por ela.³⁴¹

A sentença ainda reconhece a incorporação das normativas internacionais ao direito interno, uma vez que “as convenções internacionais de direitos humanos se integram à Carta por meio do artigo 72, por se tratarem de direitos inerentes à

³³⁹ Tradução livre, no original: “Ningún acuerdo político ni la lógica de los hechos subsiguientes cuenta con previsión constitucional que autorice a desconocer lo que establecen los arts. 4º y 82 de la Constitución como principio fundamental de nuestra organización democrática. Ningún acuerdo político ni su consecuencia lógica puede investir la representación original o delegada de la soberanía y, por lo tanto, resulta absolutamente inidóneo para emitir norma jurídica válida, vigente o aceptable”. URUGUAI. Suprema Corte de Justicia. Ficha 97-397/2004. *Sentencia n.º 365*. 19 octubre 2009, p.24-25

³⁴⁰ Tradução livre, no original: “cuando el art. 1º de la Ley N° 15.848 reconoce otra fuente de normativa jurídica, se aparta ostensiblemente de nuestra organización constitucional”. URUGUAI. Suprema Corte de Justicia. Ficha 97-397/2004. *Sentencia n.º 365*. 19 octubre 2009, p.25.

³⁴¹ Tradução livre, no original: “el rechazo de la derogación por parte de la ciudadanía no extiende su eficacia al punto de otorgar una cobertura de constitucionalidad a una norma legal viciada “ab origine” por transgredir normas o principios consagrados o reconocidos por la Carta. [...] las normas constitucionales que establecen los principios y derechos fundamentales garantizan la dimensión material de la “democracia sustancial”, que alude a aquello que no puede ser decidido o que debe ser decidido por la mayoría, vinculando la legislación, bajo pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales y a los otros principios axiológicos establecidos por ella”. URUGUAI. Suprema Corte de Justicia. Ficha 97-397/2004. *Sentencia n.º 365*. 19 octubre 2009, p.30

dignidade humana que a comunidade internacional reconhece em tais pactos”³⁴², fazendo ainda referência ao “jusnaturalismo personalista” recepcionado pela Constituição³⁴³. Após tais reconhecimentos, articula o direito internacional como mecanismo limitador da soberania dos estados domésticos:

Analisada a questão em seu contexto, se percebe que não se pode agora invocar a teoria clássica da soberania para defender o poder estatal de limitar a proteção jurídica dos direitos humanos. Os direitos humanos deslocaram o enfoque do tema e já não se pode supor um poder soberano ilimitado do Estado em seu papel de constituinte. Ao contrário, a atual regulação dos direitos humanos não se baseia na posição soberana dos Estados, mas sim na pessoa titular, por sua condição tal, dos direitos essenciais que não podem ser desconhecidos com base no exercício do poder constituinte, nem originário, nem derivado.³⁴⁴

O relatório de 1992 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos é utilizado, na fundamentação da sentença, como um entre vários elementos de articulação reflexiva do direito internacional com o direito doméstico, compondo o quadro normativo mobilizado para reler a constituição e declarar as disposições da lei de 1986 como inconstitucionais. A Corte ainda citaria abertamente o Direito Interamericano dos Direitos Humanos e a jurisprudência da Corte Interamericana, apontando que “cabe recordar algumas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos que declaram nulas as leis de anistia ditadas para impedir a punição dos responsáveis por violações graves contra os direitos humanos e que estabelecem o dever dos juízes e tribunais nacionais de zelar pela aplicação das normas internacionais”³⁴⁵ e citando *Barrios Altos v. Peru, Almonacid Arellano vs.*

³⁴² Tradução livre, no original: “las convenciones internacionales de derechos humanos se integran a la Carta por la vía del art. 72, por tratarse de derechos inherentes a la dignidad humana que la comunidad internacional reconoce en tales pactos”. URUGUAI. Suprema Corte de Justicia. Ficha 97-397/2004. *Sentencia n.º 365*. 19 octubre 2009, p.43

³⁴³ URUGUAI. Suprema Corte de Justicia. Ficha 97-397/2004. *Sentencia n.º 365*. 19 octubre 2009, p.43

³⁴⁴ Tradução livre, no original: “Analizada la cuestión en su contexto, se aprecia que no puede ahora invocarse la teoría clásica de la soberanía para defender la potestad estatal de limitar la protección jurídica de los derechos humanos. Los derechos humanos han desplazado el enfoque del tema y ya no se puede partir de una potestad soberana ilimitada para el Estado en su rol de constituyente. Por el contrario, la regulación actual de los derechos humanos no se basa en la posición soberana de los Estados, sino en la persona en tanto titular, por su condición de tal, de los derechos esenciales que no pueden ser desconocidos con base en el ejercicio del poder constituyente, ni originario ni derivado”. URUGUAI. Suprema Corte de Justicia. Ficha 97-397/2004. *Sentencia n.º 365*. 19 octubre 2009, p.45

³⁴⁵ Tradução livre, no original: “cabe recordar algunos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que declaran nulas leyes de amnistía dictadas para impedir el castigo de los responsables de violaciones graves de derechos humanos y que establecen el deber de los jueces y tribunales

Chile e La Cantuta vs. Peru. O direito comparado é mobilizado por meio da alusão à jurisprudência argentina, com uma referência reflexiva fundamentando que:

Na Argentina, a Corte Suprema da Nação ditou sentenças relevantes, como a de 14 de junho de 2005 que resolveu o Caso Simón (Caso Poblete), que constitui um autêntico “leading case”; e, mais recentemente, a que em 04 de maio de 2007 resolveu o caso Mezzeo (Caso Riveros). Ali, sustentou que as Leis de Ponto Final e Obediência Devida (Leis n.º 23.492 e 23.521) são inválidas e inconstitucionais. Em outro momento, se pronunciou sobre a validade da Lei n.º 25.779, aprovada pelo Congresso da Nação, em 2003, na qual se havia declarado a nulidade destas leis.³⁴⁶

Nestes termos, a SCJ articula o direito internacional e o direito comparado como elementos para a melhor leitura do direito doméstico. Para além de explicitar o déficit democrático e exercer revisão contramajoritária do conteúdo da lei de anistia, a Corte enfatiza a observância ao direito internacional e a necessidade de limitação da soberania estatal pelos direitos humanos. Não obstante, a Corte não avança no sentido de uma pretensão generalizada de classificar os delitos da ditadura como “contra a humanidade”, o que implica, na prática, no afastamento da anistia, mas não dos estatutos ordinários de prescrição.

Na semana seguinte ao histórico julgamento da Suprema Corte, a Lei de 1986 foi novamente questionada nas urnas, desta vez por meio de um plebiscito, organizado após ampla mobilização social. Nele, 23 anos após sua promulgação, a aprovação popular da lei de 1986 foi mantida, por um apertado placar de 52% a 48%. Em novamente expressando aprovação a anistia pela vontade democrática, a decisão da SCJ restou deslegitimada em seu argumento central quanto ao déficit democrático, sem que isso implicasse em esvaziamento do conteúdo contramajoritário. Porém, após o plebiscito, a lei seguiu sendo aplicada.

Apesar da revalidação democrática da anistia, os esforços por responsabilização seguiram. Em 22 de outubro de 2009, em meio ao processo de

nacionales de velar por la aplicación de las normas internacionales”. URUGUAI. Suprema Corte de Justicia. Ficha 97-397/2004. *Sentencia n.º 365*. 19 octubre 2009, p.48.

³⁴⁶ Tradução livre, no original: “En Argentina, la Corte Suprema de la Nación ha dictado sentencias relevantes, como la que el 14 de junio de 2005 resolvió el Caso Simón (Caso Poblete), que constituye un autêntico “leading case”; y, más recientemente, la que el 4 de mayo de 2007 resolvió el Caso Mezzeo (Caso Riveros). Allí, sostuvo que las Leyes de Punto Final y Obediencia Debida (Leyes Nos. 23.492 y 23.521) son inválidas e inconstitucionales. A su vez, se pronunció sobre la validez de la Ley N° 25.779, aprobada por el Congreso de la Nación en 2003, por la cual se había declarado la nulidad de estas leyes.” URUGUAI. Suprema Corte de Justicia. Ficha 97-397/2004. *Sentencia n.º 365*. 19 octubre 2009, p.49.

plebiscito e a decisão da SCJ, o General Gregório Alvarez, que ocupou a presidência do Uruguai entre 1981 e 1985, foi condenado a despeito da lei de anistia. Em 05 de março de 2010, o ex-chefe de Estado (1972-1976), Juan María Bordaberry, foi condenado a pena máxima de 30 anos pelos crimes de atentando contra a constituição e infração contra o dever (“*delito de infracción de un deber*”), e como cúmplice em diversas violações, por impedir a investigação de desaparecimentos forçados e homicídios políticos³⁴⁷. As cortes uruguaias, não obstante, seguiram grosso modo rejeitando o argumento de que as violações contra os direitos humanos constituiriam “crimes contra a humanidade”, nos termos do direito internacional, ou do direito comparado argentino e chileno.

O direito internacional voltaria à cena uruguia em 24 de fevereiro de 2011, quando a lei de anistia foi objeto de decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no bojo do caso *Gelman vs. Uruguay*³⁴⁸. Sem maiores surpresas, a Corte determinou que:

O Estado deve garantir que a Lei de Caducidade da Pretensão Punitiva do Estado, por carente de efeitos dada sua incompatibilidade com a Convenção Americana e a Convenção Interamericana sobre Desaparição Forçada de Pessoas, na medida em que pode impedir ou obstaculizar a investigação e eventual sanção dos responsáveis por graves violações contra os direitos humanos, não volte a representar um obstáculo para a investigação dos fatos que compõem a matéria dos autos e para a identificação e, se procedente, sanção dos responsáveis pelos mesmos, em conformidade com os parágrafos 253 e 254 desta Sentença.³⁴⁹

A decisão internacional produziu o esperado *efeito boomerang*³⁵⁰, reabrindo discussões domésticas sobre sua implementação. De acordo com Burt, Amilivia & Lessa,³⁵¹ um dos primeiros efeitos imediatos foi a alavancagem no Congresso

³⁴⁷ URUGUAI. Juzgado Letrado de Primera Instancia. IUE 1-608/2003, *Sentencia Definitiva*, de 09 febrero 2010.

³⁴⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. *Gelman vs. Uruguay*. Sentença de 24 de fevereiro de 2011.

³⁴⁹ Tradução livre, no original: “El Estado debe garantizar que la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, al carecer de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en cuanto puede impedir u obstaculizar la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos, no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia de autos y para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos, de conformidad con los párrafos 253 y 254 de la Sentencia”. *Ibidem*, ponto resolutivo 11.

³⁵⁰ Cf.: KECK, Margaret; SIKKINK, Kathryn. “Activist beyond borders”. In: KECK, Margaret; SIKKINK, Kathryn (orgs.). *Advocacy networks in international politics*. Ithaca: Cornell University Press, 1998.

³⁵¹ BURT, Jo-Marie; AMILIVIA, Gabriela; LESSA, Francesca. “Civil Society and the Resurgent Struggle against Impunity in Uruguay (1986-2012)”. *The International Journal of Transitional Justice*, vol. 07, 2013, p.320

Nacional de um projeto de revisão da Lei de 1986. O projeto gerou polêmica, e foi especialmente questionado por contrariar a vontade popular expressa em 1989 e 2009. Sua votação no Senado acabou empatada com 49 votos favoráveis e 49 contrários. Alguns meses após, o presidente Mujica apresentou um decreto anulando medidas administrativas de impunidade do Poder Executivo, baseadas na Lei de Caducidade, porém tal decreto não evitaria a prescrição ordinária dos delitos, de tal maneira que a sociedade civil seguiu mobilizada, pressionando por uma solução distinta.

Finalmente, em 25 de outubro de 2011, foi aprovada a Lei 18.831, que “reestabelece o pleno exercício da pretensão punitiva do Estado para os delitos cometidos na aplicação do terrorismo de Estado”³⁵². Atendendo à demanda das vítimas e da Corte Interamericana, a lei estabelece que “não serão computados quaisquer prazos processuais, de prescrição, ou de caducidade, no período compreendido entre 22 de dezembro de 1986 e a vigência desta lei”³⁵³ em relação aos crimes da ditadura e, ainda, inclui dispositivo interpretativo resolvendo a controvérsia sobre a natureza dos crimes, ao apontar que “os delitos a que se referem os artigos anteriores são crimes de lesa humanidade, em conformidade com os tratados internacionais nos quais a República é parte”³⁵⁴. Desta feita, pela via legislativa, o Estado deu cumprimento ao dispositivo expresso da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos e, ainda, fixou entendimento que permitiria o processamento de inúmeros crimes alcançados pelos prazos prescricionais ordinários do direito uruguaio.

Assim como foi chamada a manifestar sobre a Lei de Caducidade, a SCJ igualmente teve de decidir sobre a constitucionalidade da nova lei desenhada para eliminar a impunidade. A decisão, expressa por meio da sentença n.º 20 de 22 de fevereiro de 2013, novamente articula direito doméstico e internacional, porém desta vez em desfavor da norma global de responsabilidade individual. Novamente, com

³⁵² Tradução livre, no original: “restablece el pleno ejercicio de la pretensión punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado”. URUGUAI. *Ley 18.831, 27 de octubre de 2011*. Artigo 1º.

³⁵³ Tradução livre, no original: “no se computará plazo alguno, procesal, de prescripción o de caducidad, en el período comprendido entre el 22 de diciembre de 1986 y la vigencia de esta ley”. URUGUAI. *Ley 18.831, 27 de octubre de 2011*. Artigo 2º.

³⁵⁴ Tradução livre, no original: “los delitos a que refieren los artículos anteriores, son crímenes de lesa humanidad de conformidad con los tratados internacionales de los que la República es parte”. URUGUAI. *Ley 18.831, 27 de octubre de 2011*. Artigo 3º.

base em argumentos de teoria democrática, a Corte fixa fronteiras jurídicas entre interno e externo.

A SCJ inicialmente reconhece a jurisprudência da Corte Interamericana no caso *Gelman*, apontando que por serem as sentenças da Corte atos jurisdicionais reconhecidos pelo Uruguai “se deriva disto [que] – em observância com [as] obrigações internacionais – nosso país, como Estado condenado, deve proceder de boa fé em dar cumprimento ao ditado pela dita Corte”³⁵⁵. Porém, em um movimento de afastamento em relação a posição ventilada no julgado de 2009, questiona a ideia desenvolvida pela Corte Interamericana de que os juízes domésticos e, especialmente, a Suprema Corte, estejam vinculados a decidir e a interpretar a Convenção Americana nos termos que a Corte Interamericana o faz. Referenciando a doutrina, a SCJ aponta uma impossibilidade, no Uruguai, de aplicar *normativamente* a jurisprudência interamericana como critério vinculante nas decisões domésticas, mesmo quando a sentença está explicitamente dirigida ao Uruguai: “corresponde assinalar que nosso ordenamento constitucional e legal não institui um dever de as autoridades judiciais da República Oriental do Uruguai considerarem como precedentes vinculantes os julgados dos tribunais internacionais”³⁵⁶.

Sem procurar afastar a normatividade da Convenção Americana, ou a jurisdição da Corte Interamericana, a Suprema Corte do Uruguai constrói um argumento sobre a especial legitimidade democrática do direito interno, e quanto ao fato de estar, enquanto órgão julgador, vinculada primeiro a este direito, depois ao direito internacional. Assim, a Corte argumenta em favor de sua autonomia para construir uma interpretação do direito que abarque tanto a Constituição quanto a Convenção Americana, mas que não necessariamente venha a convergir com a leitura que a própria Corte Interamericana dá à Convenção. Notadamente

³⁵⁵ Tradução livre, no original: “Se deriva de ello que –en observancia de su obligación internacional– nuestro país, como Estado condenado, debe proceder de buena fe a dar cumplimiento a lo dictaminado por dicha Corte”. URUGUAI. Suprema Corte de Justicia. *Sentencia n° 20*, 22 de fevereiro de 2013, p.13.

³⁵⁶ Tradução livre, no original: “corresponde señalar que nuestro ordenamiento constitucional y legal no instituyen un deber de las autoridades judiciales de la República Oriental del Uruguay de considerar como precedentes vinculantes los fallos de los órganos interamericanos”. URUGUAI. Suprema Corte de Justicia. *Sentencia n° 20*, 22 de fevereiro de 2013, p.17.

respondendo ao argumento de que a lei 18.831 possui uma especial validade por efetivar a decisão da Corte Interamericana, a SCJ aponta que:

Na situação dos autos, conforme pensada pelo Senhor Fiscal da Corte – com muito respeitáveis argumentos – , caberia esclarecer se a primazia de um julgado internacional alcança a própria Constituição, ao ponto de impedir seu funcionamento – neste caso – do direito de todos os cidadãos de solicitar a esta Corporação que se pronuncie sobre a regularidade constitucional de uma determinada norma que lhes afeta. Se a resposta for afirmativa, o pronunciamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos adquiriria um status superior ao da Carta (derivando em seu desconhecimento), o que é inadmissível em todas as luzes. Vem ao caso destacar que o império do texto constitucional deriva da decisão do constituinte, que os poderes constituídos não podem refutar. E deixar de lado o controle de constitucionalidade iniciado pelos indagados na presente causa seria precisamente isso, esquecer ou colocar em segundo plano a Constituição Nacional.³⁵⁷

A partir dessa tese, a SCJ passará a argumentar pela inconstitucionalidade dos artigos 2º e 3º da Lei 18.831, entendendo que ao eliminar toda a forma de prescrição a lei fere direitos dos acusados, e que a tipificação geral e *ex post facto* dos delitos como “crimes contra a humanidade” implica em uma retroação *in pejus*. Como foco central da construção argumentativa, a SCJ passará a apresentar uma leitura divergente do conteúdo da Convenção Americana dos Direitos Humanos, do direito internacional dos direitos humanos e, finalmente, da própria constituição do Uruguai.

A sentença cita extensivamente direitos garantidos na Convenção Americana cuja interpretação em conjunto é, segundo a Corte, necessária. Primeiro, não para derrogar ou tornar sem efeito a decisão do caso *Gelman* pela Corte Interamericana, mas para a mais apropriada interpretação da Constituição do Uruguai no caso concreto em apreço. A Corte articula uma vasta gama de fontes normativas do direito internacional e, mais notadamente, os dispositivos da Convenção Americana

³⁵⁷ Tradução livre, no original: “En la situación de autos, conforme lo plantea el Sr. Fiscal de Corte — con muy respetables argumentos —, correspondería esclarecer si la primacía de un fallo internacional alcanza a la propia Constitución, al punto de impedir la puesta en funcionamiento — en este caso — del derecho de todos los ciudadanos de solicitar a la Corporación que se pronuncie sobre la regularidad constitucional de una determinada norma que les afecta. Si la respuesta fuera afirmativa, el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos adquiriría rango superior la Carta (derivando en su desconocimiento), lo que es a todas luces inadmisibile. Viene al caso señalar que el imperio del texto constitucional deriva de la decisión del constituyente que los poderes constituidos no pueden ignorar o refutar. Y dejar de lado el control de constitucionalidad incoado por los indagados en la presente causa, sería precisamente eso, olvidar o colocar en un segundo plano la Constitución Nacional”. URUGUAI. Suprema Corte de Justicia. *Sentencia nº 20*, 22 de fevereiro de 2013, p.19-20.

que garantem a irretroatividade da lei penal (art. 9), o respeito à coisa julgada e o *non bis in idem* (artigo 8.4), a proibição de suspensão de garantias (27.2), e as próprias regras de interpretação da Convenção (art. 29), que impedem seu uso para limitar direitos, no caso, os direitos processuais daqueles que seriam alcançados pela Lei 18.831³⁵⁸.

Segundo, argumenta no sentido de apresentar restrições ao modo como a própria Corte Interamericana interpreta a Convenção:

Se substancialmente não se percebem dificuldades na integração das normas contempladas na Convenção Americana dos Direitos Humanos no ordenamento jurídico interno, no plano processual e de garantias é possível discutir se os julgados e opiniões da Corte Interamericana de Direitos Humanos estão aptos a criar situações de exceção diretamente aplicáveis pelos tribunais uruguaios: a garantia derivada do princípio da legalidade e a interdição de retroatividade da norma sancionadora não favorável, igualmente que a proteção da confiança, ou segurança jurídica, contempladas no estado Constitucional de Direito, e no próprio texto e espírito da Carta, se opõem a interpretações extensivas. Com isso cabe perguntar se as dificuldades na análise de convencionalidade em relação ao caso Gelman e a Lei n.º 18.831 não derivam, basicamente, das interpretações do Pacto que faz a Corte Interamericana de Direitos Humanos, e não de seu conteúdo substancial.³⁵⁹

Ao oferecer tal leitura, a SCJ procurou afastar o debate de uma perspectiva *impunidade vs. direitos humanos*, recolocando-o em novos termos, como uma problema de *garantias fundamentais vs. garantias fundamentais*. Na racionalidade da Corte, a lógica adotada pela lei impugnada feria um conjunto de garantias em prol de um conjunto de outras, tendo o tribunal optado por preservar aquelas que entendeu mais legítimas desde a perspectiva democrática. Mais especialmente, a SCJ destacou que, a despeito da *convencionalidade* da lei em questão, seu papel era o de apreciar a *constitucionalidade* da mesma, argumentando implicitamente por

³⁵⁸ URUGUAI. Suprema Corte de Justicia. *Sentencia n° 20*, 22 de fevereiro de 2013, p.27-28.

³⁵⁹ Tradução livre, no original: “Si sustancialmente no se perciben dificultades en la integración de las normas contempladas en la CADH al ordenamiento jurídico interno, a nivel procesal y de garantías puede discutirse si los fallos y opiniones de la CIDH son aptos para crear situaciones de excepción directamente aplicables por los tribunales uruguayos: la garantía derivada del principio de legalidad y la interdicción de la retroactividad de la norma sancionadora no favorable, al igual que la protección de la confianza o seguridad jurídica contemplados en el estado Constitucional de Derecho, en el propio texto y espíritu de la Carta, se opone a interpretaciones extensivas. Con lo que cabe preguntarse si las dificultades en el análisis de convencionalidad en relación al fallo del caso Gelman y la Ley No. 18.831, no derivan básicamente de las interpretaciones del Pacto que hace la CIDH, y no de su contenido sustancial”. URUGUAI. Suprema Corte de Justicia. *Sentencia n° 20*, 22 de fevereiro de 2013, p.23.

uma teoria do duplo controle³⁶⁰ desenvolvida no tempo inverso daquela do Ministério Público Federal brasileiro.

Embora a decisão seja, evidentemente, uma derrota para a luta contra a impunidade, a declaração de inconstitucionalidade da lei 18.831 não eliminou a possibilidade de processos criminais ocorrerem no Uruguai, dentro da moldura de limites que existiam anteriormente à lei, nem eliminou a necessidade, reconhecida pela SCJ, do Estado encontrar meios, de boa fé, de dar cumprimento à sentença da Corte Interamericana.

O interessante na leitura combinada das duas decisões da SCJ, em 2009 e 2013, é que em ambas o tribunal articula o direito internacional dos direitos humanos e, mais notadamente, a Convenção Americana, para construir critérios de interpretação da constituição doméstica, em um claro exemplo de *articulação reflexiva*. No primeiro caso, o processo de articulação tem como resultado uma maior convergência, enquanto no segundo, uma maior resistência. Diferentemente do exemplo brasileiro, onde o Supremo Tribunal Federal procurou, para além de não reconhecer a normatividade vinculante das decisões internacionais (*transconstitucionalização normativa*), afastar a jurisdição da Corte Interamericana ante os fatos, e afastar a possibilidade de considerar o direito internacional como elemento relevante na interpretação das leis domésticas (*transconstitucionalização reflexiva*), a Corte uruguaia enfrentou ambas as questões. Embora os resultados se assemelhem, com uma resistência pontual do Uruguai à Corte Interamericana, o *modus operandi* explicita níveis de porosidade e aderência ao direito internacional radicalmente distintos, aproximando o caso uruguaio do modelo chileno.

Ainda, a SCJ apresenta argumentos relevantes sobre controle de convencionalidade, primeiro, ao reconhecer a Corte de San José como instância última do Sistema Interamericano, mas não como a detentora da última palavra sobre a interpretação da Convenção. Segundo, ao apontar que a eventual convencionalidade de uma lei não afasta a prerrogativa da Corte Suprema doméstica de exercer o controle de constitucionalidade da mesma. O modo como a Corte uruguaia compreende “controle de convencionalidade” é radicalmente distinto da perspectiva que será adotada, por exemplo, pelas cortes supremas mexicana e

³⁶⁰ A questão da teoria do duplo controle será retomada na Seção 4.3 deste estudo.

argentina. Antes, interessa analisar como as próprias constituições domésticas procuram organizar essa interação com os regimes transnacionais e, especialmente, com o direito internacional dos direitos humanos.

3.3. Arquitetura institucional doméstica para a abertura ao Direito Internacional dos Direitos Humanos

Para além do olhar sobre como as cortes operam processos de resistência, articulação ou convergência entre direito doméstico e direito internacional que, por sua vez, permitem o surgimento de formas reflexivas ou normativas de transconstitucionalização dos direitos fundamentais, é possível também uma análise sobre como a própria arquitetura institucional das ordens jurídicas domésticas estimula ou inibe a transconstitucionalização³⁶¹. Como visto, tanto a transconstitucionalização normativa, quanto a reflexiva, podem ocorrer mesmo sem a existência de uma arquitetura institucional desenhada para esse fim.

O caso da aplicação de elementos da norma global de responsabilidade individual pelas cortes chilenas exemplifica tal situação: o Chile, em sua arquitetura institucional, não confere especial status ao direito internacional dos direitos humanos, mas a normatividade ordinária das obrigações internacionais é suficiente para produzir influência nas decisões domésticas. O uso do direito comparado, como no caso da diretiva estabelecida pelo Ministério Público Federal brasileiro, é outro exemplo de estímulo à transconstitucionalização reflexiva que independe de uma arquitetura institucional específica. Por outro lado, a estruturação de mecanismos de abertura institucional organiza a comunicação entre regimes normativos de maneira mais estável.

Como a abertura institucional ao direito internacional efetivamente impacta o direito constitucional doméstico? Três elementos podem ser analisados para estruturar uma resposta. Primeiro, a própria natureza da abertura institucional constitucionalmente desenhada. Segundo, o efetivo reconhecimento da jurisdição

³⁶¹ Nesse sentido, há importante pesquisa analisando o caso brasileiro desde as perspectivas do direito processual civil, direito processual penal e direito processual do trabalho: MORAIS, José Luis Bolsan (coord.). *O Impacto no Sistema Processual dos Tratados Internacionais*. Brasília: Ministério da Justiça, 2013, 177p.

internacional pelas cortes domésticas, vez que a definição da amplitude da competência concorrente é também matéria judicializável. Terceiro, a incorporação da ideia de “controle de convencionalidade” como parte do processo doméstico de revisão judicial. Os dois primeiros serão analisados a seguir, o terceiro no próximo capítulo.

3.3.1. *Abertura constitucional ao direito internacional dos direitos humanos*

Ao desenhar um mecanismo de conexão institucional entre direito doméstico e direito internacional, as constituições garantem uma maior estabilidade da produção de normatividade. Isso pode ocorrer tanto por meio de uma maior abertura à reflexividade transconstitucional, quanto pela recepção do direito internacional pelo direito doméstico em um nível hierárquico específico. Atualmente oito constituições latino-americanas possuem uma abertura institucional expressa posicionando hierarquicamente tratados jurídicos de direito internacional dos direitos humanos em seus textos e subsequentes reformas: Argentina (1994)³⁶², Bolívia (2009)³⁶³, Brasil (2004)³⁶⁴, Colômbia (1991)³⁶⁵, Equador (2008)³⁶⁶, México (2011)³⁶⁷, Peru (1979)³⁶⁸, e Venezuela (1999)³⁶⁹.

Nesse conjunto de países, um primeiro grupo, composto por Argentina, Brasil e Venezuela tem arquitetura institucional que explicitamente reconhece parte do direito internacional dos direitos humanos como direito de nível hierárquico *constitucional*. Na Argentina, a constituição enumera, em seu artigo 75, inciso 22, quais tratados de direitos humanos devem receber especial normatividade:

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a Declaração Universal de Direitos Humanos, a Convenção Americana dos Direitos Humanos, o

362 ARGENTINA. *Reforma Constitucional de 1994*, article 75, disposicion 22.

363 BOLÍVIA. *Constitución Política del Estado*, 2009, artigo 256.

364 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, artigo 5º, Parágrafo terceiro (redação dada pela Emenda Constitucional nº 45).

365 COLOMBIA. *Constitucion Política de la Republica de Colombia*, artigo 93.

366 EQUADOR. *Constitución de la República*, artigo 11.

367 MEXICO. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, artigo 1º (redação da Reforma Constitucional de 2011).

368 PERU. *Constitución Política del Peru, Disposiciones Finales y Transitórias*, Quarta Disposição Transitória.

369 VENEZUELA. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, artigos 19 e 23.

Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e seu Protocolo Facultativo, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, a Convenção Internacional Sobre os Direitos da Criança; nas condições de sua vigência, têm hierarquia constitucional, não derogam nenhum artigo desta constituição, e devem ser entendidos como complementares aos direitos e garantias por ela reconhecidos.³⁷⁰

Como será demonstrado a seguir, na implementação desse comando normativo, a Suprema Corte de Justiça da Nação argentina vem garantindo uma ampla abertura à jurisdição transnacional, em sentido oposto ao que ocorreu no Brasil, em que comando normativo similar foi entendido de maneira restritiva pelo Supremo Tribunal Federal. A Constituição da Venezuela, por sua vez, determina que:

Os tratados, pactos e convenções relativos a direitos humanos, subscritos e ratificados pela Venezuela, têm hierarquia constitucional e prevalecem na ordem interna na medida em que contenham normas sobre gozo e exercício mais favoráveis que aquelas estabelecidas na Constituição e nas leis da República, e são aplicados de maneira imediata e direta pelos tribunais e demais órgãos do Poder Público.³⁷¹

A implementação de tal comando constitucional, não obstante, restou parcialmente obliterada pelas tensões políticas no país. Mais ainda, como desdobramento da radicalização que caracteriza o atual momento político, a Venezuela acabou por denunciar a Convenção Americana de Direitos Humanos,

³⁷⁰ Tradução livre, no original: “La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución, y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. ARGENTINA. *Reforma Constitucional de 1994*, article 75, disposición 22.

³⁷¹ Tradução livre, no original: “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”. VENEZUELA. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, artigo 23.

com efeitos já correntes (a partir de 10 de setembro de 2013), propondo a constituição de outras formas e mecanismos de promoção aos direitos humanos.

Em um segundo grupo estão países que, mesmo sem explicitamente reconhecer *status constitucional* ao direito internacional dos direitos humanos, apresentam comandos normativos que permitem sua aplicação prática como critério de interpretação ou complementação da própria constituição em um plano que supera aquele das leis ordinárias.

Na arquitetura institucional boliviana são considerados superiores à própria constituição aqueles direitos humanos assegurados de uma maneira mais favorável no direito internacional nos seguintes termos: “os tratados e instrumentos internacionais em matéria de direitos humanos que tenham sido firmados, ratificados ou aos quais tenha aderido o Estado, que declarem direitos mais favoráveis que os contidos na Constituição, se aplicarão de maneira preferencial sobre esta”³⁷². A constituição da Colômbia, por sua vez, estabelece que os tratados e as convenções ratificados pelo Congresso “prevalecem no ordenamento interno”³⁷³, sem explicitamente conferir a estes qualquer status constitucional.

No México e no Peru a previsão legal determina que, na interpretação dos direitos fundamentais, o direito constitucional e o direito internacional dos direitos humanos devem ser considerados mas, assim como na Colômbia, inexistente uma disposição hierárquica expressa. Não obstante, como se demonstrará no próximo capítulo, a disposição do sistema de justiça mexicano em incorporar de maneira explícita o controle de convencionalidade como forma de revisão judicial aproximará sua arquitetura institucional daquelas que institucionalmente reconhecem o direito internacional dos direitos humanos como de natureza constitucional.

O sistema legal do Equador contém certa dúvida, uma vez que indica que as normas de direito internacional dos direitos humanos “prevalecerão sobre

³⁷² Tradução livre, no original: “Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta”. BOLÍVIA. *Constitución Política del Estado*, 2009, artigo 256.

³⁷³ Tradução livre, no original: “prevalecen en el orden interno”. COLOMBIA. *Constitucion Política de la Republica de Colombia*, artigo 93.

qualquer outra norma jurídica”³⁷⁴ quando forem mais favoráveis à proteção do direito, ao mesmo tempo em que determina que “a Constituição é a norma suprema e prevalece sobre qualquer outra do ordenamento jurídico”³⁷⁵ e que “os tratados internacionais ratificados pelo Equador se sujeitam ao estabelecido na Constituição”³⁷⁶.

Finalmente, em um dos países cujos casos são estudos nesta tese, o Chile, a constituição não determina uma especial hierarquia para o direito internacional dos direitos humanos mas indica que o “exercício da soberania reconhece como limitação o respeito aos direitos essenciais”³⁷⁷ e que “é dever dos órgãos de Estado respeitar e promover os direitos garantidos por esta Constituição, bem como pelos tratados internacionais ratificados pelo Chile e que se encontrem vigentes”³⁷⁸. A estabelecer uma genérica “limitação à soberania”, e não um comando de convergência ou articulação normativa com matiz hierárquico entre direito doméstico e internacional, o Chile escapa ao critério analítico aqui proposto, mas como antes visto no estudo do desenvolvimento da norma global naquela jurisdição, a ausência de previsão constitucional explícita não impediu as cortes de lerem os direitos fundamentais enquanto dotados de uma transconstitucionalidade reflexiva.

3.3.2. Extensão do reconhecimento da normatividade e da jurisdição efetiva do direito internacional no direito doméstico

A abertura institucional explícita das constituições ao direito internacional favorece formas de transconstitucionalização dos direitos fundamentais, uma vez que oferece uma plataforma normativa aos operadores do direito. Porém, é a interpretação cotidiana pelas cortes que efetivamente determinará um maior ou

³⁷⁴ Tradução livre, no original: “prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica”. EQUADOR. *Constitución de la República*, artigo 424.

³⁷⁵ Tradução livre, no original: “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico”. EQUADOR. *Constitución de la República*, artigo 424.

³⁷⁶ Tradução livre, no original: “Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución”. EQUADOR. *Constitución de la República*, artigo 417.

³⁷⁷ Tradução livre, no original: “ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales”. CHILE. *Constitución Política de Chile*, artigo 5º.

³⁷⁸ Tradução livre, no original: “Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.” CHILE. *Constitución Política de Chile*, artigo 5º (redação reformada pela Lei 18.825 de 17 de agosto de 1989).

menor nível de convergência, resistência ou articulação e, mais ainda, a diferenciação funcional das normas globais como regras ou princípios de direito doméstico. Tanto a convergência normativa em sentido estrito, de observância pura e simples ao direito internacional, quanto o uso reflexivo de soluções e argumentos construídos em outros regimes legais, dependem tanto de sua evocação por atores em litígio quanto, e especialmente, de sua aceitação pelas cortes.

Interações normativas e reflexivas não são auto-excludentes. Ao contrário: o transconstitucionalismo normativo depende da existência de acordos mínimos no plano reflexivo. Dois casos de Estados que conferem status de direito constitucional à tratados e convenções do direito internacional dos direitos humanos auxiliam na compreensão desta dinâmica entre arquitetura institucional e efetivação prática de formas de transconstitucionalismo. Por um lado, temos o caso brasileiro e a redução interpretativa do escopo normativo do direito internacional dos direitos humanos, de outro, sua gradual ampliação pelo Judiciário da Argentina.

No caso brasileiro, a Constituição da República de 1998 determinou a “prevalência dos direitos humanos”³⁷⁹ como princípio geral de regência do Estado. Daí decorreu uma expectativa de constitucionalização do direito internacional dos direitos humanos, frustrada pelos tribunais, que sistematicamente interpretaram a inexistência de disposição que elevasse tal classe de direitos do status de direito ordinário. Visando garantir um status superior aos direitos humanos que não estivessem cobertos pela dupla positividade da Constituição, a Reforma Constitucional nº 45, de 2004, estabeleceu que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”³⁸⁰.

Porém, a Reforma Constitucional não especificou qual seria o tratamento adequado para o conjunto de tratados e convenções já ratificados pelo Brasil, o que levou o Supremo Tribunal Federal a construir a tese de que somente aqueles instrumentos posteriores à Emenda (e, é claro, aprovados pelo procedimento diferenciado) receberiam o status de equivalente à constituição. Os demais, já

³⁷⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, artigo 4º, II.

³⁸⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, artigo 5º, parágrafo terceiro.

ratificados, passaram a ser considerados como supralegais³⁸¹, tendo portanto precedência sobre a legislação ordinária, mas não status constitucional.

Considerando que dois dos mais relevantes instrumentos para o estabelecimento de jurisdição internacional firmados pelo Brasil, quais sejam, a Convenção Americana de Direitos Humanos e seu mecanismo litigioso, e o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional são, ambos, anteriores à reforma, tem-se que a interpretação dada pelo STF, na prática, subordina tanto o corpo normativo, quanto as decisões, a um duplo juízo, vez que sempre que alegado conflito com a constituição, a Suprema Corte possui um mecanismo de direito doméstico para revisar ou afastar a decisão ou normatividade internacional. No caso analisado na seção 3.2.3, da ADPF nº 153, o STF oscilou entre ignorar o direito internacional ou, alternativamente, utilizar mecanismos interpretativos para denegar sua aplicabilidade ao caso concreto. Os dois exemplos, da construção da ideia de supra legalidade e da ADPF nº 153, ilustram como, a despeito da abertura institucional, a prática judicial segue sendo elemento relevante para uma efetiva transconstitucionalização dos direitos fundamentais.

Em sentido antagônico, o judiciário argentino tem interpretado o comando normativo de abertura muito mais no sentido de produzir convergência do que articulação. Dois casos ilustram essa tendência.

Em *Bulacio vs. Argentina*, um caso de morte provocada por forças de segurança do Estado, a Corte Interamericana determinou que a Argentina havia violado os artigos 1º, 4º, 7º, 8º e 25 da Convenção Americana, determinando que o Estado deveria eficazmente investigar e punir os envolvidos. Diferentemente do que ocorreu nos julgamentos em que a Corte Interamericana decretou a invalidade das leis de anistia, no presente caso o tribunal não inferiu que as normas de prescrição que levaram o judiciário doméstico a encerrar o caso fossem contrárias à Convenção Americana. Apenas que o resultado final, qual seja, a ausência de apuração e punição, violavam direitos assegurados.

No judiciário doméstico, o caso havia sido processado em primeiro e segundo graus. Com a decisão internacional, foi remetido à Suprema Corte de Justiça da Nação. Em sua sentença, a Suprema Corte argentina declarou não encontrar no

³⁸¹ PIOVESAN, Flavia. "Hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF", Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, vol.6, 2008.

direito doméstico nenhum elemento ensejador de nulidade ou razão para revisão das decisões anteriores, mas reconheceu que “conforme se depreende da sentença internacional referida, a declaração de prescrição da ação penal nestes casos representaria uma violação aos direitos garantidos na Convenção Americana dos Direitos Humanos”³⁸² e que “a decisão mencionada resulta ser de cumprimento obrigatório para o Estado argentino (art. 68.1, Convenção Americana de Direitos Humanos), razão pela qual também esta Corte, a princípio, deve subordinar o conteúdo de suas decisões de dito tribunal internacional”³⁸³.

Assim, a suprema corte da Nação argentina entendeu que, apesar de não encontrar nenhuma razão nas leis ou na constituição doméstica para que o caso fosse reaberto e a prescrição legal ordinária, que segue vigente no regime legal doméstico, fosse suspensa, o processo deveria ser reaberto. Convergindo, portanto, com a decisão internacional, efetivando, na prática jurisdicional, a abertura normativa determinada pela constituição. Essa decisão dividiu opiniões, sendo vista tanto como positiva, por implementar de forma tão clara uma decisão internacional, mas igualmente gerou críticas relevantes pelas implicações que gerou para as garantias constitucionais do acusado.

Um segundo caso argentino é ainda mais interessante para ilustrar a importância da prática dos tribunais para a transconstitucionalização dos direitos fundamentais. Em *Carranza Latrubesse*³⁸⁴, a Suprema Corte argentina reconhece a obrigatoriedade de cumprimento, no direito interno, não das sentenças da Corte, mas das recomendações da Comissão Interamericana.

O caso diz respeito a um juiz que foi afastado de suas funções na década de 1980. As cortes domésticas consideraram a medida administrativa não judicializável,

³⁸² Tradução livre, no original: “según se desprende de la sentencia internacional citada, la declaración de la prescripción de la acción penal en estos actuados representaría una violación a los derechos garantizados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de La Nación. *Fallo Miguel Angel Espósito*. E.224.XXXIX, Sentencia de 23 Diciembre, 2004, Item 07.

³⁸³ Tradução livre, no original: “la decisión mencionada resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino (art. 68.1, CADH), por lo cual también esta Corte, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional”. ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de La Nación. *Fallo Miguel Angel Espósito*. E.224.XXXIX, Sentencia de 23 Diciembre, 2004, Item 07.

³⁸⁴ ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de La Nación. *Fallo Gustavo Carranza Latrubesse*. C.568.XLIV, C.594.XLIV, Fallo de 06 Agosto, 2013.

o que ensejou uma petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Após avaliação do caso, a Comissão emitiu relatório apontando que, ao impedir a apreciação judicial ampla da reclamação do juiz “o Estado argentino violou seus direitos a um julgamento justo e a proteção judicial garantidos nos artigos 08 e 25, respectivamente, em relação ao artigo 1(1) da Convenção Americana”³⁸⁵. Em foro de recomendações, a Comissão indicou ao Estado argentino compensar financeiramente, de maneira adequada, o Sr. Latrubesse pelos danos causados.

Após a emissão do relatório, em 1997, o caso arrastou-se pelo sistema judicial argentino, com substancial controvérsia sobre a natureza das recomendações emanadas pela Comissão Interamericana. Diferentemente do que ocorre na Corte, na Comissão os processos não têm natureza litigiosa em sentido estrito, de tal maneira que, para alguns juristas, a natureza das recomendações é quase-judicial, mas, justamente por isso, não judicial em sentido estrito.

Confrontada com a matéria, a Suprema Corte de Justiça da Nação construiu argumentação de convergência normativa baseada no direito doméstico. Para a Corte, o Sistema Interamericano, portanto, Comissão e Corte, permite apenas uma decisão final. Os casos só seguem para um julgamento pela Corte quando a Comissão não consegue, por solução amistosa ou recomendações, obter meio para sanear a violação. Ambas as instâncias são reconhecidas como fórum de interpretação e implementação da Convenção Americana de Direitos Humanos, e a Constituição argentina determina o tratamento equivalente entre a Convenção e a Constituição, sem distinguir ou privilegiar qualquer parte do regime regional de direitos humanos derivado da Convenção. Se o Sistema gera uma única decisão final: uma sentença, um relatório ou uma solução amistosa³⁸⁶, e essa decisão final é normativa, conclui a Suprema Corte argentina, “deve ser rejeitado o recurso do Estado Nacional e reconhecido o caráter obrigatório para este das recomendações

³⁸⁵ Tradução livre, no original: “the Argentine State violated his rights to a fair trial and to judicial protection provided for in Articles 8 and 25, respectively, in relation to Article 1(1) of the American Convention”. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Report 30/97, item 83.

³⁸⁶ ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de La Nación. *Fallo Gustavo Carranza Latrubesse*. C.568.XLIV, C.594.XLIV, Fallo de 06 Agosto, 2013, item 8.

do artigo 51.2 da Convenção Americana formuladas no Informe n.º 30/97 da Comissão”³⁸⁷.

A postura da corte argentina demonstra que, para além da determinação textual de abertura normativa, a transconstitucionalização do direito igualmente depende da construção de uma racionalidade que incorpore a possibilidade de fundamentação transversal dos direitos fundamentais. Comandos constitucionais bastante similares, no Brasil e na Argentina, foram objeto de interpretações distintas pelas cortes supremas. Enquanto no Brasil a tendência foi de desconsideração ou subconsideração do direito internacional, na Argentina, em matéria de direitos humanos, verifica-se o oposto: a Corte Suprema abre-se ao direito internacional como forma de ampliar os mecanismos de freios e contrapesos legais.

O debate sobre o “controle de convencionalidade” tornará essas interações, seus resultados, limites e possibilidades ainda mais perceptíveis.

³⁸⁷ Tradução livre, no original: “corresponde desestimar el agravio del Estado Nacional y reconocer el carácter obligatorio para éste de las recomendaciones del artículo 51.2 de la Convención Americana formuladas en el Informe N° 30/97 de la Comisión”. ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de La Nación. *Fallo Gustavo Carranza Latrubesse*. C.568.XLIV, C.594.XLIV, Fallo de 06 Agosto, 2013, ítem 18.

4. Dilemas e perspectivas da governança transversal dos Direitos Humanos: o Controle de Convencionalidade

Dessa nossa nova Idade Média já se disse que será uma época de “transição permanente” na qual serão adotados novos métodos de adaptação: o problema não será tanto o de conservar cientificamente o passado quanto o de elaborar hipóteses sobre o aproveitamento da desordem, entrando na lógica da conflitualidade. Nascerá, como já está nascendo, uma cultura da readaptação contínua, nutrida de utopia. Foi assim que o homem medieval inventou a universidade, com a mesma desinibição com que os clérigos vagantes de hoje a estão destruindo; e talvez transformando. A Idade Média conservou a seu modo a herança do passado não para hibernação, mas para a contínua retradução e reutilização, foi uma imensa operação de bricolagem em equilíbrio instável entre nostalgia, esperança e desespero.

Umberto Eco, 1972³⁸⁸

Os casos até aqui apresentados ilustram o modo como o deslocamento estrutural do direito internacional rumo a um modelo de governança tecnocrático, com ênfase na esfera judicial, somado a um contexto de fragilização das distinções eminentemente territoriais entre interno e externo, e ao declínio da estatalidade, permitem uma crescente influência dos processos jurídicos transnacionais no direito doméstico. Esse movimento gradualmente consolida a ideia de que formas de revisão judicial são possíveis no âmbito internacional, com evidente influência doméstica, demandando novos arranjos e soluções de compatibilidade entre as ordens constitucionais domésticas e o regime regional de direitos humanos.

Uma relevante literatura tem se dedicado a estudar o chamado “controle de convencionalidade”³⁸⁹. Tal modalidade de revisão judicial de atos administrativos e

³⁸⁸ ECO, Umberto. *Viagem na irrealidade cotidiana*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1984, p. 99.

legislações se origina mas não se encerra na própria Corte Interamericana de Direitos Humanos. Com o crescimento da transnacionalização do direito e a maior abertura constitucional ao direito internacional dos direitos humanos, aquilo que poderia parecer uma atribuição primeira (e, quiçá, única) da Corte regional também assume formas domésticas, ensejando o surgimento de modalidades concentradas e difusas de controle³⁹⁰. Neste contexto de múltiplas e fragmentárias formas de revisão judicial, equacionadas por distintos mecanismos nas ordens constitucionais domésticas e no regime regional, o controle de convencionalidade emerge como uma forma por excelência para a prática da governança transversal dos direitos humanos, abrindo caminhos para práticas hierárquicas e heterárquicas.

De acordo com Ramirez, “o controle externo de convencionalidade recai no tribunal supranacional chamado a exercer a confrontação entre os atos domésticos e as disposições da Convenção, no caso, com o propósito de apreciar a compatibilidade entre aqueles”³⁹¹. De outro lado, o *controle interno de convencionalidade*, ou seja, a revisão judicial com base em critérios normativos derivados do direito internacional por cortes domésticas, é mais desafiadora. Podemos encontrar formas de transconstitucionalidade reflexiva e normativa, além, obviamente, de posturas de resistência.

Em entrevista concedida em junho de 2013, o então Presidente da Corte Interamericana, o peruano Diego Garcia-Sayan, ofereceu a seguinte análise sobre o desenvolvimento doméstico da ideia de controle de convencionalidade na região:

Há países que têm uma noção mais completa, onde os juízes estão formalmente obrigados a aplicar os critérios da Corte, mesmo em casos que se refiram a outros países. Isso é o que estabeleceu claramente o Tribunal Constitucional do Peru. Já para a Corte Constitucional da Colômbia trata-se de um critério hermenêutico

³⁸⁹ Para um panorama: BAZÁN, Victor. “El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas”. Em: BAZÁN, Victor; NASH, Claudio (org.). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Bogotá/Santiago: Fundação Korad Adenauer/Universidad de Chile, 2011.

³⁹⁰ Um dos primeiros doutrinadores a explorar o tema do controle de convencionalidade doméstico no Brasil foi Mazzuoli. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. “Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 46, n.º 181, jan./mar. 2009, pp.113-139.

³⁹¹ Tradução livre, no original: “el control [...] o externo de convencionalidad recae en el tribunal supranacional llamado a ejercer la confrontación entre actos domesticos y disposiciones convencionales, en su caso, con el propósito de apreciar la compatibilidad entre aquellos [...]”. RAMIREZ, Sérgio Garcia. “El Control Judicial Interno de Convencionalidad”. In: MACGREGOR, Eduardo Ferrer; GARCIA, Alfonso Herrera (orgs.). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos*. Cidade do México: Tirant lo Blancj, 2013, p.213.

relevante, um critério de interpretação, sem que seja muito preciso se isso tem a ver com decisões que digam respeito a outros países. Porém, em qualquer caso, o que sim é certo é que hoje em dia os juízes têm de incorporar em seu pensamento os *standards* que estão na Convenção, mas, também, basicamente, nas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos.³⁹²

A entrevista explicita uma tendência, no Peru, a uma transconstitucionalidade normativa, e na Colômbia, a uma transconstitucionalidade reflexiva. Mas, mais ainda, explicita uma visão sobre *como* o controle interno de convencionalidade deve ser operado: considerando não apenas a Convenção Americana como também a jurisprudência da Corte. Essa diretriz metodológica conduz Garcia-Sayan a uma preocupação com o acesso e o uso adequado da jurisprudência produzida pela Corte:

Uma coisa é interpretar a Constituição, vez que todos os juízes conhecem a constituição de seus países desde o colégio, outra coisa é interpretar à luz da jurisprudência, que é numerosa, que é variável e que pode, como ocorre nas boas famílias, ser até contraditória. Há aqui, então, um grande desafio dos sistemas nacionais, para que os juízes contem com as ferramentas adequadas que lhes permitam acessar a jurisprudência da Corte, não no sentido mecânico, pois o acesso é livre e aberto, através da internet, mas sim a facilidade de poder localizar os pensamentos-chave, os conceitos fundamentais, e não somente saber onde se encontra uma ou outra sentença, cada uma com cem ou cento e vinte páginas.³⁹³

Ocorre que, na prática, o controle interno de convencionalidade não necessariamente parte dos critérios fixados pela Corte Interamericana. A abertura constitucional para uma transconstitucionalização dos direitos fundamentais não significa exclusivamente a aceitação de sentenças e jurisprudência internacional, mas também a aplicação direta das normativas internacionais por julgadores domésticos. No modelo adotado na maioria dos países da região³⁹⁴ não é necessário ao juiz doméstico aludir à jurisprudência da Corte. Ele pode diretamente referir à Convenção Americana. A aplicação da norma global de responsabilidade individual na Argentina exemplifica esse acesso direto à normativa internacional³⁹⁵, enquanto o caso chileno e, em alguma medida, o brasileiro, apontam para o acesso mediato pela via jurisprudencial³⁹⁶.

³⁹² Entrevista pessoal com Diego Garcia-Sayan, João Pessoa, 29 de junho de 2013 (áudio original em espanhol, traduzido pelo autor).

³⁹³ Entrevista pessoal com Diego Garcia-Sayan, João Pessoa, 29 de junho de 2013 (áudio original em espanhol, traduzido pelo autor).

³⁹⁴ Vide item 3.3.

³⁹⁵ Vide item 3.2.1.

³⁹⁶ Vide itens 3.2.2 e 3.2.3.

Avançando com esse estudo, o presente capítulo está dividido em cinco partes. A primeira retoma as metáforas sobre monismo e dualismo para então defender que uma perspectiva de uma “unidade heterárquica” do direito global é aquela que melhor se coaduna com um modelo de governança transversal. A segunda apresenta a genealogia da ideia de controle de convencionalidade na jurisprudência da Corte Interamericana. A terceira analisa a recepção doméstica da doutrina do controle de convencionalidade. A quarta discorre sobre os limites e possibilidades do instituto pensado desde uma perspectiva não hierarquizante. Finalmente, a seção final propõe um balanço sobre o atual cenário.

4.1. Retomando metáforas “ultrapassadas”: de monismo e dualismo à unidade heterárquica

A ideia do transconstitucionalismo se insere em um amplo esforço para compreender, descrever e renovar as práticas de relações entre ordens e regimes jurídicos não hierarquicamente coordenados. Nos marcos desta pesquisa, especificamente, a relação entre as ordens de direito doméstico e a do direito internacional dos direitos humanos, notadamente aquelas da América Latina e a do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. O debate sobre a relação entre direito doméstico e direito internacional originalmente se conformou na oposição entre perspectivas monistas e dualistas. Na medida em que a perspectiva monista defende a unidade entre direito doméstico e internacional, a dualista apresenta-os como ordens normativas independentes, com vigência simultânea.

Em sua Teoria Pura do Direito, Hans Kelsen argumenta que a evolução histórica do direito aponta para “a formação de um Estado mundial”, ainda não existente, mas cuja “unidade cognoscitiva” já pode ser encontrada na percepção de que o direito internacional e o direito doméstico dos distintos países constituem uma ordem una.³⁹⁷ O critério negativo de unidade seria a não contradição, portanto, a ideia de que “não podemos descrever uma ordem normativa por forma a afirmar que

³⁹⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado, 6ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.364.

vale a norma: A deve ser e, ao mesmo tempo, também vale a norma: A não dever ser”³⁹⁸.

Desde essa perspectiva, Kelsen critica o dualismo argumentando que, considerando o direito doméstico como válido, e existindo um conflito entre este e o direito internacional, não seria possível compreender o direito internacional como válido, bem como não seria possível compreender a existência de qualquer outra “ordem normativa vinculante que se encontra em vigor ao mesmo tempo que o Direito estatal”³⁹⁹. Ao contrário, Kelsen sustenta que apenas uma de duas possibilidades pode ser acionada para explicar de forma lógica a relação. Ou o direito internacional é “uma ordem jurídica delegada pela ordem jurídica estatal e, por conseguinte, como incorporada nesta”⁴⁰⁰, restando a ela hierarquicamente submetido ou, alternativamente, é “uma ordem total que delega [às] ordens jurídicas estatais [...] abrangendo-as a todas como ordens jurídicas parciais”⁴⁰¹.

Entendendo o monismo como única alternativa apta a manter a logicidade do Direito, Kelsen sustentará a primazia do direito internacional, apontando que a existência de normas domésticas em contradição com aquelas internacionais não implica na configuração da hipótese “A deve ser e não deve ser ao mesmo tempo”, assim como a existência de uma lei válida e inconstitucional, antes de declarada como tal, não implica em uma ausência de validade da Constituição: “a ‘antinormatividade’ de uma norma não significa que haja qualquer conflito entre a norma inferior e a norma superior, mas apenas traduz a anulabilidade da norma inferior”⁴⁰². Portanto, para Kelsen, um direito mundial existe, porém de maneira ainda incompleta.

Opondo-se ao monismo, os dualistas apontam que, sim, várias ordens normativas podem existir de maneira paralela. Recorrendo ao texto canônico de Karl Heinrich Triepel, encontramos a objeção de que “um tratado de direito internacional

³⁹⁸ *Ibidem*, p.365.

³⁹⁹ *Ibidem*, p.366. Na tradução original consta “estadual”, e não “estatal”, conforme uso corrente em Portugal.

⁴⁰⁰ *Ibidem*, pp.369-370. Na tradução original consta “estadual”, e não “estatal”, conforme uso corrente em Portugal.

⁴⁰¹ *Ibidem*, p.370. Na tradução original consta “estaduais”, e não “estatais”, conforme uso corrente em Portugal.

⁴⁰² *Ibidem*, p.367. Na tradução original consta “antinormalidade”, e não “antinormatividade”, conforme uso corrente em Portugal.

não é [...] em si mesmo, meio de criação do direito interno”, daí que, embora possa “constituir uma solicitação para se criar esse direito”, a “formação do direito repousa sempre, no Estado, sobre um ato particular de vontade estatal, distinto de sua participação no desenvolvimento jurídico internacional”⁴⁰³. A oposição de Triepel ataca, especialmente, a noção, contida em Kelsen, de que a própria ideia de soberania do Estado é regida antes pelo Direito Internacional. Triepel argumenta que, em estando Kelsen correto, todo o direito estatal seria derivado do direito internacional. Assim o direito interno e o direito internacional “são destinados a reger relações sociais diferentes; que o direito internacional rege relações entre Estados, e o direito interno relações entre indivíduos”⁴⁰⁴.

A crítica de Triepel à Kelsen aponta que a noção de que o direito internacional e os direitos domésticos constituem um sistema único é concebida, deliberadamente, “sem atenção às realidades”⁴⁰⁵.

Nós não podemos reconhecer que o direito inglês e o direito russo sejam apenas partes de um só sistema jurídico, e que a validade das leis neerlandesas, tanto quanto a das leis chinesas, dependem, em última análise, *de uma só norma originária*.⁴⁰⁶

Para Triepel, sendo o direito doméstico um produto volitivo da comunidade que constitui um Estado, e o direito internacional um produto volitivo de uma comunidade de Estados e, ainda, sendo cada direito responsável por regular distintas matérias, não faria sentido pensar no direito, mundialmente, como um sistema uno, uma vez que os variados sistemas “podem ser absolutamente independentes um do outro”, e que “é arbitrário dizer que um não pode contradizer ao outro”⁴⁰⁷. Assim, o direito internacional só teria efeitos no direito interno, ou, em outras palavras, seria aplicado por organizações estatais, caso anteriormente uma lei doméstica assim o determinasse, sendo então aplicado não como direito internacional, mas como direito interno que se tornou.

A doutrina contemporânea insiste na superação do binômio monismo/dualismo acima descrito, apontando para sua incompatibilidade com as

⁴⁰³ TRIEPEL, Karl Heinrich. “As relações entre o Direito Interno e o Direito Internacional.” *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n.º 06, 1966, p.17.

⁴⁰⁴ *Ibidem*, p.20.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, p.20.

⁴⁰⁶ *Ibidem*, pp.20-21 (grifos no original).

⁴⁰⁷ *Ibidem*, p.21.

práticas jurídicas da sociedade contemporânea, mais integrada e dinâmica que aquela do início do Século passado. Ideias como “regimes auto-continentes”, governança privada e processo jurídico transnacional desafiam as duas principais escolas de pensamento que por muito tempo orientaram o debate desde uma perspectiva hierarquizante. Armin von Bogdandy, por exemplo, argumenta que:

Como teorias, o monismo e o dualismo são, hoje em dia, insatisfatórios: seus argumentos são bastante herméticos, suas teses centrais estão pouco desenvolvidas, os pontos de vista opostos são simplesmente descartados como “ilógicos”, e suas abordagens não se vinculam ao debate jurídico contemporâneo. Como doutrinas, são igualmente insatisfatórios, uma vez que não contribuem para a solução dos problemas jurídicos concretos: as várias elaborações atuais não se diferenciam em quase nada quanto à resposta jurídica que aportam a respeito de como resolver um conflito concreto.⁴⁰⁸

Em grande medida, o debate *substancial* sobre a natureza e origem do direito foi, na teoria jurídica contemporânea, substituído por um debate *funcional* sobre como a regulação de determinada matéria efetivamente acontece, mesmo quando a matéria é substancialmente delimitada. Por exemplo, um direito fundamental específico, positivado como direito humano no direito internacional, e direito constitucional no direito doméstico⁴⁰⁹. Nestes casos, a preocupação central com a definição daquele direito deslocou-se do plano de uma ordem ou regime singular, para um conjunto de ordens ou regimes, assim, funcionalmente, os teóricos e os aplicadores do direito observam e procuram incidir no trabalho dos órgãos tomadores de decisão, e não propriamente defender que esta ou aquela ordem ou regime tem competência exclusiva sobre o tema – esse, sim, um argumento anacrônico.

Conforme discutido anteriormente⁴¹⁰, essa transformação é acompanhada por uma redução da relevância da esfera pública, que conseqüentemente torna menos

⁴⁰⁸ Tradução livre, no original: “Como teorías, el monismo y el dualismo son hoy en día insatisfactorias: sus argumentos son bastante herméticos, sus tesis centrales están poco desarrolladas, los puntos de vista opuestos son simplemente desechados como “ilógicos”, y sus planteamientos no se vinculan al debate teórico contemporáneo. En tanto que doctrinas, son igualmente insatisfactorias, ya que no contribuyen a la solución de los problemas jurídicos concretos: las varias elaboraciones actuales no se diferencian casi nada en cuanto a la respuesta jurídica que aportan respecto a cómo resolver un conflicto concreto”. BOGDANDY, Armin von. “*Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*. Una aclaración conceptual”. In: BOGDANDY, Armin von; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES-ANTONIAZZI, Mariela (org.) *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Cidade do México: UNAM/Max Planck Institute, 2014, p.17.

⁴⁰⁹ Veja-se a seção 2.3

⁴¹⁰ Seções 2.1 e 2.2.

proeminente a preocupação dos dualistas com o protagonismo estatal e, ainda, a especialização e a fragmentação dos regimes transnacionais de governança, que relativiza a própria distinção entre doméstico e internacional. Assim, os debates atuais, orientados por uma perspectiva funcionalista, tendem a focar a constitucionalização do direito internacional⁴¹¹ por um lado e, por outro, a internacionalização do direito constitucional⁴¹². Ou seja: a teoria do direito está preocupada com a interação, não necessariamente com a precedência exclusiva.

Na nova configuração do debate, interessa mais a formação de padrões comuns ('*standards*'), sejam eles localizados no direito internacional ou no direito doméstico, sejam "irradiados" de baixo para cima, da prática jurídica local para os tribunais superiores,⁴¹³ ou de cima para baixo, dos tribunais superiores para os tribunais inferiores⁴¹⁴. Nem a internacionalização do direito constitucional parece demandar hierarquias transnacionais, nem a constitucionalização do direito internacional parece pretender uma solução abarcante de unidade global (quando muito, salvo exceções, tal pretensão é setorial⁴¹⁵). Assim, a gramática hegemônica atual parece considerar a discussão entre monistas e dualistas "ultrapassada", se não por outras razões, ao menos pela de que as hierarquias parecem estar "fora de moda" na era do direito fragmentado, assim como o jusnaturalismo ficara anacrônico na era dos direitos positivos.

Apesar de tal mudança discursiva, as contendas materiais nas cortes seguem recorrendo, sistematicamente, às concepções oriundas do debate entre monistas e dualistas, mesmo quando a gramática do debate já tenha sido incorporada à nova semântica da interação (o "diálogo entre cortes" de Anne-Marie Slaughter⁴¹⁶, por

⁴¹¹ Veja-se, por exemplo: HABERMAS, Jürgen. "The constitutionalization of international law and the legitimation problems of a constitution for world society." *Constellations*, vol.15, n°.4, 2008, pp.444-455. KLABBERS, Jan; PETERS, Anne; ULFSTEIN, Geir. *The constitutionalization of international law*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

⁴¹² Entre muitos, ver: TUSHNET, Mark. "The Inevitable Globalization of Constitutional Law". *Virginia Journal of International Law*. Vol.49, 2008. SCHWARTZ, Herman. "The internationalization of constitutional law." *Human Rights Brief*. Vol.10, n° 2, 2003.

⁴¹³ COLLINS, Cath. "Grounding global justice: International networks and domestic human rights accountability in Chile and El Salvador". *Journal of Latin American Studies*, 2006.

⁴¹⁴ SIKKINK, Kathryn. *The Justice Cascade*. Nova Iorque: W. W. Norton and Company, 2011.

⁴¹⁵ E.g. SIMMA, Bruno; PULKOWSKI, Dirk. "Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law". *European Journal of International Law*, vol.17, n° 03, 2006.

⁴¹⁶ SLAUGHTER, Anne-Marie. "A Global Community of Courts". *Harvard International Law Journal*, vol. 44, no. 01, 2003.

exemplo). Isso gera uma desconexão entre o discurso teórico, aparentemente descrente de um conceito de unidade totalizante, e a prática judicial, que ainda busca, em muitos momentos, construir soluções hierárquicas e totalizantes.

Essa tensão é especialmente relevante na solução dos conflitos entre as ordens constitucionais domésticas e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, uma vez que tanto as cortes locais quanto a internacional, de maneira sistemática, aderem retoricamente ao discurso da interação, ao mesmo tempo em que mantém pretensões hierárquicas⁴¹⁷. Tal fato desafia a retórica da cooperação e demonstra que, na prática, persiste uma disputa por predomínio hierárquico, com consequências para a emergência de espaços de governança transversal. Para analisar tal realidade, proponho a reconstrução das categorias do monismo e do dualismo nos termos do debate contemporâneo, permitindo uma melhor aproximação conceitual.

A perspectiva *dualista* segue basicamente intacta neste rearranjo: diferentes sistemas normativos constituem regimes legais independentes e, em caso de conflito, cada um possui suas regras próprias de solução da controvérsia. Concebendo a perspectiva dualista nesses termos não encontramos espaço para hierarquias entre ordens e regimes, vez que cada um caracteriza-se como sistema fechado, inclusive naquilo que concerne à efetivação de suas decisões. Ou seja: a distinção com a literatura dualista tradicional é a exclusão do problema da precedência hierárquica de um sistema sobre o outro. Em um mundo em que a fragmentação do direito conduz a um amplo pluralismo jurídico (seja no âmbito internacional, seja no âmbito interno), a perspectiva dualista aqui proposta encerra-se em si mesma, sendo a implementação do direito e de suas decisões uma questão adstrita à esfera do poder, da capacidade coercitiva de fato das instituições da própria ordem ou regime jurídico.

Já a perspectiva monista será subdividida em duas. Aquela mais tradicional, acima ilustrada com a doutrina de Kelsen, resta rebatizada como *monismo hierárquico*, em oposição a uma perspectiva alternativa, de *unidade heterárquica* – um modelo que também entende o direito global como uma unidade, mas sem uma

⁴¹⁷ Não é coincidência a revista do Instituto Interamericano de Direitos Humanos chamar-se “Diálogo Jurisprudencial”.

norma última de coordenação e, portanto, aberto à possibilidade de contradições internas.

Teorias não hierárquicas, como a do transconstitucionalismo de Marcelo Neves, e a dos fragmentos constitucionais de Gunther Teubner, entendem, como Kelsen entendeu, que o sistema jurídico é uno. Ou, em outras palavras, que existe um sistema jurídico da sociedade mundial mas, outrossim, como Triepel, que em dado espaço territorial é válido não apenas o direito estatal como também o direito internacional, simultaneamente. Mais ainda, outras ordens e regimes jurídicos são também reconhecidos como válidos e normativos, inclusive aqueles originados na regulação privada. A distinção destas perspectivas com a que denominei monismo hierárquico é que não se assume uma pretensão impositiva de uma ordem sobre a outra, e com o dualismo, cuja pretensão hierárquica em qualquer direção foi excluída neste rearranjo, pois há uma disposição para a cooperação entre os regimes heterárquicos ou, quando pouco, há o reconhecimento de sua normatividade e validade.

A construção da ideia de uma unidade heterárquica distinta do monismo tradicional facilita a discussão e ilustração sobre como as diferentes perspectivas são mobilizadas no chamado “controle de convencionalidade”. A ideia de unidade heterárquica facilita processos de articulação constitucional, defendidos como uma melhor abordagem para a solução de conflitos normativos agudos decorrentes de colisões entre as ordens jurídicas domésticas e o regime regional de proteção aos direitos humanos, almejando não uma imposição hierárquica, mas uma governança transversal.

Como visto nos capítulos 02 e 03, o Sistema Interamericano é acionado, muitas vezes, para que pretensões políticas por direitos bloqueadas no âmbito doméstico sejam transformadas em conteúdo de natureza normativa no plano internacional. Assim, numa perspectiva que entende o sistema jurídico mundial como interligado mas carente de hierarquias, o controle de legalidade, expresso pelo controle de constitucionalidade doméstico, mas também pelo controle de

convencionalidade doméstico ou internacional, pode funcionar como uma possibilidade de *acoplamento*⁴¹⁸ entre as ordens e regimes jurídicos.

Desde essa perspectiva teórica, de acordo com Teubner, aceitamos que “no mar da globalidade, apenas ilhas de vontade constitucional irão emergir”⁴¹⁹. Assim, para além dos padrões constitucionais típicos e internos a cada regime, padrões transnacionais e normas globais de natureza constitucional se desenvolverão “ad hoc quando um conflito atual assumir dimensões constitucionais requerendo decisões constitucionais”⁴²⁰. As cortes tornam-se, assim, produtoras de direito de natureza constitucional (i.e.: direitos fundamentais), filtrando demandas políticas em comandos normativos mas, ao mesmo tempo, são espaços institucionais abertos à construção de uma racionalidade transversal orientadora da governança dos direitos humanos, o que não exclui as múltiplas dimensões e o pluralismo do direito mundial, nem se desdiferencia como espaço de decisão de uma ordem ou regime jurídico concreto e do sistema do direito mundial. Quando um conflito entre normas de distintos regimes ocorre, cabe às cortes construir uma solução caso-a-caso que poderá ou não vir a emergir como norma *erga omnes* ou, ainda, eventualmente, iniciar ou somar-se a uma cascata normativa que tencionará as estruturas de adequação internas de cada ordem ou regime, constituindo novos patamares de consistência normativa, conforme descrito quando da análise do ciclo de vida das normas e sua consubstanciação em regras e princípios⁴²¹.

A ideia, portanto, é que tanto as cortes constitucionais quanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos constituem “tribunais superiores” de seus regimes próprios e, desempenhando essa função, podem construir, por meio dos processos de revisão judicial, aquilo que Neves define como “pontes de transição”, incidindo tanto no processo de construção normativa *strito sensu* do regime do qual

⁴¹⁸ Como referido no capítulo 02, a ideia de acoplamento é inspirada naquela desenvolvida por Luhmann, que aponta a existência de acoplamentos “estruturais”, que estabilizam estruturas, e acoplamentos “operacionais”, que não estabilizam estruturas. Veja-se: LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Cidade do México: Herder, 2005.

⁴¹⁹ Tradução livre, no original: “in the sea of globality, only islands of the constitutional will emerge.” TEUBNER, Gunther. *Constitutional Fragments: societal constitutionalism and globalization*. New York: Oxford University Press, 2012, p.52.

⁴²⁰ Tradução livre, no original: “ad hoc when a current conflict assumes constitutional dimensions and requires constitutional decisions”. *Ibidem*, p.52.

⁴²¹ Vide itens 2.4 e 2.5.

é centro, quanto, no plano reflexivo, contribuindo para a alteração de padrões normativos globais emergentes:

Além de sua função de filtragem seletiva de influências e irritações, [os tribunais superiores] servem ao bom funcionamento da Constituição como “ponte de transição” entre racionalidades diversas. De certa maneira, pode-se dizer que eles atuam como fiscalizadores da legitimidade das passagens nos dois sentidos dessa “ponte”, servindo à realização da racionalidade transversal nos casos constitucionais.⁴²²

Essa moldura teórica permite retomar o exemplo das normas globais apresentado no Capítulo 02. A distinção funcional entre regras e princípios ali proposta, desde o exemplo da norma global de responsabilidade individual, atende ao duplo critério da unidade heterárquica: considera o pluralismo jurídico da sociedade mundial ampliando a capacidade reflexiva de adequação social do direito sem buscar impor uma solução vertical para o conflito resultante da emergência normativa. É, portanto, “monista” no sentido de defender a unidade, mas se afasta do monismo tradicional, aqui definido como hierárquico, por não entender a existência de uma hierarquia estanque e dada *a priori* como condição da unidade.

Recolocando o argumentos nos termos de Teubner, para quem “o sistema político da sociedade mundial, em si mesmo, não possui uma constituição abrangente [...] no máximo nós podemos falar em impulsos constitucionais”⁴²³. A atuação política no âmbito transnacional é capaz de gerar a irritação necessária para que um impulso constitucional surja utilizando elementos de alguma das diversas ordens jurídicas domésticas ou do regime regional, mas sua internalização, seja no Sistema Interamericano, seja nas ordens constitucionais domésticas, não ocorre de maneira homogênea ou automática. A norma global é heterogênea, pois o direito transversal emergente não conta com uma estrutura organizacional unitária. Ou, conforme colocado por Andreas Fischer-Lescano e Gunther Teubner, corroborando a tese da “virada” funcionalista:

[...] a unidade do direito global não é mais estruturalmente baseada [*structure-based*], como o era no caso dos Estados Nação, com a consistência normativa institucionalmente assegurada; mas sim o é processualmente baseada [*process-based*], sendo derivada simplesmente dos modos de conexão entre operações

⁴²² NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p.77.

⁴²³ Tradução livre, no original: “The political system of world society itself has no all-embracing constitution [...] we can speak at most of constitutional impulses”. TEUBNER, Gunther. *Constitutional Fragments: societal constitutionalism and globalization*. New York: Oxford University Press, 2012, p.52.

jurídicas que transferem juridicidade vinculante entre ordens legais ainda altamente heterogêneas. Esse é um resultado indireto da globalização da diferenciação social. A unidade do sistema jurídico foi atingida no nível global, mas também deve agora lidar com uma multidão de contradições internas. A unidade jurídica dentro do direito mundial é redirecionada para longe da consistência normativa em direção a uma “interlegalidade” operativa.⁴²⁴

E é aqui que as ideias de heterarquia e transversalidade tornam-se mais importantes. Embora as cortes constitucionais domésticas constituam o centro das ordens jurídicas nacionais e, igualmente, a Corte Interamericana constitua o centro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e seu regime jurídico, ambas constituem periferia uma da outra, reciprocamente. Daí Neves falar em “observação mútua” como um mecanismo para o “aprendizado e intercâmbio”⁴²⁵, no plano reflexivo, a despeito das variadas configurações relacionais normativas existentes entre os regimes.

Essa construção teórica permite identificar as associações e rupturas efetivamente existentes entre a literatura e a prática judicial sobre governança transversal dos direitos humanos, independente de sua associação formal com as argumentações fundadas no binômio monismo/dualismo ou nos mais recentes campos de investigação da internacionalização do direito constitucional e da constitucionalização do direito internacional. Ou, retraduzindo as categorias do início do Século XX para aquelas aqui propostas, as perspectivas monistas hierárquicas e dualistas, e aquelas que efetivamente rompem com essas categorias propondo uma unidade heterárquica do direito mundial onde a interpenetração das normas ocorre sem recurso à hierarquia absoluta de uma ordem ou regime sobre outro.

Exemplificativamente, a doutrina do *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*, irradiada sobremaneira desde o Instituto Max Planck de Heidelberg, propõe-se como parte da superação do binômio monismo/dualismo⁴²⁶

⁴²⁴ Tradução livre, no original: “[...] the unity of global law is no longer structure-based, as in the case of the Nation-State, within institutionally secured normative consistency; but is rather process-based, deriving simply from the modes of connection between legal operations, which transfer binding legality between even highly heterogeneous legal orders. This is an indirect result of the globalization of societal differentiation. Unity of the legal system has been achieved at global level, but it must also reckon with a multitude of internal contradictions. Legal unity within global law is redirected away from normative consistency towards operative “inter-legality”. FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. “Regime collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law”. In: *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, 2003-2004, pp.1007-1008.

⁴²⁵ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p.117.

⁴²⁶ BOGDANDY, *op.cit*, p.17.

rumo a um pluralismo global fundante de um direito comum (ou, quando pouco, de um direito comum latino-americano), derivado da soma vetorial entre a constitucionalização do direito internacional e a internacionalização do direito constitucional. Na definição de Mariela Morales, por exemplo, temos que uma das mudanças paradigmáticas centrais da nova abordagem é:

[...] relativa ao pluralismo normativo. Como modelo alternativo ao constitucionalismo de base estatal, no modelo do pluralismo constitucional coexistem um conjunto de ordenamentos jurídicos, em parte separados mas interdependentes, cujas respectivas normas fundacionais-constitucionais não estão hierarquicamente ordenadas. A constituição não é a única norma suprema, mas sim compartilha espaço no topo da pirâmide normativa com outras disposições.⁴²⁷

A ideia é, portanto, abandonar a distinção tradicional entre monismo (hierárquico) e dualismo, vez que “se trata de um debate estéril”⁴²⁸. Para avançar, a autora propõe a incorporação da ideia formulada por Sérgio Garcia Ramirez de “pontes”⁴²⁹ que viabilizam a recepção constitucional doméstica dos tratados internacionais, para que “se desloquem os padrões [internacionais] em direção aos ordenamentos domésticos”⁴³⁰, permitindo o diálogo judicial e o controle de convencionalidade das leis e atos nacionais.

Esta perspectiva pluralista, não obstante, acaba por recorrer a uma hierarquia formal entre normas das diferentes ordens e regimes quando um conflito efetivamente ocorre. Mais especificamente, afirma que a Convenção Americana de Direitos Humanos, conforme interpretada pela Corte Interamericana, “invalida a aplicação das normas nacionais”⁴³¹, o que rompe, em termos práticos, com a perspectiva horizontal. Mais ainda, tal capacidade de revisão judicial estende-se

⁴²⁷ Tradução livre, no original: “[...] relativo al pluralismo normativo. Como modelo alternativo al constitucionalismo de base estatal, en el modelo del pluralismo constitucional coexiste un conjunto de ordenamientos jurídicos, en parte separados pero interdependientes, cuyas respectivas normas fundacionales-constitucionales no están jerárquicamente ordenadas. La constitución no es la norma suprema única, sino que comparte espacio, en la cúspide de la pirámide normativa, con otras disposiciones.” MORALES-ANTONIAZZI, Mariela. “El Estado Abierto como Objetivo del *Ius Constitutionale Commune*. Una aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.” In: BOGDANDY, Armin von; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES-ANTONIAZZI, Mariela (org.) *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Cidade do México: UNAM/Max Planck Institute, 2014, p.275.

⁴²⁸ Tradução livre, no original: “se trata de un debate estéril”. *Ibidem*, p.275.

⁴²⁹ *Ibidem*, p.280.

⁴³⁰ Tradução livre, no original: “se desplacen los estándares hacia los órdenes domésticos”. *Ibidem*, p.280.

⁴³¹ Tradução livre, no original: “invalida la aplicación de las normas nacionales”. *Ibidem*, p.295.

“inclusive às [normas] constitucionais”⁴³², de tal maneira que a visão adotada, mesmo que em grande parte pluralista e dialogal, retorna finalmente a um monismo hierárquico, em que o sistema jurídico encontra-se integrado em redes que comportam alguma pluralidade mas em que, igualmente, determinadas fontes normativas de um regime não apenas vinculam, como também subordinam, as de outro.

O argumento, portanto, não é que essa perspectiva esteja errada, pois é possível argumentar no sentido de que normas do direito internacional dos direitos humanos devem prevalecer sobre as normas constitucionais domésticas, mas sim que esta é, *ultima ratio*, uma cadeia argumentativa que reintroduz uma hierarquia como condição de possibilidade do “diálogo” global. É, portanto, uma perspectiva monista hierárquica.

A despeito da abertura ao diálogo, toda a perspectiva que necessita recorrer a uma subordinação apriorística entre ordens e regimes é monista em sentido tradicional pois, em última análise, conserva uma hierarquia vinculante. Igualmente, o constitucionalismo doméstico tradicional, vinculado a noções mais tradicionais de soberania (territoriais e exclusivas⁴³³) torna-se, a despeito de sua maior ou menor abertura ao direito internacional, dualista, na medida que segrega o regime internacional valendo-se de sua maior capacidade de efetivação do direito.

Alternativamente, a perspectiva apresentada nesta tese é heterárquica. Conforme desenvolvido no Capítulo 02, o transconstitucionalismo busca aquilo que Neves define como “uma ‘conversação constitucional’, incompatível com um ‘constitutional *dikta*’ de uma ordem em relação a outra”⁴³⁴. Avançando ainda mais na desvinculação hierárquica é possível relativizar mesmo a ideia de “diálogo”, apontando que para a articulação constitucional os operadores jurídicos sequer necessitam “conversar”. Nas palavras de Jackson, justificando sua escolha pelo termo “articulação” em detrimento a “diálogo”:

Ao passo que há atualmente um diálogo entre alguns juízes de cortes domésticas e internacionais, uma postura de articulação pode ou não implicar em um sentimento de obrigação recíproca. Um tribunal pode se engajar com o trabalho de outros tribunais, ou com as experiências de outros governos, ou com instrumentos

⁴³² Tradução livre, no original: “incluso a las constitucionales”. *Ibidem*, p.295

⁴³³ Vide item 2.2.3.

⁴³⁴ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p.15.

internacionais de direitos humanos, sem a necessária expectativa de receber uma resposta. Por essa razão falo em “articulação” ao invés de diálogo.⁴³⁵

Enquanto exemplos como o do Uruguai, apresentado no item 3.2.4, demonstram um diálogo, primeiro harmonioso, depois conflituoso, com a Corte Interamericana, outros casos, como o Argentino, item 3.2.1, demonstram uma adesão unilateral ao direito externo. Assim, sempre tendo em mente a advertência de Neves de que “é evidente que o transconstitucionalismo não é capaz de levar a uma unidade constitucional do sistema jurídico mundial”⁴³⁶, uma abordagem dessa natureza viabiliza testar os limites e possibilidades para a efetiva construção do direito e, mais especificamente, de normas globais, sem um recurso hierárquico. Embora seja possível criticar tal abordagem apontando que uma organização hierárquica seria “melhor”, em sua defesa sempre se pode argumentar que tal forma de organização inexistente, valendo o esforço de repensar estratégias de controle judicial transversal que apostem naquilo que efetivamente está dado como fato: a existência de um sistema jurídico mundial parcialmente integrado, porém assimétrico e extremamente plural, explorando as vantagens de um modelo de governança transversal.

As diferentes leituras sobre a relação entre as ordens e regimes jurídicos é importante para as diferentes compreensões da ideia de “controle de convencionalidade”. Em que pese estarem todas abrigadas sob o manto do tema controle de convencionalidade, diferentes perspectivas podem conduzir à convergência, resistência ou à articulação entre direito doméstico e internacional, ampliando ou restringindo possibilidades de transconstitucionalização do direito e de governança transversal dos direitos humanos. Antes de exemplificar essa relação e suas consequências práticas, cabe estabelecer uma breve genealogia do conceito, conforme desenvolvido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, seu berço original.

⁴³⁵ Tradução livre, no original” “While there is ongoing dialogue among some judges of national and international courts, the posture of engagement may or may not imply felt obligations of reciprocity. A court may engage the work of other courts, or the experiences of other polities, or international human rights instruments, without any necessary expectation of response. For this reason I speak of “engagement” rather than “dialogue”. JACKSON, Vicki. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. New York: Oxford, 2010, 71.

⁴³⁶ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p.122.

4.2. Uma ferramenta jurídica ímpar: a genealogia da ideia de “controle de convencionalidade” na Corte Interamericana de Direitos Humanos

4.2.1. Contexto do desenvolvimento da jurisprudência da Corte Interamericana sobre revisão judicial baseada na Convenção Americana

Duas fortes tendências presentes na literatura sobre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos são a sua comparação com o sistema regional europeu⁴³⁷ e com as ordens constitucionais domésticas⁴³⁸. A emergência da doutrina sobre um controle de legalidade baseado na Convenção Americana dialoga com ambas as tendências.

Em um dos mais influentes trabalhos escritos sobre o impacto da Corte Interamericana, Alexandra Huneeus apresenta três distinções centrais entre os sistemas europeu e americano⁴³⁹. Primeiramente, o contexto e o tipo de intervenção. Enquanto o Sistema Europeu inicia seus trabalhos lidando com um conjunto de países majoritariamente democráticos e com uma tradição de maior aderência ao estado de direito, o contexto de criação do Sistema Interamericano e, mais ainda, da Corte, é antagônico: boa parte do continente vivia sob a égide de regimes autoritários, e grande parte dos países possuía longo histórico de rupturas da ordem legal. Isso, para Huneeus, explica historicamente o papel mais protagonista do tribunal americano no desenvolvimento de diversas doutrinas legais de limitação da soberania estatal, como aquelas relacionadas à vedação de anistias, à prática de desaparecimentos forçados e à obrigação de investigar e punir graves violações contra os direitos humanos.

Em segundo lugar, Huneeus aponta a prática “ativista” da Corte Interamericana no remédio às violações que identifica. A prática europeia é a de indicar ao Estado Membro a verificação de uma violação à Convenção Europeia, deixando a seu critério a solução para o caso, geralmente em termos individuais e com compensações pecuniárias. Não é acaso ser a prática europeia o berço da

⁴³⁷ Existe, inclusive, publicação periódica especializada com ênfase nos feitos dos dois sistemas: *Inter-American and European Human Rights Journal*, Intersentia, 2008-presente.

⁴³⁸ Cf: MAZUOLLI, Valerio Oliveira; TERRA, William. *O controle de convencionalidade das leis*. São Paulo: RT, 2013.

⁴³⁹ HUNEEUS, Alexandra. “Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court’s Struggle to Enforce Human Rights”. *Cornell International Law Journal*, vol.44, 2011, pp. 500-502.

doutrina da “margem de apreciação” nacional⁴⁴⁰. Paralelamente, a prática da Corte Interamericana vem sendo a de emitir longos elencos de medidas concretas a serem implementadas pelos Estados, demandando aos três poderes constituídos, incluindo a positivação de delitos, revisão de políticas públicas e a reabertura de ações judiciais concretas, muitas vezes, dotando as decisões de efeito *erga omnes*. Alguns acadêmicos passaram a criticar tal prática extensiva como “ativista”⁴⁴¹.

Em terceiro lugar, a Corte Europeia encerra sua atuação no caso após a emissão da decisão, transferindo o monitoramento dos casos para o Comitê de Ministros (um órgão de natureza política). Alternativamente, no Sistema Interamericano a supervisão das decisões cabe à própria Corte. Objetivando ampliar a efetividade de suas decisões a Corte Interamericana inovou, estabelecendo sua competência para monitorar a implementação de suas decisões pelos Estados Membros. Enquanto no Sistema Europeu a decisão encerra o caso na esfera judicial, devolvendo-o às autoridades políticas, no Sistema Interamericano a Corte segue como protagonista de longo prazo sem que ocorra, a qualquer tempo, uma devolução do caso à esfera política da Organização dos Estados Americanos. Daí a afirmação de que a Corte Interamericana “criou um regime dual único de administração de recursos legais e supervisão contínua de cumprimento”⁴⁴².

Essas três características, a um só tempo, demonstram a capacidade adaptativa e criativa da Corte Interamericana em produzir inovações jurídicas relevantes para fazer frente aos desafios concretos de sua conjuntura política, mas também expõe sua tendência expansiva. É bem verdade que boa parte do sucesso até aqui obtido pela Corte é devido à sua responsividade às demandas propostas pela sociedade civil e filtradas pela Comissão Interamericana, criando soluções elaboradas para superar problemas de arquitetura institucional e efetividade de decisões em um contexto político adverso. Porém, é igualmente verdadeiro que a

⁴⁴⁰ BENVENISTI, Eyal. “Margin of appreciation, consensus, and universal standards”. *NYU Journal of International Law and Politics*. Vol 31, 1998, pp.843-854.

⁴⁴¹ MALARINO, Ezequiel. “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antileberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.” In *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2010, pp. 25-63.

⁴⁴² Tradução livre, no original: “Inter-American Court [...] has created a unique dual regime of equitable remedies and ongoing supervision of compliance”. HUNEEUS, Alexandra. “Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court’s Struggle to Enforce Human Rights”. *Cornell International Law Journal*, vol.44, 2011, p.502.

ação intervencionista do Sistema e da Corte não refluíu *pari passu* a redemocratização dos regimes políticos dos Estados Membros a ela submetidos. Ou seja: se num primeiro momento a Comissão Interamericana mostrou-se militante, e a Corte Interamericana soube construir estratégias para “*speak law to politics*”, nos anos recentes um conjunto substancial de objeções vem sendo levantado quanto ao eventual caráter “antidemocrático” e “antiliberal” de sua atuação⁴⁴³.

No centro das críticas encontra-se a construção doutrinária pela Corte da uma ideia estrita de “controle de convencionalidade”. Equiparado ao controle de constitucionalidade vertical e com vinculação *erga omnes* realizado pelos tribunais constitucionais domésticos⁴⁴⁴, o conceito deu azo a distintas (e, às vezes, concorrentes) doutrinas, e contrasta radicalmente com o modelo de “margem de apreciação” usado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, por vezes criticado por sua exagerada flexibilidade e deferência aos Estados soberanos⁴⁴⁵. Como sua formulação original é da própria Corte Interamericana em seu processo de expansão de atribuições e competências, se faz oportuno reconstruir sua genealogia nesse regime.

Uma série de autores já enfrentaram o tema por distintas perspectivas. Para citar três entre os mais relevantes, Cláudio Nash apresenta uma classificação em quatro etapas, de acordo com a evolução da pretensão vinculante.⁴⁴⁶ Juan Carlos Hitters, estabelecendo paralelos entre convencionalidade e constitucionalidade, reconstrói a história de desenvolvimento da doutrina como um processo de

⁴⁴³ Por exemplo: MALARINO, *op. cit.* GARGARELLA, Roberto. “Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman.” (2012). Disponível em: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Sp_20120924.pdf

⁴⁴⁴ Cf.: HITTERS, Juan Carlos. “Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Una Comparación”. *Estudios Constitucionales*, ano 07, n.º02, 2009, pp.109-128.

⁴⁴⁵ Benvenisti, criticando a prática europeia, aponta que: “a margem de apreciação, com seu reconhecimento principiológico do relativismo moral, está em desacordo com o conceito de universalidade dos direitos humanos. Se aplicada com liberalidade, essa doutrina pode comprometer seriamente a promessa de uma aplicação internacional dos direitos humanos que sobreponha-se às políticas públicas nacionais. Mais ainda, seu uso pode comprometer a credibilidade dos órgãos de aplicação internacional.” Tradução livre, no original: “Margin of appreciation, with its principled recognition of moral relativism, is at odds with the concept of the universality of human rights. If applied liberally, this doctrine can undermine seriously the promise of international enforcement of human rights that overcomes national policies. Moreover, its use may compromise the credibility of the applying international organ.” BENVENISTI, *op. cit.*, p.844.

⁴⁴⁶ NASH ROJAS, Claudio. “Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Ano XIX, 2013, pp.489-509.

desvencilhamento do modelo europeu e, ainda, de exclusão de perspectivas domésticas conflitantes pela jurisprudência interamericana⁴⁴⁷. Finalmente, Laurence Burgorgue-Larsen apresenta um desenvolvimento em três fases, tendo por referência a emergência e especificação de uma obrigação vinculante para os juízes domésticos⁴⁴⁸, destacando, ainda, em comparação com o contexto europeu, que apesar do maior desenvolvimento institucional dos laços de integração regional naquele bloco, “em nenhum momento o Tribunal de Estrasburgo elaborou de maneira tão estruturada uma teoria [...] que tenha por consequência enquadrar de maneira explícita as competências das jurisdições nacionais”⁴⁴⁹.

Para os fins deste estudo uma quarta classificação, complementar às anteriormente referidas, será construída. Contendo cinco fases, acompanhando linearmente a emergência e posteriores reconfigurações da doutrina do controle de convencionalidade na Corte Interamericana para, posteriormente, contrastar tal desenvolvimento com as perspectivas domésticas sobre o tema.

Em todos os casos, o desenvolvimento jurisprudencial (e aquele doutrinário que o acompanha) parte da interpretação conjunta dos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana, o primeiro estabelecendo o dever dos Estados de “respeitar os direitos e liberdades”⁴⁵⁰ protegidos pela Convenção, e o segundo o “dever de adotar disposições de direito interno”⁴⁵¹ para garantia dos direitos e liberdades. A ausência de qualquer referência explícita a um mecanismo de controle judicial de legalidade (ao contrário da previsão explícita de necessidade de adequação legislativa) é contornada, tanto pela jurisprudência quanto pela doutrina, pela apresentação da emergência do controle de convencionalidade não como uma “nova obrigação”, mas sim como “uma figura que vem a esclarecer uma obrigação já existente dotando-a

⁴⁴⁷ HITTERS, Juan Carlos. “Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Una Comparación”. *Estudios Constitucionales*, ano 07, n.º02, 2009, pp.109-128.

⁴⁴⁸ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. “La Corte IDH como Tribunal Constitucional”. In: In: BOGDANDY, Armin von; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES-ANTONIAZZI, Mariela (org.) *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Cidade do México: UNAM/Max Planck Institute, 2014, pp.421-457.

⁴⁴⁹ Tradução livre, no original: “en ningún momento el Tribunal de Estrasburgo ha elaborado de manera tan estructurada una teoría [...] que tenga por consecuencia enmarcar de manera explícita las competencias de las jurisdicciones nacionales”. *Ibidem*, p/434.

⁴⁵⁰ Convenção Americana de Direitos Humanos, San José de Costa Rica, 22 de novembro de 1969, artigo 1, inciso 1.

⁴⁵¹ *Ibidem*, artigo 2.

de conteúdo e especificidade”⁴⁵². Aludindo outra vez à comparação com o Sistema Europeu, argumenta-se que assim como a teoria da margem de apreciação desenvolveu-se na jurisprudência e doutrina para dar resposta a problemas concretos, sem jamais restar positivada, o mesmo ocorreu com o surgimento do controle de convencionalidade na Corte Interamericana, considerando o distinto contexto em que está inserida.

Assim, novamente, defrontamo-nos com um debate sobre interpretação e enumeração de direitos e obrigações desde comandos abstratos⁴⁵³, mas desta vez no plano internacional. Dado o uso do processo jurídico transnacional para a transformação de demandas políticas em comandos normativos alusivos a direitos fundamentais, ficam latentes as implicações constitucionais desse movimento.

4.2.2. Primeira fase: aproximação ao conceito de controle de convencionalidade nos votos individuais dos juízes

Em 05 de fevereiro de 2001, pela primeira vez, a Corte Interamericana explicitamente propôs a alteração de disposições de uma constituição doméstica. No caso *A Última Tentação de Cristo*, o Estado chileno foi acionado após a Comissão Interamericana aceitar petição alegando que o inciso 12º do artigo 19º da Constituição chilena de 1980, que determinava estabelecimento por lei de mecanismo de censura para a exibição de produções audiovisuais, violava os artigos 12º e 13º da Convenção Americana, respectivamente protegendo a liberdade de religião e consciência e a de pensamento e expressão. O caso ocorreu após decisão judicial impedir a exibição da obra do diretor norte americano Martin Scorsese, em um processo em que o órgão administrativo do Estado (o Conselho de Classificação Cinematográfica) havia primeiro proibido a exibição da obra, posteriormente alterando sua decisão autorizando exibição restrita a maiores de 18 anos. A Corte Suprema do Chile posteriormente confirmou a decisão judicial que

⁴⁵² Tradução livre, no original: “una figura que viene a clarificar una obligación ya existente y la dota de contenido y especificidad”. NASH ROJAS, Claudio. “Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XIX, 2013, p.491.

⁴⁵³ Vide item 2.1.

revisava a autorização administrativa de exibição restrita da obra, mantendo a censura.

A Corte Interamericana reconheceu apenas a violação às liberdades de pensamento e expressão, mas não de liberdade religiosa. Determinando, no quarto ponto resolutivo de sua decisão, que:

[...] o Estado deve modificar seu ordenamento jurídico interno, em um prazo razoável, com a finalidade de suprimir a censura prévia e permitir a exibição do filme “A Última Tentação de Cristo”, e deve apresentar à Corte Interamericana de Direitos Humanos, em um prazo de seis meses a partir da notificação quanto à presente sentença, um informe sobre as medidas adotadas a esse respeito.⁴⁵⁴

Em que pese a natureza da decisão, explicitamente comandando alteração do texto constitucional, houve pouca resistência ao pronto cumprimento. Um projeto de reforma constitucional proposto pelo governo e que já havia sido aprovado pela Câmara dos Deputados anos antes, em novembro de 1999, teve sua tramitação retomada e a Constituição foi posteriormente alterada. Apesar de, na prática, ter proposto uma revisão legal da constituição por incompatibilidade com a Convenção Americana, a própria Corte não mobilizou no julgado um conceito de controle de legalidade como aquele implícito na ideia de “controle de convencionalidade”. Não obstante, o caso é relevante para essa genealogia por duas razões.

Primeiro, pois ilustra a hipótese antes suscitada quanto à natureza expansiva e diretiva da atuação da Corte Interamericana, reforçando o argumento de Huneeus de que “enquanto que a Corte Europeia de Direitos Humanos tipicamente permite aos governos escolherem como eles irão remediar as violações de seus Estados, a Corte Interamericana, amadurecida em uma região de ditaduras, prefere ser menos deferente”⁴⁵⁵. Ainda, segundo, representa um primeiro caso em que a Corte explicitamente propõe a alteração do *texto* de uma constituição doméstica, e não de

⁴⁵⁴ Tradução livre, no original: “[...] Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”, y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto.” CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *A Última Tentação de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Julgamento de 05 de fevereiro de 2001, parágrafo 103.04.

⁴⁵⁵ Tradução livre, no original: “whereas the ECHR typically allows governments to choose how they will remedy their state’s violation, the Inter-American Court, which came of age in a region of dictatorships, prefers to be less deferential” HUNEEUS, Alexandra. “Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court’s Struggle to Enforce Human Rights”. *Cornell International Law Journal*, vol.44, 2011, p. 496.

uma lei infraconstitucional ou de uma interpretação da extensão de um direito ou obrigação. Assim, a decisão reforça os precedentes de atuação diretiva da Corte, inaugurando, na prática, o uso de um novo poder, de explícita revisão constitucional.

Nessa crescente histórica, seria apenas em 2003 que a expressão “controle de convencionalidade” seria pela primeira vez mobilizada, dando início a construção jurisprudencial da doutrina. Em um voto divergente no caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*⁴⁵⁶, o juiz mexicano Sérgio García Ramirez, argumentando sobre a impossibilidade de apresentar-se o Estado ante a jurisdição internacional de forma fracionada, justificando na separação interna de poderes uma limitação ao cumprimento das obrigações internacionais contraídas, afirmaria que:

Para os efeitos da Convenção Americana e do exercício da jurisdição contenciosa da Corte Interamericana, o Estado se apresenta de maneira integral, como um todo. Nesta ordem, a responsabilidade é global, diz respeito ao Estado em seu conjunto, e não pode restar sujeita à divisão de atribuições prescrita no Direito interno. Não é possível seccionar internacionalmente o Estado, obrigando ante a Corte somente alguns de seus órgãos, entregar a estes a representação do Estado em juízo – sem que essa representação repercuta sobre o conjunto do Estado – e subtrair a outros do regime convencional de responsabilidade, deixando sua atuação fora do “controle de convencionalidade” implicado na jurisdição da Corte internacional.⁴⁵⁷

O conceito seria incluído na jurisprudência majoritária da Corte apenas em setembro de 2006, no caso *Almonacid* (que será retomado no próximo tópico), paralelamente, porém, Sérgio Garcia Ramirez ofereceria outro desenvolvimento doutrinário importante em seu voto concorrente no caso *Vargas Areco vs. Paraguai*. Nele, Ramirez procura diferenciar o trabalho de controle de convencionalidade realizado pela Corte de San José daquele ofício jurisdicional ordinário das cortes

⁴⁵⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Julgamento de 25 de novembro de 2003.

⁴⁵⁷ Tradução livre, no original: “Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio --sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.” CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Voto Concorrente do Juiz Sérgio Garcia Ramirez. Julgamento de 25 de novembro de 2003, parágrafo 27 (grifos meus).

domésticas, construindo uma analogia entre dois tipos de tribunais superiores: os tribunais constitucionais domésticos e a Corte Interamericana.

Ramirez aponta que “o ‘controle de convencionalidade’ fundado na confrontação entre o ato realizado e as normas da Convenção Americana não pode [...] se converter em uma nova e última instância para o conhecimento da controvérsia suscitada na ordem interna”⁴⁵⁸, como forma de afastar o argumento de que o Sistema Interamericano, por meio de sua Corte, pudesse constituir uma terceira ou quarta instância judicial. Estabelecendo um paralelo entre o controle de constitucionalidade pelas cortes domésticas e o de convencionalidade pela Corte Interamericana, o magistrado aponta que assim como os primeiros não podem retomar as minúcias civis ou criminais de um caso, devendo atentar à sua dimensão constitucional, também não o pode fazer a Corte Interamericana, cuja atuação:

[...] somente pode confrontar os atos internos – leis, atos administrativos, decisões judiciais, por exemplo – com as normas da Convenção, e resolver se existe congruência entre aqueles e estas para determinar, sobre essa base, se aparece a responsabilidade internacional do Estado por descumprimento de suas obrigações desta natureza.⁴⁵⁹

Aqui, Ramirez empreende um duplo movimento. Por um lado, defende a expansão interpretativa do mandato da Corte Interamericana, que assim como se autoconcedeu poderes de supervisão de sentenças, passou a estabelecer um processo de revisão judicial baseado em uma leitura ampliada das determinações contidas nos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana. Claramente o magistrado mexicano reforça, em seu voto divergente, a existência explícita de tal prerrogativa. De outro, Ramirez expõe uma preocupação com a própria possibilidade de expansão ilimitada da jurisdição da Corte. Em que pese defender uma prerrogativa forte de revisão judicial, busca deixar claro o âmbito limitado de incidência da mesma, que não deve transbordar da dimensão da análise específica da compatibilidade estrita entre a norma ou ato impugnado e a Convenção Americana

⁴⁵⁸ Tradução livre, no original: “el “control de convencionalidad” fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana, no puede [...] convertirse en una nueva y última instancia para conocer la controversia suscitada en el orden interno”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Vargas Areco vs. Paraguai*. Voto Concorrente do Juiz Sérgio Garcia Ramirez. Julgamento de 26 de setembro de 2006, parágrafo 6º.

⁴⁵⁹ Tradução livre, no original: “[...] sólo puede confrontar los hechos internos --leyes, actos administrativos, resoluciones jurisdiccionales, por ejemplo-- con las normas de la Convención y resolver si existe congruencia entre aquéllos y éstas, para determinar, sobre esa base, si aparece la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de sus obligaciones de la misma naturaleza.” *Ibidem*, parágrafo 7º.

para outras, mais gerais, atinentes ao direito constitucional ou infraconstitucional dos Estados Membros.

4.2.3. Segunda fase: delineamento geral do controle de convencionalidade como obrigação dos juízes domésticos de considerarem a Convenção Americana conforme interpretada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos

O primeiro contorno jurisprudencial do controle de convencionalidade pela Corte Interamericana, fora das manifestações individuais, foi delineado no caso *Almonacid*⁴⁶⁰. Aqui, a Corte passa a desenvolver a interpretação da extensão dos comandos normativos constantes nos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana.

Contestando a resiliência das medidas de impunidade no Chile, a Corte argumenta que a disposição do artigo 2º, determinando o “dever de adotar disposições internas”, inclusive e especialmente legislativas, tem por objetivo permitir ao judiciário doméstico uma pronta e simples aplicação das leis para a solução dos casos individuais. Porém, a ausência de legislação doméstica adequada à normativa internacional não exime a obrigação de garantia expressa no artigo 1.1.⁴⁶¹

Assim, a Corte apresenta fundamentos no direito internacional positivo para estabelecer um argumento muito próximo àquele, teórico, de Kelsen⁴⁶², quanto à antinormatividade das normas domésticas em relação às internacionais em comparação com a antinormatividade das normas domésticas infraconstitucionais em relação à Constituição. A omissão ou falha do Poder Legislativo em adequar a legislação doméstica nem exclui a responsabilidade internacional do Estado, nem a obrigação do judiciário em adotar, diretamente, as medidas necessárias para que dado direito ou liberdade seja fruído de forma efetiva.

O argumento monista da Corte Interamericana, não obstante, não apresenta nesta oportunidade uma orientação hierárquica sobre a constituição. Ao definir o conceito de controle de convencionalidade, o tribunal deixará a cargo dos juízes

⁴⁶⁰ Cujo desenvolvimento, mérito e efeitos foram objeto do item 3.2.2.

⁴⁶¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Almonacid Arellano v. Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006, parágrafo 123.

⁴⁶² Apresentado na seção 4.1

domésticos a solução do conflito normativo identificado, chamando-os a sua responsabilidade de aplicar a Convenção Americana como *corpus iuris* próprio integrado com o direito doméstico:

A Corte é consciente de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que os obriga a assegurar que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias ao seu objetivo e fim, e que são desde o princípio carentes de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas aplicadas nos casos concretos e a Convenção Americana de Direitos Humanos.⁴⁶³

A primeira formulação da ideia de controle de convencionalidade na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, portanto, diz respeito a um controle judicial de legalidade a ser desempenhado pelos juízes domésticos. No caso concreto, o controle de convencionalidade deve ser realizado pelo juiz titular da ação penal, e não pela Corte Interamericana, que age tão somente apontando a existência de um conflito não identificado ou ignorado pelo Poder Judiciário local. O conflito tem natureza constitucional, vez que trata de direitos fundamentais, mas a revisão legal proposta por meio do controle de legalidade não implica, a priori, em mudança constitucional estrita.

Nessa formulação, qual então seria o papel da Corte Interamericana? Nas palavras do próprio Tribunal, ser a “intérprete última da Convenção Americana”⁴⁶⁴. No entender da Corte, nesta etapa de desenvolvimento jurisprudencial da doutrina do controle de convencionalidade, o juiz doméstico deve sempre analisar se a lei (neste caso, uma lei infraconstitucional) está em conflito com a Convenção Americana *conforme interpretada nas decisões da Corte Interamericana*.

⁴⁶³ Tradução livre, no original: “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.” *Ibidem*, parágrafo 124.

⁴⁶⁴ Tradução livre, no original: “intérprete última de la Convención Americana”. *Ibidem*, parágrafo 124.

Aqui, portanto, a pretensão hierárquica da Corte é a de enumerar direitos e obrigações desde o texto da Convenção Americana, garantindo que as cortes domésticas tenham em mente suas decisões na solução de controvérsias que envolvem as ordens e regimes jurídicos de maneira transversal, e não necessariamente de “vincular” a jurisdição doméstica verticalmente. Esse cuidado aparece expresso nos pontos resolutivos da sentença, apontando que “o Estado deve assegurar que”⁴⁶⁵ (grifos nossos) a lei de anistia não represente um obstáculo ao direito das vítimas.

Mesmo a fundamentação da decisão, logo após a remissão à necessidade de prática doméstica do controle de convencionalidade, exime-se de apresentar um obstáculo de natureza hierárquica à norma doméstica, como ocorrerá na evolução futura da doutrina, recorrendo tão somente à doutrina da obrigação internacional do Estado para apontar que “a aplicação do Decreto Lei n.º 2.191 desconheceu os deveres impostos pelo artigo 1.1 da Convenção Americana”⁴⁶⁶.

4.2.4. Terceira fase: obrigação de consideração ex officio da Convenção Americana conforme interpretada pela Corte Interamericana (e controvérsia sobre a extensão das bases normativas e da incidência do poder de revisão)

Ainda no ano de 2006 a Corte Interamericana voltará a se manifestar sobre o tema, repetindo parcialmente e aprimorando o parágrafo 124 do caso *Almonacid*, acima transcrito. No caso *Trabajadores Demitidos del Congreso*⁴⁶⁷, julgado apenas dois meses após *Almonacid*, a Corte expressará textualmente o que antes estava subentendido: a natureza *ex officio* da obrigação dos tribunais domésticos exercerem o controle de convencionalidade. Mais ainda, o caso abrirá caminho para o início da importante discussão sobre as diferentes modalidades de controle de convencionalidade disponíveis para os operadores do direito.

No que concerne à primeira alteração, com sutil mudança, a Corte reformula a expressão anteriormente transcrita no item 4.2.3, qual seja, “o Poder Judiciário

⁴⁶⁵ *Ibidem*, parágrafo 171, pontos resolutivos 5 e 6.

⁴⁶⁶ Tradução livre, no original: “aplicación del Decreto Ley No. 2.191 desconoció los deberes impuestos por el artículo 1.1 de la Convención Americana”. *Ibidem*, parágrafo 128.

⁴⁶⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado y otros) vs. Perú*. Julgamento de 24 de novembro de 2006.

deve exercer uma espécie de ‘controle de convencionalidade’ entre as normas jurídicas internas aplicadas nos casos concretos e a Convenção Americana de Direitos Humanos” para:

[...] os órgãos do Poder Judiciário, devem exercer não somente um controle de constitucionalidade, mas também “de convencionalidade” *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente dentro do marco de suas respectivas competências e das regulações processuais correspondentes.⁴⁶⁸

Complementando, a seguir, que:

Esta função não deve ficar limitada exclusivamente pelas manifestações e atos dos demandantes em cada caso concreto, embora também não implique que esse controle deva ser exercido sempre, sem considerar outros pressupostos formais e materiais de admissibilidade e procedência deste tipo de ações.⁴⁶⁹

Com essa alteração a Corte torna explícita a desnecessidade de que um caso individual seja levado a ela para que, apenas após sua manifestação em uma decisão concreta, não apenas a normativa da Convenção como também sua interpretação sobre ele seja tomada como precedente a ser considerado pelos julgadores domésticos atuando em foro de revisão judicial. Apesar da aparente irrelevância da alteração, vez que a Corte já vinha sustentando a tese de que a Convenção Americana e sua jurisprudência deveriam ser consideradas pelos tribunais domésticos, a questão suscitou acalorado debate, ensejando dois votos concorrentes com objetivos de esclarecer o alcance do instituto controle de convencionalidade. Em ambos os casos, os votos divergentes propunham um maior âmbito de aplicação do controle, demonstrando a existência, mesmo naquele momento de expansão doutrinária, de uma composição da Corte cuja maioria entendia de maneira restritiva suas atribuições.

A primeira divergência, do juiz brasileiro Antônio Augusto Cançado Trindade, diz respeito à segunda parte da transcrição acima, do parágrafo 124 de *Trabalhadores Demitidos do Congresso*. Alinhado com a diretiva anterior de que os tribunais devem considerar a jurisprudência da Corte Interamericana, Cançado

⁴⁶⁸ Tradução livre, no original: “los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”. *Ibidem*, parágrafo 128 (grifos meus).

⁴⁶⁹ Tradução livre, no original: “Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.” *Ibidem*, parágrafo 128 (grifos meus).

Trindade discorda da autolimitação contida na decisão final, em que a Corte aponta que apesar da desnecessidade de submissão de casos idênticos ou específicos para a aplicação da Convenção Americana e de sua jurisprudência, não há uma necessidade de que o controle de convencionalidade “deva ser exercido sempre”.

Na argumentação de Cançado Trindade encontramos que:

[...] os órgãos do Poder Judicial de cada Estado Parte da Convenção Americana devem conhecer a fundo e aplicar devidamente não apenas o Direito Constitucional como também o Direito Internacional dos Direitos Humanos; devem exercer *ex officio tanto o controle de constitucionalidade como o de convencionalidade*, tomados em conjunto, uma vez que os ordenamentos jurídicos internacional e nacional se encontram em constante interação no presente domínio da proteção da pessoa humana.⁴⁷⁰

Ou seja, o juiz brasileiro aponta que, sempre, se faz presente a necessidade de exercício pelos juízes domésticos tanto do controle de constitucionalidade, com o qual já estão familiarizados, quanto o de convencionalidade. Mais ainda, assevera que o controle de convencionalidade baseado na Convenção Americana é apenas uma das variadas possibilidades de revisão judicial baseada no direito internacional dos direitos humanos. O voto concorrente do juiz mexicano Sérgio Garcia Ramirez seguirá na mesma direção. Quanto às fontes normativas da revisão judicial, apontará que:

[...] a mesma função é posta em prática, por razões idênticas, naquilo que concerne a outros instrumentos de igual natureza, integrantes do *corpus juris* convencional dos direitos humanos do qual faz parte o Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo à Abolição da Pena de Morte, Convenção para Prevenir e Punir a Tortura, Convenção de Belém do Pará para Erradicação da Violência Contra a Mulher, Convenção sobre Desaparição Forçada, etcétera.⁴⁷¹

⁴⁷⁰ Tradução livre, no original: “[...] los órganos del Poder Judicial de cada Estado Parte en la Convención Americana deben conocer a fondo y aplicar debidamente no sólo el Derecho Constitucional sino también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; deben ejercer *ex officio el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad*, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana.” CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado y otros) vs. Perú. Voto concorrente do Juiz Antonio Augusto Cançado Trindade*. Julgamento de 24 de novembro de 2006, parágrafo 3º.

⁴⁷¹ Tradução livre, no original: “[...] la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus juris* convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera.” CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Trabajadores Cesados*

Garcia Ramirez também avançará em duas outras questões. Primeiro, juntamente com a decisão colegiada, afirmando a desnecessidade de repetição de casos para a aplicação de decisões da Corte Interamericana como *precedentes judiciais*, em analogia com o *modus operandi* dos tribunais anglo-americanos. Depois, avançando na importação de outro binômio de categorias típicas do direito constitucional doméstico para o internacional: revisão judicial concentrada e difusa.

Quanto ao primeiro aspecto, Ramirez afirma que:

[...] não caberia esperar [...] a necessidade de julgar centenas ou milhares de casos sobre um único tema convencional [...] quer dizer, todos os litígios que se apresentam a todo tempo e em todos os países, resolvendo um a um os atos violadores e garantindo, também um a um, os direitos e liberdades particulares.⁴⁷²

Novamente, as construções doutrinárias da Corte, mantendo linearidade e coerência com o desenvolvimento do regime regional de direitos humanos e do sistema de proteção de garantias, ampliam o escopo de sua atuação. A expressão de Ramirez é idêntica àquela acima transcrita, da primeira metade do parágrafo 124 de *Trabajadores Demitidos*, apontando para a existência de efeito *erga omnes* das decisões da Corte. Tal diretiva pressupõe uma superposição entre a obrigação internacional contraída por todos Estados Membros ao firmarem a Convenção Americana com a obrigação individual do Estado condenado de dar cumprimento às decisões da Corte Interamericana contra si. Depende, portanto, da aceitação (inclusive pelos julgadores da ordem jurídica doméstica), de dois pressupostos.

Primeiro, que a Corte Interamericana é a intérprete última da Convenção Americana de Direitos Humanos. Segundo, que o processo internacional no Sistema vincula não somente o Estado implicado, mas também todos os demais, mesmo que estes não tenham sido ouvidos. Como se verá no desenvolvimento do capítulo, esse desdobramento doutrinário sofrerá oposição em suas duas premissas. Materialmente, quando à ideia de que é a Corte a intérprete última da Convenção, processualmente quanto à possibilidade de que a condenação de um Estado gere obrigações para outros.

del Congreso (Aguado y otros) vs. Perú. Voto concorrente do Juiz Sérgio Garcia Ramirez. Julgamento de 24 de novembro de 2006, parágrafo 2º.

⁴⁷² Tradução livre, no original: “no cabría esperar [...] la necesidad de juzgar centenares o millares de casos sobre un solo tema convencional [...] es decir, todos los litigios que se presenten en todo tiempo y en todos los países, resolviendo uno a uno los hechos violatorios y garantizando, también uno a uno, los derechos y libertades particulares.” *Ibidem*, parágrafo 8º.

Ainda, Ramirez afirmará que para além do controle de convencionalidade pela Corte Interamericana, a revisão judicial por outros tribunais pode ocorrer em “caráter difuso, isto é, ser deixada nas mãos de todos os tribunais quando estes devem resolver assuntos em que sejam aplicáveis as estipulações dos tratados internacionais de direitos humanos”⁴⁷³. Apesar de repisar a ideia de que não há, entre os regimes, uma hierarquia, e que a Corte Interamericana não representa uma terceira ou quarta instância judicial, a argumentação análoga àquela do exercício da revisão judicial doméstica, de tipo constitucional hierárquica, se manifestará em pelo menos duas oportunidades. Primeiro, na descrição da “cadeia jurisdicional”⁴⁷⁴ que conduz a uma decisão última da Corte de San José em caso de conflitos, depois na descrição dos mecanismos concentrado e difuso enquanto “vertical e geral”⁴⁷⁵.

Nesse estágio de desenvolvimento, a ideia de controle de convencionalidade ganha, portanto, matizes interessantes. Surgido como um instrumento a ser aplicado pelos juízes domésticos *ad hoc*, naqueles casos em que o descumprimento de obrigação internacional fosse verificado, o conceito aqui evolui para uma forma *permanente* de relacionamento entre regimes.

Ainda, surge pela primeira vez a ideia de um controle *concentrado* pela Corte Interamericana. Na formatação doutrinária inicial, sendo uma atribuição do juiz doméstico considerar a interpretação dada à Convenção pela Corte Interamericana, a revisão judicial era necessariamente doméstica e difusa (exceto se realizada por corte superior em processo concentrado). A ideia de um controle concentrado na Corte de San José está implícita na afirmação da não necessidade de reafirmação de julgados e na possibilidade de replicação automática de decisões, e explícita na distinção entre controle vertical e geral de Garcia Ramirez. Implica, ainda, na importação da noção norte-americana de “precedente judicial”, estranha à maioria das ordens constitucionais latino-americanas.

O caso *Trabajadores Demitidos* permitiria, ainda, novos desenvolvimentos da doutrina do controle de convencionalidade no ano de 2007, quando a Corte Interamericana respondeu a uma solicitação de interpretação de sentença.

⁴⁷³ Tradução livre, no original: “carácter difuso, es decir, quedar en manos de todos los tribunales cuando éstos deban resolver asuntos en los que resulten aplicables las estipulaciones de los tratados internacionales de derechos humanos”. *Ibidem*, parágrafo 12.

⁴⁷⁴ *Ibidem*, parágrafo 2º.

⁴⁷⁵ *Ibidem*, parágrafo 13.

Novamente em um voto concorrente, o juiz Cançado Trindade explorou e sofisticou a abordagem sobre o instituto emergente, abrindo espaço para posteriores desenvolvimentos normativos no colegiado.

Em seu voto concorrente, entre os parágrafos 6º e 10º, o juiz conecta a emergência do controle de convencionalidade com a constitucionalização do direito internacional igualmente vindo a desdobrar o instituto em uma dupla dimensionalidade de contornos claros: doméstica e internacional⁴⁷⁶. Argumenta que o processo de estruturação, coesão e hierarquização do direito doméstico tomou um longo período de tempo, finalmente permitindo que a revisão judicial por meio do controle de constitucionalidade funcionasse como meio de proteção dos direitos dos cidadãos, e que tais desenvolvimentos influenciaram o direito internacional. Assim, “a partir de meados do Século XX se passou a falar de ‘internacionalização’ do direito constitucional e, mais recentemente, nas últimas décadas, de ‘constitucionalização’ do Direito Internacional”⁴⁷⁷.

Trindade segue desenvolvendo a noção de que tratados de direitos humanos possuem uma dimensão constitucional, “não no sentido de sua posição na hierarquia das normas no direito interno”⁴⁷⁸, mas sim no “sentido muito mais avançado de que constituem, no próprio plano internacional, uma ordem jurídica constitucional de respeito aos direitos humanos”⁴⁷⁹. Estabelecendo uma analogia com o processo europeu, afirma a ideia de que assim como a Convenção Europeia de Direitos Humanos foi reconhecida como um “instrumento constitucional da ordem pública europeia” o mesmo se daria com a Convenção Americana, cujo artigo 2º conteria uma cláusula de constitucionalização que “abre efetivamente a possibilidade de um ‘controle de convencionalidade’, a fim de determinar se os Estados Parte cumpriram efetivamente ou não a obrigação geral do artigo 2º da

⁴⁷⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado y otros) vs. Perú (Solicitud de Interpretación de Sentencia. Voto concorrente do Juiz Antonio Augusto Cançado Trindade*. Julgamento de 30 de novembro de 2007, parágrafos 6-10.

⁴⁷⁷ Tradução livre, no original: “a partir de mediados del siglo XX se pasó a hablar de “internacionalización” del derecho constitucional, y más recientemente, en las dos últimas décadas, de “constitucionalización” del Derecho Internacional”. *Ibidem*, parágrafo 6º.

⁴⁷⁸ Tradução livre, no original: “no en sentido de su posición en la jerarquía de normas en el derecho interno”. *Ibidem*, parágrafo 7º.

⁴⁷⁹ Tradução livre, no original: “sentido mucho más avanzado de que construyen, en el propio plano internacional, un orden jurídico constitucional de respeto a los derechos humanos”. *Ibidem*, parágrafo 7º.

Convenção Americana, assim como a do artigo 1.1⁴⁸⁰. Esse controle poderia ser exercido tanto por cortes domésticas, quanto pela Interamericana, “dada a interação entre as ordens jurídicas internacional e nacional no presente domínio de proteção”⁴⁸¹.

Esses notáveis desenvolvimentos no regime regional fatalmente produzirão conflitos com as ordens constitucionais domésticas. Mas a ideia de controle de convencionalidade seguirá expandindo-se.

4.2.5. Quarta fase: força vinculante análoga à da Constituição doméstica

O avanço da percepção do regime regional de direitos humanos como uma ordem de natureza análoga à constitucional e, ainda, o gradual desenvolvimento do mecanismo de revisão judicial abriu caminho para que as disposições da Convenção Americana, conforme interpretadas pela Corte, fossem cotejadas com o ordenamento constitucional doméstico dos Estados membros de forma mais aberta. Esse desenvolvimento ensejou o alargamento da doutrina de que mesmo as Cortes constitucionais, cuja natureza especial determina, *a priori*, a análise da *constitucionalidade* de leis e atos, deveriam igualmente promover o juízo de *convencionalidade*, funcionando como contraparte vinculada à Corte Interamericana.

Um dos primeiros casos a apresentar tal argumentação de forma explícita foi *Boyce e outros vs. Barbados*⁴⁸². Lidando com a incompatibilidade da pena de morte com a Convenção Americana, a Corte entendeu que os tribunais superiores de Barbados bem como a Corte de Justiça do Caribe Oriental não poderiam decidir sobre dada matéria considerando exclusivamente sua natureza constitucional:

A análise do *Comité Judicial del Consejo Privado* (CJCP) não deveria ter-se limitado a avaliar se a Lei de Delitos contra a Pessoa era inconstitucional. Melhor, a questão deveria ter girado em torno de se a lei era também “convencional”. Quer dizer, os Tribunais de Barbados, inclusive o CJCP e agora a Corte de Justiça do

⁴⁸⁰ Tradução livre, no original: “abre efectivamente la posibilidad de un “control de convencionalidad”, con miras a determinar si los Estados Partes han efectivamente cumplido o no la obligación general del artículo 2 de la Convención Americana, así como la del artículo 1(1)”. *Ibidem*, parágrafo 9º.

⁴⁸¹ Tradução livre, no original: “dada la interacción entre los órdenes jurídicos internacional y nacional en el presente dominio de protección”. *Ibidem*, parágrafo 10º.

⁴⁸² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Boyce y otros vs. Barbados*, Julgamento de 20 de novembro de 2007.

Caribe devem também decidir se a lei de Barbados restringe ou viola os direitos reconhecidos na Convenção.⁴⁸³

Em casos como *A Última Tentação de Cristo* a Corte recomendou ao Estado adequar dispositivo constitucional, e em outros, como *Trabalhadores Demitidos do Congresso*, estabeleceu a necessidade de observância *ex officio* de suas decisões. Com o desenvolvimento da ideia de que o regime regional possui natureza análoga à constitucional passou a Corte, desta quadra histórica em diante, a demandar dos tribunais superiores domésticos tratamento em mesmo nível hierárquico para o direito constitucional e a Convenção Americana. Tal demanda se repetiria em diversos julgados, avançando uma dupla pretensão: não apenas a natureza constitucional da Convenção Americana, como também a condição da Corte Interamericana como interprete última da Convenção.

A argumentação da Corte nesse sentido atinge seu ápice em *Cabrera García v. México*⁴⁸⁴, decidido em 2010. No parágrafo 225 de sua decisão a Corte promove novo ajuste na disposição textual inaugurada em *Almonacid*, e aperfeiçoada em *Trabalhadores Demitidos* (e, eventualmente, também em outros casos). Aqui, a disposição ganha a seguinte forma: “Os juízes e órgãos vinculados à administração da justiça em todos os níveis estão obrigados a exercer *ex officio* um “controle de convencionalidade” entre as normas internas e a Convenção Americana”⁴⁸⁵.

Portanto, temos, em *Almonacid*, a expressão “quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela”. Em *Trabalhadores Demitidos do Congresso* a redação é ajustada para: “os órgãos do Poder Judiciário, devem exercer não somente um controle de constitucionalidade, mas também “de convencionalidade” *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana” e, finalmente, agora, em *Cabrera García*, a Corte Interamericana adiciona “em todos os

⁴⁸³ Tradução livre, no original: “El análisis del Comité Judicial del Consejo Privado (CJCP) no debería haberse limitado a evaluar si la Ley de Delitos contra la Persona era inconstitucional. Más bien, la cuestión debería haber girado en torno a si la ley también era “convencional”. Es decir, los tribunales de Barbados, incluso el CJCP y ahora la Corte de Justicia del Caribe, deben también decidir si la ley de Barbados restringe o viola los derechos reconocidos en la Convención.” *Ibidem*, parágrafo 78,

⁴⁸⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cabrera García v. México*. Julgamento de 26 de Novembro de 2010.

⁴⁸⁵ Tradução livre, no original: “Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana”. *Ibidem*, parágrafo 225 (grifos meus).

níveis”, explicitando a tese já esposada em outros casos, como *Boyce*, de que as cortes constitucionais também devem incorporar em suas considerações o controle de convencionalidade.

A segunda parte deste mesmo parágrafo consolida a visão da Corte sobre a natureza e estrutura do controle de convencionalidade apontando para o papel central o qual desempenha: “Nesta tarefa, os juízes e órgãos vinculados à administração da justiça devem ter em conta não somente o tratado, mas também a interpretação deste pela Corte Interamericana, interprete última da Convenção Americana”⁴⁸⁶.

Justificando sua tese, a Corte apresentará exemplos de uso de sua jurisprudência como critério normativo vinculante ou reflexivo por cortes superiores na Costa Rica, Bolívia, República Dominicana, Peru, Argentina e Colômbia⁴⁸⁷. A conclusão da Corte Interamericana após esta exposição é, portanto, que “é necessário que as interpretações constitucionais e legislativas referindo-se aos critérios de competência material e pessoal da jurisdição militar no México se adequem aos princípios estabelecidos na jurisprudência desse Tribunal”⁴⁸⁸, repisando de forma mais elaborada argumento que já havia posto em *Radilla Pacheco v. Mexico* e posteriormente seria acatado pela Suprema Corte de Justiça da Nação mexicana⁴⁸⁹.

Dando continuidade ao desenvolvimento do instituto e sua doutrina, nas decisões de uma quinta fase de desenvolvimento do controle de convencionalidade a Corte Interamericana passaria tanto a diretamente declarar a nulidade de disposições legais (ao contrário de recomendar seu ajustamento), e a rever de modo contramajoritário decisões das instituições democraticamente legitimadas em âmbito doméstico.

⁴⁸⁶ Tradução livre, no original: “En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. *Ibidem*, parágrafo 225 (grifos meus).

⁴⁸⁷ *Ibidem*, parágrafos 226-232.

⁴⁸⁸ Tradução livre, no original: “es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal”. *Ibidem*, parágrafo 233.

⁴⁸⁹ Vide item 4.3.

4.2.6. Quinta fase: revisão direta e controle contamajoritário

A posição mais recente da Corte Interamericana sobre o controle de convencionalidade pode ser extraída de dois casos já analisados no terceiro capítulo da tese, relacionados com a norma global de responsabilidade individual. Em *Julia Gomes Lund e Outros v. Brasil* a Corte altera seu vocabulário usual para lidar com a incompatibilidade das leis de anistia domésticas para graves violações contra os direitos humanos em foro de controle de convencionalidade. Já em *Gelman v. Uruguai* o tribunal dialoga diretamente com o problema da legitimidade democrática do direito em um mundo transnacionalizado.

Brevemente retomando *Gomes Lund*, temos um contraste claro entre o posicionamento da Corte em 2010 e aquele tido em 2006, em *Almonacid*. No julgamento mais antigo a Corte apontou que o Estado chileno “deve garantir que o Decreto Lei n.º 2.191 não siga representando um obstáculo para a continuidade das investigações”⁴⁹⁰. Como visto no item 3.2.2, o Chile encontrou tal caminho sem alterar referida lei, mas articulando o direito internacional com o doméstico e, ainda, construindo alternativas legais para excluir a aplicação da lei em um amplo conjunto de casos. No caso *Gomes Lund*, por sua vez, a Corte adota uma postura muito mais incisiva, diretamente declarando, no dispositivo da sentença (e não em sua argumentação), que as disposições da Lei de Anistia brasileira “carecem de efeitos jurídicos”⁴⁹¹.

A decisão contra o Estado chileno reflete um primeiro estágio de desenvolvimento da doutrina e da prática do controle de convencionalidade, quando a Corte entendia que tal controle deveria ser exercido pelos juízes domésticos, tendo em conta a sua interpretação da Convenção Americana. A decisão contra o Brasil já reflete um novo estágio de desenvolvimento, no qual a Corte exerce o controle concentrado, diretamente. Na argumentação da decisão o tribunal de San José explicitamente aponta a ausência tanto do processo de controle de convencionalidade doméstico difuso quanto do concentrado (ou, na terminologia de

⁴⁹⁰ Tradução livre, no original: “debe asegurarse que el Decreto Ley No. 2.191 no siga representando un obstáculo para la continuación de las investigaciones”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Almonacid Arellano v. Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006, parágrafo 171(5).

⁴⁹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Julia Gomes Lund e outros v. Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010, parágrafo 325(3).

Garcia Ramirez em *Trabalhadores Demitidos do Congresso*, “geral” e “vertical”), como um dos problemas jurídicos que tornaram necessário o exercício da revisão judicial em modalidade concentrada pela Corte Interamericana:

No presente caso, o Tribunal observa 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 [...]. O Tribunal estima oportuno recordar que a obrigação de cumprir as obrigações internacionais voluntariamente contraídas corresponde a um princípio básico do direito [...]. 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 sus (sic) poderes e órgãos, os quais devem garantir o cumprimento das disposições convencionais e seus efeitos próprios (*effet utile*) no plano de seu direito interno.⁴⁹²

Assim como em *Gomes Lund*, em *Gelman* a Corte Interamericana igualmente se propõe a diretamente revisar uma lei doméstica, apontando ser esta “carente de efeitos dada sua incompatibilidade com a Convenção Americana”⁴⁹³. Porém, adicionalmente, o tribunal regional aponta para limitações do exercício da democracia direta pela cidadania, derivadas de obrigações internacionais prévias. No parágrafo 239 da decisão, argumenta que: “A legitimação democrática de determinados fatos ou atos em uma sociedade está limitada pelas normas e obrigações internacionais de proteção aos direitos humanos reconhecidos em tratados como a Convenção Americana”⁴⁹⁴.

Nesta etapa do desenvolvimento do controle de convencionalidade a Corte passa a argumentar que o mesmo não limita apenas as autoridades constituídas, mas também diretamente a vontade da maioria. Ou seja, alcança o próprio poder constituinte:

[...] a proteção dos direitos humanos constitui um limite intransponível para a regra das maiorias, isto é, para a esfera do “suscetível de ser decidido” por parte das maiorias em instâncias democráticas, nas quais também deve primar um

⁴⁹² *Ibidem*, parágrafo 177.

⁴⁹³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Gelman vs. Uruguay*. Sentença de 24 de fevereiro de 2011, ponto resolutivo 11.

⁴⁹⁴ Tradução livre, no original: “La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana”. *Ibidem*, parágrafo 239.

“controle de convencionalidade”.⁴⁹⁵

O desenvolvimento histórico do regime regional de direitos humanos, com sua gradual “constitucionalização”, ensejou a adoção por parte da mais recente composição da Corte Interamericana de uma doutrina complexa do controle de convencionalidade. Contornando a ausência de previsão normativa para o exercício de um poder de revisão legal, em sucessivas inovações jurisprudenciais, o Tribunal desenvolveu o escopo de uma nova modalidade de atuação, em que entende deter o monopólio da interpretação última da Convenção Americana, um poder de revisão direto de atos e leis domésticos, legitimidade contramajoritária e, se não uma hierarquia geral em relação aos regimes domésticos, ao menos uma hierarquia específica, derivada da combinação de sua qualidade de interprete última da Convenção combinada com a capacidade de promover revisão judicial vertical.

Nesse desenvolvimento, o controle de convencionalidade se diferencia radicalmente da bem mais estrita obrigação de cumprir com as determinações contidas em uma decisão. Ele ganha efeito *erga omnes*, vinculando partes (inclusive Estados Membros) não representadas na causa que origina o precedente judicial, podendo ocorrer de maneira concentrada ou difusa, e torna-se uma etapa corrente de qualquer processamento de feitos judiciais domésticos. A fronteira entre doméstico e internacional se desfaz em parte, sendo constituído um espaço de legalidade transnacional. De acordo com a percepção da Corte Interamericana, este espaço transnacional possui um centro: a própria Corte.

Alternativamente, a ferramenta do controle de convencionalidade pode ser entendida como um mecanismo de acoplamento entre diferentes regimes e ordens jurídicas, capaz não de criar um centro decisório que subordine outros centros, mas sim um espaço de governança transversal. Nesta segunda hipótese, que será delimitada a seguir, a Corte Interamericana é centro apenas do regime regional, e não do espaço transversal em si, permanecendo este último multicêntrico. Antes de se construir essa hipótese, porém, é necessário contemplar outra perspectiva do mesmo problema: como os regimes domésticos entendem a ideia e operam na prática o “controle de convencionalidade”?

⁴⁹⁵ Tradução livre, no original: “la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad”.” *Ibidem*, parágrafo 239.

4.3. Conflitos decorrentes da implementação do controle de convencionalidade nas cortes domésticas

Os exemplos apresentados no capítulo 03 ilustraram como cortes domésticas reagiram a casos nos quais o Sistema Interamericano desafiou leis e práticas de impunidade, apontando padrões de resistência, convergência e articulação e o surgimento de normas de natureza heterogênea. Considerando as novas categorias de análise introduzidas no presente capítulo, *dualismo*, *monismo hierárquico* e *unidade heterárquica*, é possível estabelecer novas relações. A postura de resistência tende a estar associada com um modelo dualista ou monista hierárquico com precedência doméstica, com o regime doméstico negando ou relativizando a normatividade do regime internacional, por variados motivos. É o caso da reação da Supremo Tribunal Federal brasileiro em relação à jurisprudência da Corte Interamericana durante o julgamento da ADPF n.º 153, bem como de diversas outras cortes inferiores do judiciário após a decisão de *Gomes Lund*. A postura de convergência tende a associar-se ao modelo do monismo hierárquico com precedência internacional. Aqui, não há espaço para o judiciário ou as autoridades locais decidirem de maneira distinta daquela proposta pela corte regional.

Para o estudo aqui proposto interessa especialmente a terceira possibilidade, de articulação, tendente à associação com um modelo de unidade heterárquica. A postura de articulação permite tanto uma conexão normativa com elementos jurídicos extraídos dos regimes internacionais, quanto outra, reflexiva, no plano interpretativo. Assim, mesmo na inexistência de soluções hierárquicas, entrelaçamentos normativos e comunicações entre as ordens constitucionais e o regime regional podem ocorrer. Não há aqui uma pressuposição de que o direito internacional vincule hierarquicamente o direito constitucional doméstico nem, igualmente, uma desconsideração do mesmo como fonte normativa irrelevante.

Essa problemática torna-se ainda mais complexa quando consideramos a evolução da ideia de controle de convencionalidade. Em um primeiro momento, o conceito foi formulado no sentido de permitir ao julgador doméstico incorporar a Convenção Americana e a racionalidade da Corte Interamericana em sua decisão. Nessa perspectiva está assumido, obviamente, que a Convenção Americana é

documento normativo válido, e a Corte Interamericana opera em dois planos: primeiro, no plano normativo, estabelecendo uma interpretação autorizada do instrumento legal (mesmo que não “a” única interpretação autorizada) mas, também, no plano fático, identificando e reconhecendo a ocorrência de uma violação.

Como visto no caso *Almonacid*, esse curso de ação permite a ocorrência de processos de *articulação normativa*, com as cortes domésticas reconhecendo razões jurídicas para reabrir um caso encerrado, mas também de *articulação reflexiva*, com a incorporação de critérios e conteúdos interpretativos produzidos pela interação transversal entre a ordem jurídica doméstica e o regime regional.

Nas fases seguintes do desenvolvimento da ideia de controle de convencionalidade essa perspectiva se altera. A emergência de uma modalidade de controle concentrado e explícito de revisão judicial, nos moldes de *Bulacio*⁴⁹⁶, ou de *Gomes Lund* e de *Gelman*⁴⁹⁷, desloca a problemática para um plano normativo e hierárquico, tendente a produzir ou convergência ou resistência, vez que, como observado nos estudos com amostras mais amplas⁴⁹⁸, pouco espaço é deixado para a ação doméstica, como apregoariam os defensores da doutrina da margem de apreciação.

Também, a Corte Interamericana gradualmente passa a argumentar por uma validade *erga omnes* de suas decisões, vinculando não apenas as partes diretamente interessadas mas também todas as autoridades e funcionários públicos, judiciais, legislativos e administrativos do Estado acionado, bem como a defender que sua jurisprudência deve ser seguida em casos análogos de outros Estados, mesmo que estes não tenham sido partes na contenda jurídica que dá origem a decisão e, conseqüentemente, não tenham sido ouvidos quando da decisão original. Assim, pretende a Corte atuar não apenas como centro de um regime e participe de um espaço de juridicidade transversal, mas como centro do próprio espaço transnacional, buscando não apenas incidir mas sim coordenar o processo de governança dos direitos humanos.

Mas há ainda outras duas variantes por considerar: primeiro, a perspectiva de

⁴⁹⁶ Vide seção 3.3.2.

⁴⁹⁷ Vide seções 3.2.3 e 3.2.4.

⁴⁹⁸ Como os de Alexandra Huneeus. Vide: HUNEEUS, Alexandra. “Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court’s Struggle to Enforce Human Rights”. *Cornell International Law Journal*, vol.44, 2011.

um controle difuso de convencionalidade por cortes domésticas locais, recursais ou mesmo superiores, e por demais agentes públicos nas tarefas de sua alçada. Tal processo está apresentado tanto nos votos singulares de juízes interamericanos como Garcia Ramirez⁴⁹⁹ e Cançado Trindade⁵⁰⁰, quanto na jurisprudência principal da Corte Interamericana⁵⁰¹. Esse controle difuso pode ser homogeneizado tanto por cortes domésticas, quanto pela Interamericana. Segundo, a possibilidade de um controle de convencionalidade concentrado nas cortes superiores domésticas. Neste caso, seriam as cortes superiores domésticas que fariam papel de centro coordenador. Aqui, o resultado pode ser tanto a articulação constitucional, quanto um modelo similar aquele proposto pelos dualistas, com tribunais locais desconsiderando a corte regional.

A possibilidade de um controle concentrado nas cortes superiores domésticas emerge como uma resposta dos judiciários locais à doutrina interamericana do controle concentrado vinculante. Nele, as cortes superiores domésticas reivindicam seu papel como centro do regime constitucional, relacionalmente deslocando a Corte Interamericana para a periferia ou estabelecendo mecanismos de interação jurídica.

Um exemplo de deslocamento reativo da decisão interamericana para a periferia está presente na resposta que a Corte Suprema do Uruguai dá à argumentação da Corte Interamericana em *Gelman*. Nela, a Corte Constitucional não aponta uma ausência de normatividade da Convenção Americana, mas sim um problema de compatibilizar a “interpretação extensiva” que a Corte Interamericana vem dando ao instrumento legal:

Se, substancialmente, não se percebem dificuldades na integração das normas contempladas na Convenção Americana de Direitos Humanos ao ordenamento jurídico interno, no nível processual e de garantias se pode discutir se as decisões e opiniões da Corte Interamericana de Direitos Humanos são aptas a criar situações de exceção diretamente aplicáveis pelos tribunais uruguaios: a garantia derivada do princípio da legalidade e a interdição da retroatividade da norma sancionadora não-favorável, como a proteção da confiança e segurança jurídica contempladas no Estado Constitucional de Direito, no próprio texto e espírito da

⁴⁹⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado y otros) vs. Perú*. Voto concorrente do Juiz Sérgio Garcia Ramirez. Julgamento de 24 de novembro de 2006

⁵⁰⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado y otros) vs. Perú*. Voto concorrente do Juiz Antonio Augusto Cançado Trindade. Julgamento de 24 de novembro de 2006

⁵⁰¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Cabrera García v. México*. Julgamento de 26 de Novembro de 2010.

Carta, se opõem a interpretações extensivas. Com isso cabe perguntar-se se as dificuldades na análise de convencionalidade em relação ao caso Gelman e a Lei n.º 18.831 não derivam basicamente das interpretações do Pacto que faz a Corte Interamericana de Direitos Humanos, e não de seu conteúdo substancial.⁵⁰²

A Corte Suprema uruguaia não argumenta nem contra a obrigatoriedade “em si” de cumprir com decisões internacionais, nem contra a normatividade da Convenção Americana e sua incidência no caso. Ao contrário, a Corte Suprema aponta para a necessidade de considerar os conteúdos normativos sem, com isso, descaracterizar a identidade constitucional uruguaia. Com isso, retoma seu lugar como centro decisório invertendo a afirmação de que “uma decisão judicial interna pode dar uma interpretação incorreta de uma norma de um tratado de direitos humanos”⁵⁰³ para apontar que a Corte Interamericana, igualmente, pode dar uma interpretação equivocada ou parcial a tal instrumento. A Corte Suprema Uruguaia não desafia a validade e força vinculante da Convenção Americana, mas questiona a pretensão da Corte Interamericana de opor uma interpretação específica da Convenção pela via hierárquica. Ao fazê-lo, explicita a natureza heterárquica da norma em processo de emergência e sua instabilidade na ordem constitucional doméstica.

A Corte uruguaia baseia sua oposição em dois argumentos. Primeiro, aponta que: “deve-se notar que nosso ordenamento constitucional e legal não institui um dever das autoridades judiciais da República Oriental do Uruguai de considerar como precedentes vinculantes as decisões dos órgãos interamericanos”⁵⁰⁴. Ou seja: quando analisa a contradição entre uma lei ordinária com a constituição, a Corte

⁵⁰² Tradução livre, no original: “Si sustancialmente no se perciben dificultades en la integración de las normas contempladas en la CADH al ordenamiento jurídico interno, a nivel procesal y de garantías puede discutirse si los fallos y opiniones de la CIDH son aptos para crear situaciones de excepción directamente aplicables por los tribunales uruguayos: la garantía derivada del principio de legalidad y la interdicción de la retroactividad de la norma sancionadora no favorable, al igual que la protección de la confianza o seguridad jurídica contemplados en el estado Constitucional de Derecho, en el propio texto y espíritu de la Carta, se opone a interpretaciones extensivas. Con lo que cabe preguntarse si las dificultades en el análisis de convencionalidad en relación al fallo del caso Gelman y la Ley No. 18.831, no derivan básicamente de las interpretaciones del Pacto que hace la CIDH, y no de su contenido sustancial.” URUGUAI. Suprema Corte de Justicia. IUE 2–109971/2011. *Sentencia n° 20*, 22 de fevereiro de 2013, p.23 (grifos meus).

⁵⁰³ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. vol. 1, p.412, grifos meus.

⁵⁰⁴ Tradução livre, no original: “corresponde señalar que nuestro ordenamiento constitucional y legal no instituyen un deber de las autoridades judiciales de la República Oriental del Uruguay de considerar como precedentes vinculantes los fallos de los órganos interamericanos”. URUGUAI. Suprema Corte de Justicia. IUE 2–109971/2011. *Sentencia n° 20*, 22 de fevereiro de 2013, p.17.

Suprema não é obrigada a considerar a decisão internacional cujo cumprimento pelo Congresso fez nascer a lei doméstica inconstitucional.

Note-se que a matéria em discussão não era o cumprimento *em si* da sentença da Corte Interamericana no caso *Gelman*, mas sim a constitucionalidade da lei aprovada pelo Congresso Nacional após aquela decisão declarando todos os crimes da ditadura como “contra a humanidade” e, conseqüentemente, eliminado os prazos prescricionais. Se o debate fosse quanto à obrigação do cumprimento da decisão internacional poder-se-ia facilmente contestar o argumento do tribunal doméstico. Sendo o debate sobre a validade de uma lei doméstica, torna-se mais difícil o argumento contra a prerrogativa da Corte Suprema em emitir um juízo negativo de constitucionalidade, a despeito da eventual convencionalidade da lei (que, ademais, é também questionada pelos julgadores).

Essa mesma argumentação pode ser oposta contra a pretensão mais geral da Corte Interamericana que, entendendo-se como centro não apenas do Sistema Interamericano, mas também de um regime transnacional, demanda aos Estados que sigam sua jurisprudência *ex officio*, inclusive considerando as decisões tidas em casos em que o Estado não fora parte e, conseqüentemente, não teve oportunidade de manifestar-se. Nos termos expressos pela Corte uruguaia, não há nem na Constituição nem na Convenção Americana dispositivo prevendo tal prática. É verdadeiro que tal dispositivo existe em outras constituições que não a uruguaia, e que existe uma obrigação de adotar disposições internas mas, na prática, a recepção da jurisprudência da Corte Interamericana sem um litígio prévio depende fortemente de uma decisão no plano reflexivo sobre a adequação do direito, uma vez que a leitura contrária, de uma consideração normativa de tipo hierárquica, necessariamente implica assumir duas premissas: a da existência ou de um sistema de precedentes derivado do tribunal regional, ou da existência de efeito *erga omnes* em seus julgados.

Como é sabido, a maioria dos Estados-membros não utiliza o sistema de precedentes sequer no direito doméstico, e muitas cortes supremas não possuem prerrogativa de produzir decisões com efeitos vinculantes *erga omnes*. Ou seja: assumir tais premissas levaria a atribuir à Corte Interamericana um poder no âmbito doméstico que é ausente inclusive para as instâncias judiciais nacionais.

Segundo, que não é possível fazer uma analogia entre controle de

constitucionalidade e controle de convencionalidade que, derradeiramente, vincule o primeiro ao segundo, vez que tal processo deslegitimaria a própria natureza da atividade empreendida pela Corte Suprema:

Convém destacar que o império do texto constitucional deriva da decisão do constituinte que os poderes constituídos não podem ignorar ou refutar. E deixar de lado o controle de constitucionalidade invocado pelos investigados na presente causa seria precisamente isso, esquecer ou colocar em segundo plano a Constituição Nacional.⁵⁰⁵

Nesse aspecto, o que o tribunal nacional argumenta é que, independente da lei questionada favorecer o cumprimento da decisão internacional, lhe é defeso deixar de manifestar-se sobre a constitucionalidade da lei.

O argumento da Corte uruguaia, em última análise, relembra a relação bilateral de centro-periferia existente entre regimes jurídicos heterárquicos. Ela não desconstitui a decisão do regime externo, mas aponta inexistir fundamento jurídico em seu regime interno para uma vinculação hierárquica pretendida, bem como a existência de argumentos alternativos que podem (e, no caso, segundo a Corte uruguaia, devem) ser considerados. Alternativamente, em um processo de relação heterárquica, a Corte Interamericana constitui apenas outro tribunal com algo a dizer sobre o caso. A tentativa de convergência hierárquica presente na ideia de produzir legislação de exceção como via de cumprimento de disposição em foro de controle de convencionalidade interamericano produziu, assim, a diminuição do espaço de governança transversal, explicitando a natureza heterógena da norma global de responsabilidade e abrindo espaço para a afirmação particularista da ordem constitucional doméstica.

A reforma constitucional mexicana, por sua vez, permitiu que a Corte Suprema construísse um mecanismo de interação mais estável para articular o direito doméstico e o internacional. Com ela, foi incorporado à Constituição dispositivo indicando que “as normas relativas aos direitos humanos se interpretam em conformidade com esta constituição e com os tratados internacionais”⁵⁰⁶,

⁵⁰⁵ Tradução livre, no original: “Viene al caso señalar que el imperio del texto constitucional deriva de la decisión del constituyente que los poderes constituidos no pueden ignorar o refutar. Y dejar de lado el control de constitucionalidad incoado por los indagados en la presente causa, sería precisamente eso, olvidar o colocar en un segundo plano la Constitución Nacional.” *Ibidem*, pp.19-20.

⁵⁰⁶ Tradução livre, no original: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretaran de conformidad con esta constitución y con los tratados internacionales”. MEXICO. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, artigo 1º.

determinando que “todas as autoridades, no âmbito de suas competências, têm a obrigação de promover, respeitar, proteger e garantir os direitos humanos”⁵⁰⁷. No sistema federado mexicano, tanto juízes de tribunais inferiores, quanto, obviamente, a Corte Suprema, têm prerrogativa para exercer controle de constitucionalidade, num formato de controle difuso e concentrado que é bastante conhecido em diversos países da América Latina. Com o novo dispositivo, abre-se agora a possibilidade de que os julgadores igualmente refiram, diretamente ou por meio de jurisprudência, o direito internacional.

Em estudo publicado pelo Senado Mexicano, Pedro Salazar e equipe de pesquisadores apontam que, a partir da reforma, o México passa a contar com três formas de geração de precedentes vinculantes em sua ordem jurídica doméstica:

O processo de criação de precedentes deverá ser gerado por três vias. A primeira, é a via vertical tradicional e emana das decisões da Suprema Corte de Justiça da Nação. Trata-se de uma rota conhecida pelos juízes mexicanos que permite dotar de coerência argumentativa todas as instâncias judiciárias. Porém, depois da reforma, foi ativada outra rota vertical que provém das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e que gera precedentes vinculantes para todos os juízes e, potencialmente, se ativará uma via multidimensional que envolve a todos os julgadores do país.⁵⁰⁸

O exemplo mexicano ilustra uma realidade na qual dois regimes heterárquicos funcionam, cada um, com uma corte produzindo decisões hierárquicas, mas em que também existem outras cortes, locais, com suficiente autonomia para mesclar critérios e produzir decisões de natureza transconstitucional. O fato das cortes locais estarem subordinadas à Suprema Corte, evidentemente, remete ao problema enfrentado na seção 3.3.2, sobre a interpretação doméstica da extensão da jurisdição internacional. A reforma mexicana pode, no longo prazo, conduzir tanto a um modelo similar ao chileno, onde a transconstitucionalização ocorre por articulação, prevalentemente no plano reflexivo,

⁵⁰⁷ Tradução livre, no original: “todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos [...]”. MEXICO. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, artigo 1º.

⁵⁰⁸ Tradução livre, no original: “El proceso de creación de precedentes deberá generarse en tres vías. La primera, es la vía vertical tradicional y emana de las decisiones de la SCJN. Se trata de una ruta conocida por los jueces mexicanos que permite dotar de coherencia argumentativa a todas las instancias judiciales. Pero, después de la reforma, se activó otra ruta vertical que proviene desde la Corte IDH y que genera precedentes vinculatorios para todos jueces y potencialmente, se activará una vía multidimensional que involucra a todos los juzgadores del país”. SALAZAR, Pedro *et alli*. *La Reforma Constitucional sobre Derechos Humanos*. Cidade do México: Senado da República, 2014, p.160.

quanto a um modelo como o argentino, onde o direito internacional é aplicado normativamente gerando convergência.

A jurisprudência mexicana ainda é restrita, mas tendente a um modelo de maior congruência, que pode culminar em um sistema com ampla capacidade de articulação ou, mesmo, em um modelo de convergência. Isso só restará claro quando conflitos explícitos entre controle doméstico de constitucionalidade e controle interamericano de convencionalidade ocorrerem.

Após condenação no caso *Radilla-Pacheco v. México*⁵⁰⁹, a Corte Suprema de Justiça da Nação mexicana expediu resolução⁵¹⁰, votada por maioria, apontando, entre outros, que o judiciário doméstico não possui prerrogativas para revisão das decisões internacionais:

Esta Suprema Corte não é competente para analisar, revisar, qualificar, ou dizer se uma sentença ditada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, isto é, em sede internacional, é correta ou incorreta, ou se a mesma se excede em relação às normas que regem sua matéria e processo. Esta sede de jurisdição nacional não pode fazer nenhum pronunciamento que questione a validade do resolvido pelo Corte Interamericana de Direito Humanos, já que para o Estado mexicano tais sentenças constituem, como já dissemos, coisa julgada e, assim, o único que se pode fazer é acatar e reconhecer a totalidade da sentença em seus termos.⁵¹¹

Assim, a Corte mexicana assume uma postura antagônica com a uruguaia, não apenas se aceitando como diretamente vinculada como, mais ainda, avançando o argumento internacionalista acima referido por meio da citação de Cançado Trindade de que cabe ao tribunal internacional inclusive apontar uma “interpretação

⁵⁰⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Radilla-Pacheco v. Mexico*, julgamento de 23 de novembro de 2009.

⁵¹⁰ Para um discussão desde processo no México, veja-se: BERNARDI, Bruno Boti. *O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a Justiça de Transição: impactos no Brasil, Colômbia, México e Peru*. Tese de doutorado em Ciência Política apresentada à Faculdade de Letras, Filosofia e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2015, pp.318-380.

⁵¹¹ Tradução livre, no original: “[...] esta Suprema Corte no es competente para analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esto es, en sede internacional, es correcta o incorrecta, o si la misma se excede en relación a las normas que rigen su materia y proceso. Esta sede de jurisdicción nacional no puede hacer ningún pronunciamiento que cuestione la validez de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que para el Estado mexicano dichas sentencias constituyen, como ya dijimos, cosa juzgada y, por ende, lo único procedente es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus terminus”. MEXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Resolución dictada por el Tribunal Pleno en el expediente varios 912/2010*. 21 de setembro de 2011, seção 17.

incorreta de uma norma de um tratado de direitos humanos⁵¹². Em continuação, a Corte Suprema Mexicana reiterou a obrigatoriedade de cumprimento das decisões:

As resoluções pronunciadas por aquela instância internacional cuja jurisdição foi aceita pelo Estado mexicano são obrigatórias para todos os órgãos do mesmo, em suas respectivas competências, em tendo o Estado sido parte de um litígio concreto. Portanto, para o Poder Judiciário são vinculantes não apenas os pontos resolutivos da sentença, mas sim a totalidade dos critérios contidos na sentença mediante a qual se resolveu esse litígio.⁵¹³

A ênfase adicionada na necessidade de existência de um litígio concreto é relevante, pois explicita uma distinção entre a interpretação dada ao controle de convencionalidade pela Corte Suprema mexicana e a Corte Interamericana. Enquanto para a segunda, nos desenvolvimentos mais recentes da doutrina, o conjunto de suas decisões vinculantes contra os Estados-membros, funciona como uma espécie de “precedente”, a Corte mexicana deixa claro que se entende vinculada tão somente pelas decisões contra o Estado mexicano, e não pelo conjunto do acervo jurisprudencial produzido em San José da Costa Rica.

Finalmente, conclui a Corte mexicana apontando para três possibilidades de exercício de controle de convencionalidade difuso para além daquele concentrado exercido pela Suprema Corte: por juízes federais; por outros juízes; e por toda e qualquer autoridade pública:

Por maioria [...], se determinou que o modelo de controle de convencionalidade e constitucionalidade que se deve adotar, a partir do estabelecido no parágrafo 339 da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, e nos artigos 1º, 103, 105 e 133 da Constituição Federal [...] é no sentido de que: 1) os juízes do Poder Judiciário da Federação, ao conhecerem controvérsias constitucionais, ações de inconstitucionalidade e recursos, podem declarar a invalidade de normas que contradigam a Constituição Federal e/ou os tratados internacionais que reconheçam direitos humanos; 2) os demais juízes do país, nos assuntos de sua competência, poderão não aplicar as normas que infrinjam a Constituição Federal e/ou os tratados internacionais que reconheçam direitos humanos, apenas para o caso concreto e sem declarar a invalidade das disposições; 3) as autoridades do país que não exercem atividades judiciais devem interpretar os direitos humanos

⁵¹² TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. vol. 1, p.412, grifos meus.

⁵¹³ Tradução livre, no original: “[...] las resoluciones pronunciadas por aquella instancia internacional cuya jurisdicción ha sido aceptada por el Estado mexicano, son obligatorias para todos los órganos del mismo en sus respectivas competencias, al haber figurado como Estado parte en un litigio concreto. Por tanto, para el Poder Judicial son vinculantes no solamente los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en la sentencia mediante la cual se resuelve ese litigio”. MEXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Resolución dictada por el Tribunal Pleno en el expediente varios 912/2010. 21 de setembro de 2011, seção 19 (grifos meus).

da maneira que melhor os favoreça, sem que estejam facultadas a declarar inválidas normas ou deixar de as aplicar em casos concretos.⁵¹⁴

A multiplicidade de fontes possíveis após a reforma e a decisão da Suprema Corte gerou preocupações quanto à fragmentação de critérios jurídicos na ordem constitucional mexicana, e entre esta e as demais ordens constitucionais da região. Uma alternativa apontada por Sérgio Garvia Ramirez, ex-presidente da Corte Interamericana, é a eventual utilização de um sistema de consultas à Corte Interamericana pelos Estados nacionais⁵¹⁵, similar aquele proposto por Simma e Pulkowski para conter o problema da fragmentação de critérios gerais do direito internacional⁵¹⁶, que permitisse ao tribunal internacional exercer, então, a homogeneização dos critérios decisórios. O problema, justamente, é a ausência de mecanismos hierárquicos para esse fim e, mais ainda, conforme explicitado no caso uruguaio, a própria ausência de consenso quanto a ser este um papel da Corte Interamericana.

Os esforços de coordenação entre regimes legais heterárquicos necessariamente passam pela construção de mecanismos de comunicação capazes de lidar com contingências e heterogeneidades normativas. Analisando *Radilla Pacheco* a Corte Suprema mexicana entendeu por estar vinculada à interpretação da Corte Interamericana, mas persistem dúvidas sobre a extensão desse entendimento para casos de conflito constitucional explícito. Analisando *Gelman*, um

⁵¹⁴ Tradução livre, no original: "Por mayoría [...] se determinó que el modelo de control de convencionalidad y constitucionalidad que debe adoptarse a partir de lo establecido en el párrafo 339 de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, y en los artículos 1º, 103, 105 y 133 de la Constitución Federal [...] es en el sentido de que: 1) los jueces del Poder Judicial de la Federación, al conocer de controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y de amparo, pueden declarar la invalidez de las normas que contravengan la Constitución Federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos; 2) los demás jueces del país, en los asuntos de su competencia, podrán desaplicar las normas que infrinjan la Constitución Federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos, sólo para efectos del caso concreto y sin hacer una declaración de invalidez de las disposiciones, y 3) las autoridades del país que no ejerzan funciones jurisdiccionales deben interpretar los derechos humanos de la manera que más los favorezca, sin que estén facultadas para declarar la invalidez de las normas o para desaplicarlas en los casos concretos". MEXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Resolución dictada por el Tribunal Pleno en el expediente varios 912/2010*. 21 de setembro de 2011, disposições finais.

⁵¹⁵ RAMIREZ, Sérgio Garcia. "El Control Judicial Interno de Convencionalidad". In: MACGREGOR, Eduardo Ferrer; GARCIA, Alfonso Herrera (orgs.). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos*. Cidade do México: Tirant lo Blancj, 2013.

⁵¹⁶ SIMMA, Bruno; PULKOWSKI, Dirk. "Of planets and the universe: self-contained regimes in international law." *European Journal of International Law*, vol.17, nº03, 2006, pp.483-529.

caso de conflito constitucional e democrático mais explícito, a Corte Suprema uruguaia preservou sua autoridade última quanto ao direito aplicado no Estado. Em ambos os casos as cortes locais celebraram a existência de um sistema heterárquico, mas também aplicaram critérios tipicamente hierárquicos para fundamentar a solução concreta dos casos, assim como a Corte Interamericana o faz quando exerce controle concentrado.

Um terceiro exemplo ilustrativo do modo como as instituições jurídicas domésticas vêm tratando o controle de convencionalidade pode ser obtido por meio da análise da posição institucional do Ministério Público Federal brasileiro após a decisão do caso Gomes Lund pela Corte Interamericana. Como visto anteriormente⁵¹⁷, a decisão provocou uma mudança de postura da instituição. Com o início da tramitação de uma nova causa no Supremo Tribunal Federal, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 320, proposta pelo Partido do Socialismo e da Liberdade (PSoL), demandando que todos os órgãos do Estado brasileiro dessem integral cumprimento à sentença Gomes Lund, o MPF manifestou-se adotando a “teoria do duplo controle”⁵¹⁸.

Segundo o Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot:

[...] não existe conflito entre a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 153 e a da Corte Interamericana no caso Gomes Lund. O que há é exercício do sistema de duplo controle, adotado em nosso país como decorrência da Constituição da República e da integração à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: o controle de constitucionalidade nacional e o controle de convencionalidade internacional.⁵¹⁹

Em sua argumentação, o MPF trilharia o caminho inverso daquele percorrido pela Corte Suprema uruguaia no caso exemplificativo anterior. Enquanto tribunal uruguaio apontou pela necessidade de praticar o controle de constitucionalidade de uma lei mesmo que esta fosse convencional, o MPF brasileiro apontará a necessidade de exercer o controle de convencionalidade da lei de anistia brasileira mesmo que ela tenha sido declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Referindo o conceito desenvolvido por Cançado Trindade, o MPF argumentará pela

⁵¹⁷ Vide seção 3.2.3.

⁵¹⁸ Para um desenvolvimento anterior da teoria, veja-se: RAMOS, André de Carvalho. “A ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos”. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério. Crimes da ditadura militar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

⁵¹⁹ Ministério Público Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 320 junto ao Supremo Tribunal Federal. Manifestação do Procurador-Geral da República Rodrigo Janot. Supremo Tribunal Federal. Brasília, 28 de agosto de 2014, pp.30-31.

necessidade de um “diálogo integrativo”⁵²⁰ entre os tribunais brasileiros e a Corte Interamericana como caminho para a solução de um “conflito aparente”⁵²¹ entre as decisões doméstica e internacional.

A posição do MPF sobre o duplo controle em muito se assimila com a da Corte Suprema mexicana. Primeiro, ao apontar que “a partir da prolação da sentença [Interamericana], as instituições do sistema de justiça criminal brasileiro estão, todas, juridicamente obrigadas a promover a persecução penal das condutas que constituam ‘graves violações a direitos humanos’ cometidas por agentes do regime ditatorial”⁵²². Segundo, por entender, em distinção com a Corte uruguaia, que “em última instância cabe à Corte Interamericana de Direitos Humanos”⁵²³ emitir juízo sobre a natureza jurídica das obrigações contidas na Convenção Americana.

A posição esposada pelo MPF representa um significativo avanço para a luta contra a impunidade no Brasil e para a reversão da tendência de resistência ao direito internacional dos direitos humanos presente no STF. Porém, importa notar que, apesar de argumentar pelo “diálogo” entre cortes, a postura do MPF igualmente se vincula a uma perspectiva hierárquica, ao argumentar que “a omissão do Estado brasileiro em dar cumprimento à decisão [...] fere preceitos fundamentais [...] que determinam a prevalência, no ordenamento interno, até mesmo sobre normas constitucionais, dos tratados internacionais de direitos humanos”⁵²⁴.

Para fundamentar tal proposição hierárquica, o MPF refere aos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Constituição da República. Curiosamente, tais parágrafos disciplinam respectivamente que as “normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”⁵²⁵ e que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais”⁵²⁶, sem fazer qualquer remissão a uma eventual prevalência destes sobre as normas constitucionais. Algum fundamento

⁵²⁰ “É indispensável reconhecer que há diálogo integrativo das competências dos tribunais internacionais de direitos humanos e das cortes internas”. *Ibidem*, p.41.

⁵²¹ *Ibidem*, pp.44-45.

⁵²² *Ibidem*, p.21.

⁵²³ *Ibidem*, p.48.

⁵²⁴ *Ibidem*, p.35.

⁵²⁵ BRASIL. República Federativa do Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil*, artigo 5º, parágrafo 1º.

⁵²⁶ *Ibidem*, artigo 5º, parágrafo 2º.

poderia ser buscado no parágrafo seguinte, incluído pela Emenda Constitucional n.º 45, que aponta a equivalência (e não a precedência) entre tratados internacionais de direitos humanos e as emendas constitucionais⁵²⁷.

Sem prejudicar em nada os aspectos centrais da tese apresentada pelo Procurador-Geral da República defendendo a necessidade de cumprimento da sentença *Gomes Lund*, tal remissão hierárquica reforça a hipótese discutida na Seção 4.1 desta tese, indicando que mesmo quando argumentam o diálogo e a horizontalidade, como faz o MPF ao defender a tese do duplo controle, os operadores jurídicos e a doutrina tendem a construir um sistema de precedência vertical em que normas de um sistema vinculam as de outros *per se*.

Nesse sentido, a contraposição do caso brasileiro com o uruguaio explicita um dos riscos presentes na afirmação de abordagens hierárquicas: a tese do duplo controle de constitucionalidade e convencionalidade que no Brasil garantiria o cumprimento da decisão internacional desempenha papel oposto no Uruguai, impedindo a implementação da decisão. A análise da aplicação doméstica da doutrina do controle de convencionalidade, em suas distintas formas permite, portanto, compreender os limites do uso de alternativas hierarquizantes para a implementação de normas de natureza heterogênea, como a norma global de responsabilidade individual por graves violações contra os direitos humanos.

Na análise desse conjunto de desenvolvimentos, encontramos que da relação entre as ordens constitucionais domésticas e o regime interamericano de direitos humanos emergiram diversas formas e sub-formas de controle de convencionalidade:

- a) Controle de convencionalidade concentrado na Corte Interamericana;
- b) Controle de convencionalidade concentrado nas cortes supremas domésticas;
- c) Controle de convencionalidade difuso nos judiciários locais:
 - c.1) segundo o livre discernimento do juiz sobre as fontes;
 - c.2) segundo os precedentes da Corte Suprema doméstica;
 - c.3) segundo os precedentes da Corte Interamericana.

⁵²⁷ *Ibidem*, artigo 5º, parágrafo 3º.

- d) Controle de convencionalidade difuso por qualquer agente público estatal.
 - d.1) segundo o livre discernimento da autoridade pública sobre as fontes;
 - d.2) segundo os precedentes da Corte Suprema doméstica;
 - d.3) segundo os precedentes da Corte Interamericana.

Pensando desde a teoria dos efeitos horizontais dos direitos humanos, poder-se-ia argumentar igualmente por uma obrigação de todo e qualquer cidadão de dar cumprimento às decisões derivadas do controle de convencionalidade. Porém, até o presente momento, essa questão não emergiu institucionalmente.

Assim, o cenário de emergência e expansão do controle de convencionalidade na Corte Interamericana foi igualmente acompanhado de uma expansão de seu uso pelas cortes e agentes públicos domésticos, ensejando pelo menos dois novos campos de questionamento. No âmbito das cortes inferiores e da aplicação administrativa, o processo enseja fragmentação de critérios normativos, na medida em que cada juiz singular passa a aplicar os dispositivos conforme seu entendimento. Tal questão pode ser resolvida hierarquicamente pelos tribunais superiores, mas isso enseja um segundo problema, relacionado à identificação da corte detentora da “última palavra” nos casos de conflito. Como visto no contraste entre os exemplos brasileiro e uruguaio, a questão da “última palavra” pode tornar-se bastante casuística quando regimes heterárquicos interagem de maneira dinâmica ao longo do tempo.

A ausência de um critério último capaz de dar coerência ao sistema de controle de convencionalidade e seus conflitos (aparentes ou substantivos) com o controle de constitucionalidade passa, assim, a gerar ansiedade, desequilibrando expectativas normativas. Tal ansiedade resta bastante explícita no depoimento do próprio “pai” do conceito no Sistema Interamericano, o ex-juiz e ex-Presidente da Corte Interamericana, Sérgio Garcia Ramirez:

A meu modo de ver [o controle de convencionalidade] é uma ideia positiva. A meu modo de ver é muito correto que sigamos por esse caminho, mas também creio que temos de ser cuidadosos e cautelosos. Explico. Agora parece uma moda em alguns lugares. Parece uma moda que impele os juízes, sobretudo os juízes, a deixar voar a imaginação e a buscar oportunidades para aplicar o controle de convencionalidade e aplicar normas internacionais. Eu creio que devemos ser

cuidadosos porque o controle de convencionalidade não é um fenômeno que serve apenas aos Estados. [...] Às vezes, em minhas aulas, eu o comparo com uma locomotiva poderosa que corre pelo campo, atravessando-o, mas não tem trilhos, e ao não ter trilhos pode ocorrer um descarrilamento. Não sabemos para onde ela vai. Temos de gerar um sistema de controle do controle de convencionalidade para que este sirva a seu fim último, em meu ponto de vista.⁵²⁸

Enquanto o discurso da horizontalidade entre ordens e regimes jurídicos, do diálogo e da cooperação aponta para um universo potencialmente fragmentado, em que um monismo hierárquico de qualquer tipo não teria lugar, a prática das cortes e a própria reflexão acadêmica operam em sentido oposto. A busca por um sistema cuja coerência seja completa e perfeita enseja um eterno retorno aos modelos hierárquicos, seja por meio de um dualismo que enseja resistência separando ordens e regimes que mantêm a incoerência como elemento externo, seja buscando a convergência como forma de homogeneização por meio de soluções de coordenação vertical que privilegiam as cortes superiores domésticas ou a própria Corte Interamericana. A busca por coerência, não obstante, restringe as possibilidades de uma governança efetivamente transversal, em que diferentes interações normativas podem produzir distintos processos jurídicos tensionando as estruturas de adequação social do direito, conformando normas que se estabilizam como regras e princípios de maneira gradual e imperfeita, muitas vezes conservando certo grau de heterogeneidade, como visto no exemplo da norma global de responsabilidade individual.

O “controle do controle”, assim como a necessidade de manter a identidade constitucional doméstica quando da interpretação do direito, explicitam as pretensões hierárquicas implícitas em grande parte dos debates sobre a constitucionalização do direito internacional e a internacionalização do direito constitucional. Mais que isso, explicitam também os limites que o desenho institucional e a cultura jurídica impõem para a transconstitucionalização do direito e para a governança transversal dos direitos humanos.

O processo de articulação constitucional constitui uma possibilidade de estabilização de expectativas normativas no longo prazo mas é, por si só, incapaz de eliminar essas assimetrias. A obsessão por coerência é típica dos sistemas hierárquicos, que refletem um ideal de perfeição substantiva que força os limites

⁵²⁸ Entrevista. Sérgio Garcia Ramirez. 28 de junho de 2013, João Pessoa. (Original em espanhol, tradução livre).

operacionais da racionalidade processual que orienta a interação entre as ordens e os regimes heterárquicos. Tal obsessão encontra-se refletida inclusive no fato de decisões e teses que não demandariam o uso do vocabulário da hierarquia o utilizarem, como que por hábito, para tratar da incorporação da legalidade externa à ordem doméstica.

Em um modelo que proponha uma análise transconstitucional, a governança transversal dos direitos humanos privilegia processos em que os sistemas reconhecem sua condição recíproca e simultânea de centro e periferia e, mais ainda, reconhecem a ausência de precedência hierárquica no espaço transversal e a conseqüente heterogeneidade normativa daí decorrente. Mais importante do que construir uma hierarquia é constituir espaços de interação, como os que emergiram nos casos mexicano e chileno, independente do uso ou não de um vocabulário hierárquico.

4.4. Controle de convencionalidade como acoplamento entre regimes: possibilidades e limitações da abordagem transconstitucional não-hierárquica

As normas globais não existem em um único regime que coordene a todos os demais, nem necessariamente existem em cada regime jurídico singular. Alternativamente, elas surgem quando o conflito, a cooperação ou a coordenação entre regimes jurídicos heterárquicos produz padrões normativos que se estabilizam como princípios ou regras e ganham homogeneidade de forma imperfeita e gradual. Na ausência de um sistema jurídico mundial coordenado hierarquicamente, ou mesmo de um regime regional capaz de gerar processos abrangentes de coordenação, padrões jurídicos emergem dos processos de governança transversal dos direitos humanos.

Nesse cenário, a revisão judicial por meio de alguma das hipóteses de controle de convencionalidade pode funcionar tanto como um esforço de coordenação hierárquica entre regimes (produzindo resistência ou convergência entre normatividades internacionais e domésticas), quanto como uma possibilidade de relacionamento heterárquico. Se operado como um acoplamento entre diferentes regimes, com vista ao entrelaçamento de racionalidades que permita uma melhor

adequação do direito, o controle de convencionalidade oferece possibilidades para a construção de decisões que articulam o direito transnacionalmente. Quando tais decisões envolvem direitos fundamentais, ou seja, direitos constitucionais domésticos e direitos humanos internacionais, elas funcionam como janelas de oportunidade para transconstitucionalização do direito e para o fortalecimento de espaços de governança transversal.

A ideia de que os processos de revisão judicial produzem direito ou alteram o direito não é nova⁵²⁹ e, como já visto, tanto os regimes constitucionais domésticos quanto os internacionais possuem estruturas internas de produção legítima de direito. O que, então, o transconstitucionalismo e, mais especificamente, a ideia de acoplamento tem a oferecer? E quais as limitações desta abordagem?

Um primeiro reconhecimento a ser feito é o de que o transconstitucionalismo não é a única maneira de explicar como o direito opera em âmbito mundial ou, nos casos aqui em apreço, na governança transversal dos direitos humanos, nem pretende ser “a” melhor. Em um contexto de grandes transformações sociais e, conseqüentemente, de grandes rearranjos, o transconstitucionalismo aparece como uma resposta possível que busca aceitar a contingência derivada da expansão dos regimes jurídicos auto-continentes, do pluralismo e da fragmentação oferecendo uma alternativa a outras, baseadas em soluções hierárquicas. A principal vantagem do transconstitucionalismo como método de abordagem é buscar abranger uma maior complexidade que aquela tida quando pensamos os sistemas domésticos e internacionais separadamente e, posteriormente, procuramos encontrar meios de coordenação pontuais (dualismo), ou quando os pensamos integradamente, porém, pré-estabelecendo uma hierarquia entre ambos (monismo hierárquico).

Pensando desde a obra de Neves e aqui apropriando o conceito de transconstitucionalismo, se pode buscar compreender os processos transversais que ocorrem entre as ordens e regimes jurídicos. Tanto as ordens constitucionais domésticas como o Sistema Interamericano possuem legitimidade e validade e, por terem se desenvolvido de maneira especializada, desenvolveram lógicas próprias que não são sempre compatíveis. Aí reside a especial dificuldade derivada da colisão de decisões finais e definitivas de cortes superiores com pretensão de

⁵²⁹ Vide seções 1.4 e 2.1.1.

precedência total umas sobre as outras. Como visto no caso do controle de constitucionalidade da lei uruguaia, aprovada para dar cumprimento a uma decisão da Corte Interamericana, mesmo aplicando-se a tese do duplo controle persistirão situações de conflito.

A grande vantagem metodológica do transconstitucionalismo em relação às perspectivas hierarquizantes é sua maior abertura a essa complexidade. Sua desvantagem, desde as perspectivas dos paradigmas dominantes de interpretação (dualismo e monismo hierárquico) é não cumprir o papel de produzir a resposta última e definitiva que as teorias concorrentes buscam. Ao contrário, a perspectiva transconstitucional aqui proposta contempla a contradição e a incoerência, ao aceitar que os sistemas podem operar simultaneamente com regras contraditórias, pois as interações ocorrem majoritariamente no plano processual, e não no substantivo. A solução da contradição poderá ou não ocorrer, por razões internas ou externas a cada ordem ou regime. No primeiro caso, por razões internas, pela própria alteração da percepção de adequação dos conteúdos normativos da ordem ou regime, em que a transconstitucionalização reflexiva pode ter um papel relevante. No segundo caso, por razões externas, quando um conflito mobilize as estruturas institucionais (especialmente o judiciário), demandando uma decisão.

O processo decisório pode tanto levar a uma resposta não transconstitucional, com o tribunal em questão afirmando sua precedência ou dela abrindo mão, quanto a uma decisão transconstitucionalizante, em que a postura do tribunal seja a de tentar articular conteúdos normativos em busca de uma resposta mais adequada que considere o conjunto de normatividades envolvidas sem esquecer sua própria identidade, permitindo melhor governança transversal de uma determinada matéria. Em todos os casos as decisões das cortes superiores refletem um juízo de adequação do direito que conduz à estabilização de uma nova regra ou princípio consistente. Desde essa perspectiva uma mesma norma global pode traduzir-se em uma regra em uma ordem ou regime, em um princípio em outro, e ser resistida em um terceiro, como atesta o exemplo da norma global de responsabilidade individual⁵³⁰.

Ao articular o direito transconstitucionalmente os órgãos julgadores

⁵³⁰ Vide seção 2.6.

(domésticos ou internacionais), podem utilizar o processo de controle de convencionalidade para operar acoplamentos e troca de racionalidades entre as ordens os regimes jurídicos. Buscando inspiração no desenvolvimento dessas ideias pela teoria dos sistemas, encontramos pelo menos três possibilidades: os acoplamentos *estruturais*, os *operativos* e a formação de *entrelaçamentos*. Luhmann diferencia os acoplamentos operativos dos estruturais pela capacidade destes últimos em estabilizarem estruturas de modo permanente, enquanto os primeiros funcionam de maneira eventual⁵³¹. Neves descreve os acoplamentos estruturais como formas de “garantia das autonomias recíprocas mediante a seletividade de influências, relacionando complexidades desordenadas na observação recíproca”⁵³², agregando a ideia de “entrelaçamentos”, aptos a ensejar intercâmbio e aprendizado por meio da “partilha mútua de complexidade preordenada pelos sistemas envolvidos” (“racionalidade transversal”)⁵³³.

O redesenho das arquiteturas constitucionais exposto na seção 3.3 representa um esforço no sentido de garantir possibilidades institucionais de acoplamento e entrelaçamento entre ordens e regimes jurídicos: algumas constituições domésticas procuram estabelecer um mecanismo permanente em que a interferência do direito internacional dos direitos humanos possa ser recebida e processada pelo direito doméstico, ampliando os espaços de interação transversal sem implicar em sua descaracterização ou na perda da diferenciação entre doméstico e internacional. Outras simplesmente permitem uma abertura reflexiva ao entrelaçamento com a racionalidade externa, sem procurar estabilizar um mecanismo institucional de relacionamento permanente.

Quando um tribunal busca articular as normas de um ou mais regimes jurídicos com suas próprias por ocasião de um caso concreto a ser resolvido simultaneamente em duas ou mais ordens ou regimes, passa a ter, portanto, a oportunidade de operar acoplamentos e produzir entrelaçamentos (razão transversal). Na relação entre as ordens constitucionais domésticas e o Sistema Interamericano, nos dois sentidos possíveis, o controle de convencionalidade pode funcionar não para a imposição hierárquica de uma decisão, mas para a articulação

⁵³¹ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Cidade do México: Herder, 2005.

⁵³² NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p.49.

⁵³³ *Ibidem*, p.49.

e mixagem de conteúdos normativos. Em contextos de conflito aparente, em que há espaço para compatibilização de decisões, o duplo controle de constitucionalidade e convencionalidade pode atender a esse fim. É o caso explícito da manifestação do MPF na ADPF n.º 320. Já em contextos de conflito substantivo, como a declaração de inconstitucionalidade da lei aprovada pelo Congresso uruguaio em resposta à sentença *Gelman*, o duplo controle mostra-se avesso à transconstitucionalização, pois o controle exercido por uma corte inviabiliza a consideração, mesmo que parcial, da decisão emitida por outra. Em palavras simples: não há complementaridade, troca ou aprendizado.

Em determinadas arquiteturas constitucionais domésticas, como a Argentina, é possível a conformação de um acoplamento estrutural, configurado por meio do dispositivo de abertura constitucional que prevê a consideração permanente do direito internacional dos direitos humanos como análogo ao direito constitucional doméstico, produzindo uma relação hierárquica. Ainda, onde não há uma previsão normativa que permita a manutenção de um acoplamento permanente, outras formas de acoplamento podem ocorrer quando arranjos jurídicos não constitucionais, como a participação em um tratado, permitem o acionamento de regimes jurídicos independentes para a solução pontual de um mesmo problema de direitos fundamentais. Em qualquer caso, a abertura dos próprios julgadores à consideração das experiências jurídicas comparadas e ao desenvolvimento do regime regional de direitos humanos pode ensejar trocas e entrelaçamentos.

Neste específico, novamente, entender o problema da relação entre o direito constitucional doméstico e o direito internacional dos direitos humanos como um problema transconstitucional e, ainda, pensar o processo de revisão judicial como um acoplamento oferece vantagens e desvantagens em relação a uma abordagem hierárquica.

A vantagem evidente é a abertura à consideração da lógica extra-sistêmica no processo decisório que – sempre supondo a validade e legitimidade das ordens e regimes jurídicos envolvidos – melhora as condições de possibilidade para a obtenção de uma decisão mais socialmente adequada por meio do processo de governança transversal dos direitos humanos. Em teoria, o diálogo ou a articulação permitem a um sistema construir sua decisão e reconstruir seu juízo de adequação do direito tirando proveito da racionalidade externa incorporada, por acoplamento ou

entrelaçamento, na solução do caso concreto.

A desvantagem, por sua vez, é a incapacidade de garantir resultados, como esperam as teorias de viés hierárquico. Cabe sempre à própria ordem ou regime reconhecer a oportunidade e promover o acoplamento ou entrelaçamento, o que implica no constante risco de que compreenda erroneamente a informação externa ou simplesmente reflita em sentido divergente, em um diálogo dissonante, persistindo o conflito e a heterogeneidade decorrente do pluralismo jurídico global.

Dois argumentos de ordem prática podem ajudar a mitigar essa desvantagem em favor da abordagem transconstitucional. Primeiro, o reconhecimento de que, no plano fático, o problema do reconhecimento de oportunidade se faz presente também nos modelos que buscam soluções hierárquicas. A resistência das cortes domésticas em considerar o direito internacional e vice-versa, tanto em arquiteturas institucionais mais conducentes à interação quanto naquelas menos, encontra-se ligada a um juízo próprio do operador interno a ordem ou regime. A rejeição brasileira em considerar a jurisprudência da Corte Interamericana no julgamento da ADPF n.º 153 e, posteriormente, a massiva rejeição das cortes inferiores verificada até o presente momento na tentativa de implementação da decisão do caso *Gomes Lund*⁵³⁴ exemplificam esse argumento. A arquitetura institucional determina uma relação hierárquica na qual o direito internacional dos direitos humanos prevalece sobre as leis ordinárias, mas isso é resistido na prática.

Um segundo argumento vem no fluxo inverso: diferentemente das teorias que apontam a necessidade de que as decisões internacionais promovam uma revisão rigorosa dos atos nacionais ante uma determinada concepção que o julgador tem do tratado de direitos humanos, entendendo tal concepção como a única legítima e, portanto, derradeira, o transconstitucionalismo como método também entende como relevante que as organizações e cortes internacionais estejam normativa e reflexivamente abertas a considerar o direito doméstico dos seus Estados membros e, mais ainda, a especial legitimidade que reveste algumas decisões democráticas. Isso implica questionar tanto a teoria de que a Convenção Americana é o que a Corte Interamericana diz que ela é⁵³⁵, quanto aquela que afirma que cabe sempre e

⁵³⁴ Vide seção 3.2.3.

⁵³⁵ RAMIREZ, Sérgio Garcia. “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones”. In: Corte Interamericana de Derechos Humanos (org.). *La Corte*

em última análise à Corte Interamericana fixar a correta interpretação da Convenção Americana⁵³⁶. Disso não decorre dizer que a Corte Interamericana não detém legitimidade para interpretar a Convenção, mas sim apontar para a necessidade de que esta mesma Corte esteja aberta para interpretações divergentes egressas de outros tribunais, inclusive em foro de controle de convencionalidade doméstico.

Ou seja, o transconstitucionalismo não se ocupa apenas do uso do direito internacional pelas cortes domésticas, mas também com o processo oposto, de desenvolvimento de processos de acoplamento e entrelaçamento de racionalidades em que as cortes internacionais, notadamente a Interamericana, considerem elementos normativos relevantes dos regimes jurídicos dos Estados membros. Esse segundo argumento se relaciona com a necessidade de um engajamento efetivo da Corte Interamericana de Direitos Humanos com sua proposta retórica de “diálogo”. O grau de especificidade das decisões e a crescente expansão da doutrina do controle de convencionalidade estrito em detrimento de, por exemplo, uma doutrina de margem de apreciação, explicitam uma pretensão hierárquica que conduz a um alto grau de descumprimento das decisões da Corte Interamericana⁵³⁷, mesmo quando setores expressivos do Estado condenado têm disposição de efetivar a decisão – como atestam os exemplos do Chile, em que o judiciário mostrou-se mais pró-ativo que o parlamento, e do Uruguai, em que ocorreu precisamente o inverso.

Propor que as cortes utilizem o processo de revisão judicial, constitucional ou convencional, como meio de produzir acoplamentos e entrelaçamentos de racionalidades não resolve nem o problema do conflito entre regimes em si, nem a pretensão hierárquica de um sobre o outro. A abordagem transconstitucional,

Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004. San José da Costa Rica, 2005.

⁵³⁶ E.g.: TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, vol. 1, 1997. CALDAS, Roberto de Figueiredo. “A condenação do Brasil no caso Guerrilha do Araguaia e o Controle de Convencionalidade”. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo *et alli* (orgs.). *O Direito Achado na Rua – Introdução Crítica à Justiça de Transição na América Latina*. Brasília: UnB, Vol. VII, 2015, pp.456-459.

⁵³⁷ Todos os estudos conduzidos apontam que, mesmo com a inclusão de uma categoria de “cumprimento parcial”, a efetividade das decisões é inferior a 50%. Veja-se, por exemplo: GONZÁLEZ SALZBERG, Damian. “The Effectiveness of the Inter-American Human Rights System: A Study of the American States Compliance with the Judgments of the Inter-American Court of Human Rights”. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n.º 16, 2010, pp.115-142. Ainda: VIVAS-BARRERA, Tania Giovanna. “Panorama de cumplimiento de condenas dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Principia Juris*, n.º 22, vol. II, 2014, pp.165-189.

portanto, não quer forçar uma homogeneidade, mas sim ampliar os espaços de relacionamento, comunicação e aprendizado recíproco entre regimes. Ou, em outras palavras, agregar complexidade ampliando o espaço de governança transversal dos direitos humanos em âmbito regional.

Assim, a condição de possibilidade da governança transversal dos direitos humanos por meio da interação jurídica, qual seja, a ausência de soluções hierárquicas que estabeleçam um centro decisório fixo e conseqüentemente desconstituam a transversalidade é, ao mesmo tempo, sua limitação normativa. Nessa perspectiva, o processo de controle de convencionalidade pode facilitar que um regime chegue, em seu processo de decisão próprio, a uma decisão mais adequada, construindo pontes entre sistemas heterárquicos. Conseqüentemente, e distintamente das abordagens hierárquicas, inexistem garantias que as respostas sejam sempre coerentes. A coerência, quando ocorre, é derivada de um processo de longo prazo no qual a tensão entre as ordens produz interação e, conseqüentemente, a interação gradualmente estabiliza normas em regras e princípios.

4.5. Controle de convencionalidade e processo jurídico transnacional: um balanço

O presente capítulo focou-se em investigar a emergência de um novo mecanismo para a governança transversal dos direitos humanos, o controle de convencionalidade, analisando-o desde as perspectivas tradicionais, vinculadas (mesmo que não assumidamente) às doutrinas dualista ou monista hierárquica, e desde a perspectiva do transconstitucionalismo, que assume uma unidade heterárquica do direito mundial.

As conclusões apresentadas no terceiro capítulo da tese apontaram para a importância do Sistema Interamericano como espaço institucional para vocalização de pretensões normativas da sociedade civil que restavam bloqueadas na agenda doméstica, complementando e suprindo falhas das ordens constitucionais em proteger adequadamente direitos fundamentais (e pretensões de direitos) positivados ou enumeráveis a partir da Convenção Americana, muitas vezes

contando com dupla positividade constitucional, também no plano doméstico.

Como conclusão dessa nova etapa da investigação, cabe responder a dois questionamentos. Primeiro, qual o impacto da evolução da ideia de controle de convencionalidade na trajetória antes descrita: é positivo ou negativo? Em que termos? Segundo, de forma mais ampla, questionar qual a contribuição do desenvolvimento da doutrina do controle de convencionalidade no contexto latino-americano e 'se' e 'como' o transconstitucionalismo como método de abordagem permite um melhor enfrentamento do problema da governança transversal dos direitos humanos.

Como apontado, a revisão judicial por meio do controle de legalidade não emergiu, em termos análogos aos do Sistema Interamericano, em outros sistemas regionais. Ao contrário, o Sistema Europeu tornou-se notório pela aplicação da doutrina da margem de apreciação, entendida como uma possibilidade de garantir um pluralismo jurídico ordenado, mas também criticada por seus excessos⁵³⁸. Ao emergir aqui, a doutrina do controle de convencionalidade ampliou as possibilidades de mobilização do direito internacional, mas também gerou reações de proteção de prerrogativas domésticas e uma ansiedade quanto a seu potencial desorganizador da coerência do sistema jurídico. Considerando o papel até então cumprido pelo Sistema, o desenvolvimento nos últimos anos da doutrina de um controle concentrado com ápice vertical na Corte Interamericana apresenta-se como positivo ou negativo?

Uma primeira conclusão é que a maior assertividade da Corte ao exercer a revisão de atos e leis domésticas não conduziu necessariamente a uma maior efetividade de suas decisões. Portanto, respondendo à primeira pergunta, o desenvolvimento do controle de convencionalidade até aqui, tendo em conta os casos analisados, não aumentou o impacto das decisões da Corte Interamericana.

Os casos apresentados ao longo deste estudo demonstram que na medida em que a Corte adotou medidas com menor margem de manobra pelos atores

⁵³⁸ O conceito de pluralismo jurídico ordenado e possibilidade e críticas direcionadas à doutrina da margem de apreciação por seus adeptos podem ser acessadas em: DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. Bem como: DELMAS-MARTY, Mireille; IZORCHE, Marie-Laure. "Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit – réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste". *Revue internationale de droit compare*, vol. 52, n.º 04, 2000, pp.753-780.

domésticos o resultado foi ou a convergência, como nos casos da Argentina e do México, ou a resistência, como nos casos de Brasil e Uruguai. Em contraste, a decisão mais matizada sobre a anistia chilena gerou uma mais significativa penetração das normas defendidas pelo regime regional de direitos humanos no regime doméstico, fato que também se constatou em matéria análoga na Argentina e no Uruguai (antes da decisão *Gelman* e seus revezes). Esses casos corroboram a hipótese desenvolvida por Huneeus de que a maior especificidade das decisões, embora historicamente justificada (e, as vezes, relevante), pode levar a sua menor efetividade⁵³⁹.

Importa destacar que esta conclusão não questiona o acerto das decisões da Corte Interamericana no mérito, manifestando que as medidas de impunidade são multi-ofensivas à Convenção Americana. Como apontam Saldanha & Brum, existe uma completa incompatibilidade entre as medidas de impunidade para crimes contra a humanidade e o direito internacional dos direitos humanos que impedem a Corte Interamericana de dispor ao Estado de uma margem de apreciação sobre a matéria⁵⁴⁰. Porém, a *forma* de disposição dessa vedação pode dar maior ou menor margem de implementação ao Estado nacional, bem como estimular seu engajamento com a decisão ou mobilizar esforços de resistência.

Se em casos como *Almonacid*, em 2006, a Corte falava em “evitar” que a lei de anistia chilena seguisse constituindo um obstáculo para a efetivação da obrigação de investigar e punir, fornecendo ferramentas para os defensores domésticos da norma global de responsabilidade individual, no ano 2010, no caso *Gomes Lund*, a retórica mudou para a declaração direta de nulidade das disposições legais internas e o conceito de crime contra a humanidade foi substituído pelo de “graves violações contra os direitos humanos”, de mais difícil aplicação doméstica⁵⁴¹.

⁵³⁹ HUNEEUS, Alexandra. “Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court’s Struggle to Enforce Human Rights”. *Cornell International Law Journal*, vol.44, 2011.

⁵⁴⁰ SALDANHA, Jânia; BRUM, Márcio Morais. “A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado?”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XV, 2015, pp.195-238.

⁵⁴¹ Essa postura foi criticada pelos operadores jurídicos encarregados de efetivar a decisão em âmbito doméstico. Em entrevista a Bruno Boti, o Procurador da República no Rio de Janeiro, Sérgio Suiama, aponta que “é esse o problema do Direito Internacional [...] eles mandam você investigar e punir, mas eles não dão [...] uma base sólida pra você atuar. [...] na minha concepção, seria muito mais fácil que eles falassem, ‘olha, esses crimes da ditadura são crimes contra a humanidade, vocês

Em 2011, em *Gelman*, declaração similar seria produzida acompanhada de outra, apontando as limitações impostas pela Convenção Americana ao exercício da democracia direta pelos uruguaios⁵⁴². Em que pese o correto mérito das decisões, a forma de encaminhamento das medidas denota não apenas a pretensão hierárquica do regime regional ante as ordens constitucionais domésticas como, especialmente, impõe elementos que dificultam o apregoado diálogo.

O papel proativo e relevante desempenhado pela Corte Interamericana na emergência de normas globais de direitos humanos e sua consolidação na região, mais notadamente a norma de responsabilização estatal e, ainda, a de responsabilidade individual por graves violações contra os direitos humanos, depõem a favor do tribunal internacional como lócus de desenvolvimento do direito dos direitos humanos. Não obstante, casos como *Bulacio* e *Gelman* ilustram problemas sérios da Corte em reconhecer limitações que o direito constitucional doméstico impõe aos processos jurídicos transnacionais e, especialmente, ao controle estrito de convencionalidade, como é o caso da colisão entre garantias fundamentais. Mais ainda, explicitam problemas decorrentes da doutrina de um poder de revisão judicial vertical pela Corte de San José. Nestes casos, foi a própria atuação da Corte Interamericana que reduziu possibilidades de governança transversal impondo uma perspectiva hierárquica que funcionou em um caso e falhou em outro.

Resumidamente, a crítica a ser feita diz respeito a uma certa insensibilidade para lidar, justamente, com as áreas de interface entre o regime regional e as ordens domésticas, compondo um cenário que não aposta no diálogo (ou na transconstitucionalização), mas sim em soluções hierárquicas que implicam disputa entre regimes. A tendência crescente da Corte Interamericana de pensar-se como centro não apenas do regime regional, mas de um sistema de *ius commune*

têm que investigar crimes contra a humanidade'. Mas eles não falam isso". No mesmo sentido, o coordenador do Grupo de Trabalho Justiça de Transição do Ministério Público Federal, Ivan Cláudio Marx, questiona: "O que são graves violações aos direitos humanos? Isso não tem uma densidade normativa. Não se sabe o que é. Mas a Corte Interamericana ela diz que você deve processar as graves violações aos direitos humanos, por conta da obrigação de garantia existente na convenção americana". BERNARDI, Bruno Boti. *O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a Justiça de Transição: impactos no Brasil, Colômbia, México e Peru*. Tese de doutorado em Ciência Política apresentada à Faculdade de Letras, Filosofia e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2015, p.548.

⁵⁴² Vide Seção 4.2.6.

interamericano, inibe a possibilidade de governança transversal, atribuindo-se um papel de coordenação hierárquica que tende a ser resistido domesticamente. O problema não reside na emergência de um direito comum interamericano, em si positiva, mas sim na suposição de que há uma única corte dotada de legitimidade para impor e homogeneizar tal direito quando conflitos surgirem.

Nos espaços em que a globalização jurídica enseja uma governança transversal as normas emergentes necessariamente devem comportar certa heterogeneidade. Ao buscar suprimir essa heterogeneidade de maneira vertical, a atuação da Corte corre o risco de reforçar as bases para uma das mais recorrentes críticas a seu funcionamento, qual seja, a de que se arvora como instância revisora internacional dos tribunais locais. Mais ainda, a postura acaba replicando aquilo que a própria Corte critica na atuação dos tribunais domésticos: ignorar a existência de uma outra ordem ou regime jurídico válido e legítimo.

A expansão do catálogo de direitos protegidos pelo Sistema Interamericano pela via interpretativa (enumeração de novos direitos) é reconhecida pelos operadores da Corte Interamericana e, em geral, reflete uma preocupação hodierna da teoria do direito em evitar que a defasagem temporal dos instrumentos legais implique em proteção insuficiente de direitos, mas igualmente gera efeitos colaterais que demandam renovada atenção. O juiz e ex-Presidente da Corte, Diego Garcia-Sayan bem ilustra tal perspectiva ao ser indagado sobre como a Corte procede ao ser demandada quanto a direito não expressamente previsto no texto da Convenção Americana:

[...] a Corte tem duas opções. A posição conservadora, prévia à Revolução Francesa, de dizer, 'se o texto expresso da Convenção Americana não diz algo de determinada maneira, não se pode fazer nada'. Quer dizer: renunciar-se a administrar justiça. Ou a outra, progressista, que é ver o juiz como criador do direito, mas não criador desde o que lhe venha à cabeça, e por sua rica imaginação, mas sim criador de direito ao processar certas hipóteses de fato, tendo de resolvê-las com os instrumentos jurídicos de que a Corte dispõe, no caso, aqueles da Convenção Americana de Direitos Humanos.⁵⁴³

Conclui apontando que, efetivamente, após partir da Convenção Americana para construir direitos, a Corte chega a um resultado que é próprio não da época da assinatura do instrumento internacional, mas de seu próprio tempo presente:

⁵⁴³ Entrevista. Diego Garcia Sayan. 29 de junho de 2013, João Pessoa. (Original em espanhol, tradução livre).

Tudo isso é dito ao pé da letra na Convenção Americana? Não o diz. Mas, todavia, a Corte tem de trabalhar com base em determinadas situações de fato que a norma textualmente não teria como prever, sem que deixe de ser essa norma o instrumental com o qual a Corte tem de resolver o caso, de acordo com aqueles critérios de interpretação ditados pelo artigo 29, que aponta que sempre temos que preferir aquilo que implica numa maior proteção dos direitos. Assim, fazemos interpretações que fariam os antecessores de Montesquieu levantarem da tumba, mas que aos democratas de hoje, aos juizes e advogados, que vivem o Direito do Século XXI, certamente são interessantes.⁵⁴⁴

Daí não ser surpresa a oposição, por exemplo, da Corte Suprema do Uruguai, não contra a normatividade e obrigatoriedade de aplicação da Convenção Americana, mas da derivação de direitos não expressos em alegado conflito com disposições textuais da própria Convenção e da Constituição doméstica. Ao confrontar um direito enumerado positivamente pelo legislador doméstico com outro, enumerado interpretativamente pelo juiz interamericano, as cortes domésticas tendem a resistir invocando não apenas sua maior legitimidade na esfera doméstica, como também a maior legitimidade democrática das decisões populares diretas ou mediadas pelo legislador em relação àquelas tidas por um coletivo de juizes eleitos por uma assembleia de representantes governamentais. Ao procurar impor sua interpretação da Convenção, e não argumentar por seu acerto, abrindo espaço para a articulação doméstica (transconstitucionalização reflexiva), a Corte Interamericana favorece a constituição de mecanismos de resistência.

Os casos de convergência mapeados neste estudo geralmente não disseram respeito a conflitos de normas de natureza constitucional ou *pedigree* democrático tão explícitos. Por outro lado, a interpretação dada ao direito regional pela Corte Interamericana e suas considerações sobre o direito internacional dos direitos humanos influenciaram de maneira determinante a delimitação do escopo e a enumeração de outros direitos fundamentais pelos tribunais domésticos.

Nesse sentido, respondendo a segunda pergunta posta no início desta Seção, sobre “se” e “como” o método do transconstitucionalismo pode contribuir para o desenvolvimento de uma efetiva governança transversal, temos que ao par que o controle de convencionalidade e a convergência normativa interessam a um projeto de hegemonia do direito internacional, a proteção de direitos fundamentais (direitos constitucionais domésticos e direitos humanos internacionais) parece estar melhor

⁵⁴⁴ Entrevista. Diego Garcia Sayan. 29 de junho de 2013, João Pessoa. (Original em espanhol, tradução livre).

guarnecida por processos de articulação em que as pretensões hierárquicas dos regimes são matizadas ao invés de estimuladas e a autonomia dos centros de decisão é garantia.

Em outras palavras, uma aposta na governança transversal, com múltiplos atores e espaços de decisão, pode ser mais produtiva para garantir a maior adequação social dos direitos fundamentais do que a concentração do poder decisório em um único agente, seja ele uma corte constitucional doméstica ou um tribunal internacional. Tal afirmação é ainda mais verdadeira quando adicionamos na equação o fato de estarmos tratando da definição de direitos por tribunais em casos individuais, e não de processos deliberativos amplos em sentido tradicional.

A Corte Interamericana funciona como efetivo ator de natureza constitucional, vez que sua interpretação do direito internacional dos direitos humanos e suas decisões alteram o escopo de interpretação e aplicação de direitos fundamentais constitucionalmente positivados no âmbito doméstico, redesenhando-os. Esse processo ocorre por meio de trocas e intercâmbios de legalidade e legitimidade entre o Sistema e o direito doméstico. A tentativa de emular o mecanismo de revisão doméstico em sentido estrito e hierárquico, e não cooperativo e reflexivo, pode prejudicar o processo de troca, suscitando elemento de resistência e a oposição da especial legitimidade das constituições domésticas ante a Convenção Americana. Como visto, mesmo teorias cooperativas, como a do duplo controle, não conseguem dar conta de adequar determinadas pretensões hierárquicas.

É fato que foi justamente a capacidade criativa da Corte e da Comissão em manusearem a Convenção de modo a questionar o senso de adequação do direito em casos emblemáticos que caracterizou algumas das mais notáveis contribuições do Sistema Interamericano. Mas é igualmente verdadeiro que o desenvolvimento do controle de convencionalidade não como um instrumento a ser mobilizado pelo juiz ou autoridade pública doméstica, munido da interpretação da Corte, ou pela própria Corte para apontar o descumprimento de uma obrigação internacional pelo Estado, mas sim como uma forma de revisão judicial direta ampliou o espectro de conflito entre as ordens e regimes jurídicos e diminuiu o campo de possibilidades de cooperação. Ao pretender incidir desta maneira, a Corte Interamericana deixa de ser um ator relevante na periferia emitindo impulsos constitucionais que, filtrados por acoplamentos ou entrelaçado aos conteúdos domésticos, podem gerar mudanças no

regime doméstico. A pretensão hierárquica implica em transferência do próprio centro de decisão dos espaços políticos e judiciais locais para a Corte de San José, coisa que não está prevista nem nos instrumentos jurídicos americanos, nem nas constituições domésticas que eventualmente consideram o direito internacional dos direitos humanos enquanto *análogo* ao constitucional, e não *superior*.

Ao pretender impor uma determinada interpretação da Convenção como se regra explícita fosse, apta a derogar outra regra doméstica, a Corte Interamericana aposta em uma leitura hierarquizante que desconhece a natureza heterogênea das normas globais que manuseia ao conectar o direito regional com o direito internacional dos direitos humanos e àquele direito das ordens constitucionais domésticas. A internalização de uma determinada norma como regra ou princípio do Sistema Interamericano não implica, automaticamente, em sua internalização nas variadas ordens constitucionais domésticas a ele conexas⁵⁴⁵. Esse processo demanda uma construção interinstitucional e transnacional que se opera, especialmente, no plano da adequação do direito.

Do contrário, ao tentar apresentar como regra hierarquicamente superior aquilo que em outra ordem ou regime é, quiçá, regra de natureza ordinária, ou um princípio, ou mesmo *soft law*, a Corte Interamericana se expõe a críticas como as de Malarino de que, entre outros, “criou novas regras e novos direitos humanos ou modificou os existentes”⁵⁴⁶ e de que ao reconhecer novos direitos às vítimas e novas regras para garanti-los, priorizou direitos “que não estão escritos na Convenção Americana e que terminam por neutralizar direitos fundamentais das pessoas submetidas ao processo [penal], esses sim explicitamente consagrados nela”⁵⁴⁷. Como discutido na Seção 2.1.2. não é uma novidade o judiciário criar e redefinir direitos em seu processo deliberativo. A novidade que causa tensão é a expansão do papel da Corte Interamericana, que ao invés de apontar a violação a ser reparada (inclusive com medidas legislativas e judiciais), procurando *persuadir* e

⁵⁴⁵ Vide Seção 2.6.

⁵⁴⁶ Tradução livre, no original: “creó nuevas reglas o nuevos derechos humanos o modificó algunos existentes”. MALARINO, Ezequiel. “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antileberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.” In *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2010, p.27.

⁵⁴⁷ Tradução livre, no original: “que no están escritos en la Convención Americana y que terminan por neutralizar derechos fundamentales de la persona sometida a proceso, estos sí consagradas explícitamente en ella”. *Ibidem*, p.29.

demonstrar a existência de uma norma, simplesmente a considera *internalizada* globalmente e determina sua aplicação como regra⁵⁴⁸, eventualmente se sobrepondo às ordens domésticas que deveria monitorar.

Os primeiros desenvolvimentos da ideia de controle de convencionalidade, coerentes com o processo de expansão dos regimes auto-continentes⁵⁴⁹, permitiam um maior equilíbrio entre a atividade de monitoramento externo do tribunal internacional e as atividades legítimas de governança das autoridades públicas domésticas, constituindo inequívoco ganho para a proteção dos direitos fundamentais. Ao ser acionada no bojo de processos jurídicos transnacionais que ultrapassavam seus próprios limites, a Corte valeu-se de seu poder de revisão para decodificar demandas políticas por adequação do direito em comandos normativos que via de regra foram incorporados pelas ordens constitucionais domésticas de múltiplas formas.

Na atual configuração de governança, em que os Estados voluntariamente abrem mão de parcela de sua soberania, a Corte Interamericana já desempenha um relevante papel e pode, funcionalmente, operar como um ator constitucional quando traduz demandas políticas da sociedade civil em comandos normativos legitimados pelo direito internacional dos direitos humanos e capazes de incidir na reconstrução dos direitos fundamentais. Assim, a ideia de um controle concentrado e último na Corte Interamericana, assim como as propostas para dar maior centralidade à Corte Internacional de Justiça em matérias outras⁵⁵⁰, parecem menos conectadas com o propósito de fazer avançar a proteção dos direitos fundamentais do que com ampliar o espectro de atuação e o poder do próprio tribunal. Não há dúvida de que cabe à Corte Interamericana verificar se dado ato ou norma é compatível com a Convenção Americana. A controvérsia relevante diz respeito ao procedimento posterior a essa constatação: é salutar que a Corte gradualmente passe a possuir um poder de revisão similar àquele das cortes constitucionais com poder de revisão legal com efeito *erga omnes*?

Exemplificativamente, a afirmação de que a lei de anistia uruguaia é

⁵⁴⁸ Os itálicos referem-se aos três estágios do ciclo de vida das normas globais, apresentando na Seção 2.4 deste estudo.

⁵⁴⁹ Vide Seção 1.3.

⁵⁵⁰ Por exemplo: SIMMA, Bruno; PULKOWSKI, Dirk. "Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law". *European Journal of International Law*, vol.17, nº 03, 2006.

incompatível com a Convenção Americana não parece em nenhuma medida exceder as atribuições da Corte. Já a afirmação de que o processo democrático uruguaio resta limitado pela interpretação que a Corte dá aos artigos da Convenção Americana que abstratamente protegem os direitos à personalidade jurídica, à vida, e à integridade e à liberdade pessoal parece transbordar daquilo que se espera do tribunal regional em uma abordagem que preze a governança transversal. Um controle de convencionalidade com tal intensidade e especificidade parece desequilibrar a separação de poderes e a distribuição de legitimidade decisória em um sentido defensável, de tornar o direito internacional um meta-direito mundial, mas não previsto nos instrumentos jurídicos e políticos que constituem o sistema regional.

Retomando dois questionamentos teóricos propostos na primeira parte desta tese, sobre a natureza tecnocrática dos processos de globalização da governança por meio da judicialização da política internacional⁵⁵¹, e sobre as novas configurações do conceito de soberania e a permanente busca pelo foro deliberativo adequado em um mundo de organização social multicêntrica⁵⁵², a dúvida que fica é sobre ser ou não desejável, desde uma perspectiva democrática, conceder um poder desta magnitude a um tribunal. Seguramente a resposta a esse questionamento é controversa e, se finalmente positiva, não seria menos controversa a resposta a indagação quanto a qual tribunal deveria deter tal prerrogativa.

A ideia de um direito comum americano⁵⁵³ ou de um pluralismo ordenado⁵⁵⁴ demanda um grau de abertura reflexiva que parece mais coerente com uma perspectiva transconstitucional do que hierárquica. Problemas decorrentes da prática de uma revisão de natureza hierárquica são perceptíveis em casos como *Bulacio*, onde a Corte Interamericana afasta o instituto ordinário da prescrição legal no direito argentino sem questionar a validade da norma que vincula a todos os

⁵⁵¹ Seções 1.4 e 1.5.

⁵⁵² Seção 2.2.3, especialmente a partir do debate sobre o redimensionamento da ideia de soberania na obra de John Jackson.

⁵⁵³ BOGDANDY, Armin von. “*Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*. Una aclaración conceptual”. In: BOGDANDY, Armin von; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES-ANTONIAZZI, Mariela (org.) *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Cidade do México: UNAM/Max Planck Institute, 2014.

⁵⁵⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

argentinos, excepcionando exclusivamente o caso do litigante. Diversas soluções poderiam ser construídas para remediar a violação detectada. Porém a opção pela via hierárquica, finalmente respeitada pelo judiciário argentino, parece contribuir menos para a conformação de um direito comum do que para a criação de uma exceção judicial casuisticamente aplicada.

Em outro campo de desenvolvimentos, a consideração da jurisprudência da Corte Interamericana por tribunais domésticos é extremamente necessária e bem vinda, mas persiste uma preocupação com o devido processo legal quando a Corte entende dar efeitos vinculantes a suas decisões para outros casos que não aquele em julgamento, apontando uma obrigação dos operadores jurídicos dos Estados Membros de seguirem como “precedente” suas decisões em relação a outros Estados Membros. Considerando as possibilidades que tal uso abre para a transconstitucionalização e a governança transversal, cabe aqui retomar a distinção entre transconstitucionalidade reflexiva e normativa.

O uso da jurisprudência da Corte Interamericana pelas cortes argentinas para fazer avançar medidas anti-impunidade⁵⁵⁵ é um exemplo positivo de mobilização do conteúdo de decisões reflexivamente para a reconstrução da adequação social do direito. Contrário senso, a pretensão de aplicação normativa de precedentes *ex officio* por todas as autoridades domésticas quando do exercício do controle de convencionalidade difuso ou concentrado levanta problemas de duas ordens.

Primeiro, da própria compatibilidade das diferentes situações cotejadas nos casos concretos domésticos e naquele anteriormente submetido ao Sistema. Novamente a importação do modelo doméstico de revisão judicial transfere para o plano supranacional uma contenda do direito constitucional: existem casos idênticos? Segundo, da vinculação de um Estado por uma decisão tida sem que este tenha sido ouvido. A ideia de devido processo legal demanda que as partes interessadas tenham suas opiniões consideradas antes de uma decisão que as vincule. É distinto o uso que uma corte argentina faz da jurisprudência interamericana para *melhor interpretar* seu direito doméstico e incorporar os padrões emergentes regionais de uma *obrigação* de que tais tribunais considerem essas decisões como precedentes vinculantes.

⁵⁵⁵ Vide seção 3.2.1.

O transconstitucionalismo não tem o condão de resolver esses conflitos ou de estabelecer hierarquias, mas procura ampliar os espaços de interlocução em busca de melhores decisões “globais”, em um sistema a um só tempo uno e heterárquico. Daí seu valor para uma perspectiva de governança transversal dos direitos humanos.

O reconhecimento recíproco pelas cortes de que uma determinada matéria é suscetível a múltiplos níveis de governança jurídica é, neste sentido, um passo relevante. Considerando que (i) não é institucionalmente possível, hoje, a construção de uma superestrutura capaz de organizar o direito mundial ou mesmo os espaços regionais de governança e, ainda, (ii) que inexistem elementos objetivos que atestem a melhor posição institucional das cortes de uma ordem ou regime em relação às cortes de outro para decidir. O transconstitucionalismo procura investir em mecanismos e estratégias de diálogo e articulação que permitam processar uma maior complexidade em um cenário em que uma pluralidade de arranjos institucionais estão superpostos.

A ideia original de controle de convencionalidade sugerida pela Corte Interamericana parece compatível com tal proposta, assim como parecem compatíveis as iniciativas domésticas transformar tal teoria em prática. O desenvolvimento da doutrina ao longo dos anos, não obstante, seguiu em sentido inverso. Paradoxalmente, o maior desenvolvimento do Sistema Interamericano e a afirmação positiva de sua autoridade gradualmente conduziram à replicação do modelo de revisão judicial doméstico. Assim, para além de enfrentar todas as críticas já dirigidas a tal processo⁵⁵⁶, o *modus operandi* da Corte as amplificou, vez que o processo de contraste entre direitos explicitamente positivados e aqueles outros, interpretativamente enumerados, ampliou as possibilidades institucionais de resistência doméstica.

O modelo de governança jurídica transnacional implícito no atual formato de controle de legalidade priorizado pela Corte Interamericana também pode mostrar-se limitado para o enfrentamento de um novo conjunto de casos que gradualmente

⁵⁵⁶ Cf.: WALDRON, Jeremy. “The Core of the Case Against Judicial Review”. *The Yale Law Journal*, 115, 2005-2006.

chega aos tribunais: os relacionados aos direitos econômicos, sociais e culturais⁵⁵⁷. Ao enfrentar problemas distributivos e econômicos, e não de direitos individuais e políticos, o atual déficit de legitimidade para a deliberação sobre determinadas questões imputado à Corte pode ampliar-se. Retornamos, assim, novamente ao questionamento de John Jackson sobre qual o melhor lócus para a deliberação sobre determinadas leis e políticas públicas⁵⁵⁸.

O artigo 26º da Convenção Americana estabelece o compromisso dos Estados em adotar providências técnicas e econômicas para assegurar os direitos previstos na Carta da Organização dos Estados Americanos, cujos princípios e metas incluem previsões arrojadas e substantivamente conflitivas, como a erradicação da pobreza e o estabelecimento de sistemas tributários adequados e equitativos. Ao passo que a judicialização de questões desta natureza pode ocorrer a qualquer tempo, o método de revisão judicial de atos e normas em detrimento ao de identificação de violações e estabelecimento de diretrizes de monitoramento, atuando de maneira independente, porém, subsidiária, permite antever problemas vindouros para a formulação de respostas.

Apesar deste pessimismo quanto aos limites da atual formatação do controle de convencionalidade como mecanismo hierárquico de subordinação à Corte Interamericana, o dinamismo com que a doutrina e a prática legal se desenvolveram ao longo dos anos, bem como os usos criativos e positivos do processo jurídico transnacional registrados nos capítulos anteriores do estudo, abrem espaço para esperança quanto à possibilidade de surgimento de outras inovações. O exemplo do uso do controle de convencionalidade como possibilidade de acoplamento ou espaço de entrelaçamento, com uma ordem ou regime aproveitando, normativa e reflexivamente, elementos de outro, constitui um arquétipo de possibilidade de progresso futuro.

Desenvolvimentos no direito doméstico podem permitir novos avanços, como aqueles que o Ministério Público Federal brasileiro tem buscado promover quanto à lei de anistia⁵⁵⁹, chamando o Supremo Tribunal Federal a reagir a uma decisão

⁵⁵⁷ ROTH, Kenneth. "Defending economic, social and cultural rights: Practical issues faced by an international human rights organization." In: *Human Rights Quarterly*, vol. 26, n.º1, 2004, pp. 63-73.

⁵⁵⁸ JACKSON, John H. "Sovereignty-Modern: A New Approach to an Outdated Concept". *American Journal of International Law*, vol.97, 2003.

⁵⁵⁹ Vide itens 3.2.3 e 4.3.

internacional aplicando a teoria do duplo controle. Casos paradigmáticos dos limites do modelo hierárquico, como *Gelman*, igualmente podem levar à Corte Interamericana a uma maior abertura ao direito e à política doméstica, assim como outros casos emblemáticos, como *Almonacid*, o fizeram quanto à relação entre as cortes domésticas e o direito internacional.

O risco de fragmentação contido no processo de expansão do controle de convencionalidade, doméstico e internacional, difuso e concentrado, dada a pluralidade de atores e regimes envolvidos, integra um contexto mais amplo, de pluralismo jurídico global, que não pode ser afastado por qualquer dos regimes ou teorias a eles dedicadas. Um modelo de governança transversal procura resolver, com aberturas à heterogeneidade, a necessidade de interação entre regimes. O maior risco ensejado pela expansão da doutrina e da prática do controle de convencionalidade na última década reside na busca por homogeneidade pela via hierárquica, que procura organizar o direito como faziam os teóricos monistas e dualistas do início do Século XX, em sua busca por saciar pretensões de coerência lógica. A tentativa de coordenação vertical entre regimes dificilmente ampliará os processos transversais de governança dos direitos humanos, ao contrário, pretensões hierárquicas ameaçam a própria sobrevivência de tais espaços.

Ademais, a própria história da atuação do Sistema Interamericano em cenários autoritários demonstra que mais importante do que contar com uma corte (seja ela qual for) capaz de dar a última palavra sobre um dado tema é a possibilidade aberta à sociedade civil de disputar o mesmo tema em mais de um espaço institucional. Foi esta pluralidade de espaços que possibilitou o desenvolvimento e a expansão de garantias fundamentais por juristas empreendedores que souberam, às vezes, valer-se do direito constitucional, às vezes do direito internacional dos direitos humanos, para favorecer a emergência de normas globais protetivas de direitos fundamentais. Nesse sentido, o êxito de pretensões hierárquicas abrangentes, caso não conduza à deslegitimação ou desconstituição do próprio espaço transversal de governança, tende a diminuir as possibilidades de emergência de normas globais ou transversais, priorizando aquelas de um regime singular, e não há evidências que apontem vantagens em este ser o regime doméstico ou aquele internacional, derivado da Convenção Americana.

CONCLUSÕES

A presente tese defendeu que a maior interação entre ordens constitucionais domésticas e regimes auto-continentes, mais precisamente, o regime decorrente da Convenção Americana de Direitos Humanos, propiciou a emergência de um espaço transversal de governança dos direitos humanos na América Latina, assumindo a não subordinação hierárquica como uma dos requisitos para a manutenção dessa transversalidade. Sem reificar tal espaço, procurou demonstrar que as agências responsáveis por demandas de direitos humanos no âmbito internacional, e pelos direitos constitucionais do direito doméstico, mobilizadas por atores estatais e não-estatais, constantemente modificam o escopo e afirmam a existência de novos direitos fundamentais.

Enquanto boa parte da literatura sobre tais processos aponta para o “diálogo” e a “horizontalidade” entre ordens constitucionais e regimes internacionais, transnacionais ou supranacionais, a percepção obtida a partir dos casos concretos foi oposta: mesmo quando trabalhando de maneira transversal, os operadores do Direito ainda mobilizam categorias típicas do debate entre monistas e dualistas, reforçando valores hierárquicos de subordinação entre regimes que, formalmente, não se encontram coordenados. Nesse contexto, a própria existência de um espaço transversal, e não verticalmente coordenado, resta ameaçada por tendências hierarquizantes que procuram impor a perspectiva doméstica à internacional e vice-versa.

Mais do que apenas identificar a existência de um espaço de governança transversal, o estudo procurou discutir seus limites e condições de possibilidade, e apresentar e desenvolver um novo modelo de abordagem para o problema da dupla positividade dos direitos fundamentais: o transconstitucionalismo, conforme proposto por Marcelo Neves. Sem afirmar o transconstitucionalismo como modelo teórico

necessariamente superior àqueles de cariz hierárquico, procurou-se tão somente demonstrar suas vantagens comparativas como método capaz de integrar uma maior complexidade ao processo de tomada de decisões em contextos de alta interação entre ordens e regimes heterárquicos. Ainda, desde a perspectiva prática, apresentou-se o método transconstitucional como aquele que melhor responde ao problema concreto da ausência de mecanismos de governança atualmente capazes de implementar uma quiçá desejável porém inexistente fórmula de coordenação vertical e permanente entre os variados direitos constitucionais da região e o regime regional de direitos humanos.

O percurso de desenvolvimento da tese foi estruturado em duas partes, cada qual com dois capítulos dotados de objetivos específicos. Na primeira parte, foi construído um panorama geral do campo em que a problemática da governança transversal está inserida: o atual estágio de desenvolvimento da chamada governança global.

No primeiro capítulo, procurou-se responder à questão: qual é o projeto hegemônico de governança global no qual se inserem as interações entre o regime regional de direitos humanos e as ordens jurídicas domésticas e como chegamos a ele? A reconstrução dos desenvolvimentos do direito internacional ao longo do Século XX aponta para um crescente deslocamento de um modelo assembleísta e legislativo para outro, mais executivo, centrado em atores “relevantes”. Tal modelo gradualmente assume características tecnicistas, culminando no atual estágio de desenvolvimento das instituições de governança global, marcadas pelo discurso da especialidade e o descolamento dos espaços de representação política. A especialização funcional permite o surgimento de um conjunto de regimes auto-continentes, eventualmente dotados de uma corte ou tribunal como centro de decisão “técnico” e “apolítico”, entre eles aquele do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Dialogando com uma afirmação comum a muitos estudos do campo, de que a maior judicialização das relações internacionais representaria uma maior relevância do direito na gestão dos problemas globais, o estudo procurou demonstrar uma hipótese distinta: a maior judicialização é produto da afirmação do novo estilo de governança tecnocrático e, desta forma, menos que “eliminar” a política, conduz os tribunais a solucionarem, pelos meios dos quais dispõem, problemas originalmente

endereçados a outros fóruns de deliberação. Os técnicos podem substituir os políticos, mas não eliminar a política, que retoma a apresentação de suas postulações por meio de táticas como o litígio estratégico, em que atores privados assumem a defesa de interesses públicos por meio de ações individuais de repercussão geral.

Tais processos se agudizam quando as fronteiras entre interno e externo se enfraquecem e a interação entre tribunais aumenta, com cortes e órgãos quase-judiciais internacionais – no caso do presente estudo, a Corte e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos – passando a produzir decisões em searas antes exclusivas do direito constitucional doméstico, forçando os limites da própria ideia de constituição como mediadora entre direito e política no espaço circunscrito dos Estados nacionais.

A emergência de teorias realistas e funcionalistas no direito e nas relações internacionais ilustram uma “virada” na qual, a um só tempo, a governança jurídica é gradualmente delegada a espaços técnicos e a fundamentação do direito se afirma na especialidade e efetividade dos regimes auto-continentes. Ao mesmo tempo, a diluição entre interno e externo força o direito constitucional a mediar não apenas as tensões entre direito e política, mas também entre diversos regimes jurídicos, impondo o desafio de lidar com múltiplas formas de legalidade buscando ainda a preservação da identidade constitucional própria.

É nesse contexto que testemunhamos o surgimento das chamadas “normas globais”, tema explorado em profundidade no segundo capítulo da tese, em que igualmente se trabalha o reposicionamento do debate do direito constitucional na sociedade mundial. Aqui, novamente, procurou-se construir proposta alternativa a duas teorias amplamente aceitas cuja capacidade explicativa restou desafiada pela prática. No plano do direito constitucional, a ideia de que os direitos são deliberados e enumerados exclusiva ou prioritariamente dentro do espaço soberano estatal. Sem que a ideia de soberania tenha deixado de ser relevante, e sem que o Estado deixe de manter um papel central da enumeração de direitos, o chamado “declínio da estatalidade”, originalmente pensado desde o exemplo das transformações da governança da União Europeia, é um fenômeno que gradualmente faz com que distintas instituições e agentes, públicos e privados, interajam no processo de definição e redefinição de direitos, desafiando a teoria constitucional tradicional.

No plano do direito internacional, a ideia de que a vontade de todos ou suficientes Estados levaria à formação de uma norma defronta-se com a emergência de normas contramajoritárias em cortes e com a mobilização transnacional do direito conduzida por atores públicos e privados. O comum a ambos os casos é que atores até bem pouco estranhos à teoria constitucional e ao direito internacional valem-se de espaços transversais de governança para incidir no processo de produção jurídica por meio daquilo que Harold Koh definiu como “processos jurídicos transnacionais”.

Esses novos processos tensionam a ideia de “direito constitucional” para além do Estado nacional, criando problemas “transconstitucionais”. Adotando a classificação proposta por Gerald Neuman, que apresenta o direito internacional dos direitos humanos e os direitos constitucionais domésticos como duas espécies do gênero direito fundamental, demonstrou-se como a maior interação global faz com que *problemas jurídicos* de natureza constitucional demandem soluções que transbordam aos próprios direitos constitucionais domésticos. As normas globais de proteção aos direitos fundamentais ilustram tal caso. Ao mesmo tempo em que são, muitas vezes, protegidas pela ordens constitucionais domésticas, restam igualmente positivadas e protegidas no direito internacional dos direitos humanos e em regimes jurídicos específicos. A norma global não pertence exclusivamente a nenhuma ordem ou a um regime jurídico. Mais que isso, ela é justamente um produto das múltiplas interações entre ordens e regimes, desenvolvendo-se de maneira transversal.

Em meio a três alternativas de relacionamento entre o direito doméstico e o direito internacional, quais sejam, a resistência, a articulação e a convergência, duas formas de transconstitucionalização emergem. O transconstitucionalismo reflexivo, em que um diálogo ou apropriação constitucional entre ordens e regimes ocorre, de maneira harmônica ou conflitiva, tensionando o senso de adequação do direito. E o transconstitucionalismo normativo, quando o ordenamento ou regime jurídico abre-se de maneira estrutural para a normatividade externa.

A ciência política notabilizou-se por investigar o surgimento das normas globais, conceituadas de modo relativamente distinto daquele da teoria do direito. Uma aproximação se fez, portanto, necessária. Esse novo modo de emergência normativa, que não substituiu os anteriores, apenas os complementa, foi ilustrado

com o caso da norma global de responsabilidade individual por graves violações contra os direitos humanos. O exemplo foi explorado para auxiliar na identificação daqueles agentes que, em interação, atuaram funcionalmente como atores constitucionais das novas normas: movimentos sociais locais e transnacionais, redes de ativismo, organizações internacionais de caráter público, organizações não governamentais de caráter privado, acadêmicos, agentes públicos pró e contra a norma emergente, cortes especializadas, tribunais nacionais de diferentes níveis de jurisdição, entre tantos mais. Ou seja: um conjunto de atores bastante distinto daqueles elencados nas teorias clássicas do poder constituinte e da definição do escopo dos direitos constitucionais.

Ainda, com o mesmo fito de aproximar o debate sobre normas globais da ciência política com aquele da teoria do direito, procurou-se definir o que é, juridicamente, a norma global de responsabilidade individual. Refletindo sobre o ciclo de vida da norma, outra ideia estranha ao pensamento jurídico tradicional, encontramos que a chamada norma global começa a nascer mesmo antes de sua positivação e pode, depois, conformar-se tanto em um princípio, quanto em uma regra. O contexto de sua aplicação, tensionando o senso de adequação do Direito desde uma perspectiva reflexiva, pode determinar sua aplicação como um princípio. Já a prática reiterada, gradualmente, constitui redundância e a estabilização de expectativas, derivando uma aplicação típica como regra em dada ordem ou regime. As diferentes formas de aplicação da norma global exemplificaram essa pluralidade de possibilidades, levando a outra conclusão: ao contrário do que defende certa teoria jurídica, as normas globais em um direito mundial multicêntrico comportam uma razoável heterogeneidade.

A segunda parte da tese dedica-se aos casos concretos latino-americanos, procurando verificar as hipóteses construídas na parte inicial. O capítulo terceiro apresentou casos de litígio estratégico e de aplicação da norma global de responsabilidade individual, enquanto o quarto focou-se no instituto emergente do controle de convencionalidade apreciando seu desenvolvimento, impacto e perspectivas para a governança transversal dos direitos humanos na região.

Procurando explicitar como e quais novos atores valem-se do processo jurídico transnacional para enumerar e redefinir o escopo de direitos de natureza fundamental, identificamos no terceiro capítulo uma série de práticas constitucionais

estranhas à teoria da constituição clássica. ONGs utilizando um espaço internacional de supervisão para alavancar mudanças legislativas que alteram definições de direitos por uma corte suprema doméstica; o uso de casos individuais para produzir decisões capazes de gerar e reestruturar políticas públicas; diálogos e conflitos entre cortes das ordens constitucionais domésticas e do sistema regional, buscando definir e redefinir o conceito de soberania em um sistema mundial multicêntrico que permite decisões jurídicas simultâneas e não coordenadas.

A introdução de uma nova variante para o estudo da inter-relação entre ordens e regimes jurídicos, a arquitetura institucional doméstica quanto à recepção do direito internacional dos direitos humanos, igualmente permitem questionar outra assunção comum ao campo: a de que conceder status hierárquico superior ao direito internacional dos direitos humanos implica em sua maior efetividade e, mais ainda, na maior efetividade das decisões internacionais. Os casos analisados, de aplicação da norma global de responsabilidade individual, demonstraram que, em que pese a maior hierarquia favorecer o uso do direito internacional dos direitos humanos por cortes domésticas, questões de cultura jurídica manifestas na interpretação judicial são igualmente cruciais para a boa relação entre as ordens e regimes e, conseqüentemente, para a aplicação dos direitos humanos como parte do gênero “direitos fundamentais” pelas cortes domésticas. Investigar “quais” e “como” os fatores culturais determinam o comportamento das cortes escapa ao tema desta tese, mas a refutação do argumento eminentemente institucionalista contribui para tal debate.

Seguindo no plano das interações formais entre ordens e regimes na governança transversal, o capítulo final da tese foi dedicado à emergência do controle de convencionalidade. Mais do que descrever o surgimento, reações e críticas a essa ideia, o objetivo foi pensar as possibilidades e limitações do instituto como parte de uma governança transversal que evite o recurso constante a soluções hierárquicas presente nas práticas anteriormente analisadas. Nesse sentido, a questão chave da parte final da tese dialogou com a possibilidade de exercício de um controle judicial de legalidade que não implicasse em subordinação vertical das ordens constitucionais pelo regime regional.

Considerando que a ideia de controle de convencionalidade inspira-se naquela de controle de constitucionalidade, com poderes concentrados nos tribunais

superiores das ordens constitucionais domésticas, o modo como o conceito foi desenvolvido pela Corte Interamericana desafia concepções bastante arraigadas do constitucionalismo e do direito internacional. Quanto ao primeiro, por afirmar a existência de um controle que vincula e subordina inclusive as normas constitucionais. Quanto ao segundo, por afastar a subsidiariedade do direito internacional em relação aos processos domésticos.

Desde a perspectiva empírica, os casos analisados apontaram para a não existência de uma esperada correlação direta entre um controle de legalidade mais estrito e uma maior efetividade das decisões do tribunal regional. A tendência verificada foi outra: sentenças com disposições menos flexíveis tendem a polarizar os atores relevantes no plano local, conduzindo a decisões que ou convergem radicalmente ou renegam absolutamente a solução jurídica proposta pela Corte Interamericana. Em outras palavras, o desenvolvimento da doutrina do controle de convencionalidade até agora não serviu para criar mais homogeneidade na aplicação doméstica das decisões da Corte Interamericana.

Desde a perspectiva doutrinária, a evolução do conceito de controle de convencionalidade indica a tendência expansionista da Corte e a constante preocupação dos diferentes colegiados que a compuseram ao longo dos anos quanto aos limites de sua atuação. Por um lado, verificou-se a construção de um amplo consenso na Corte Interamericana e mesmo nos tribunais domésticos quanto à existência de uma espécie de controle de legalidade baseado na Convenção Americana necessário para o estabelecimento de padrões mínimos de garantia aos direitos. De outro, a pretensão da Corte Interamericana de funcionar como centro último de decisão com poderes para revisar atos e legislações nacionais gerou críticas e resistências. As críticas se focam especialmente na utilidade de tal proposta: trata-se de construir um mecanismo capaz de garantir um parâmetro mínimo comum de garantias ou, mais além, pretende a Corte tornar-se um espaço de uniformização geral dos direitos humanos na região, assim como o são os tribunais constitucionais no âmbito doméstico? Os indícios recolhidos em suporte à segunda hipótese ensejam importantes reflexões.

Ao tentar aproximar-se do modelo de atuação de uma corte constitucional regional, a Corte Interamericana acabou gerando questionamentos, justamente, de natureza constitucional à sua atuação. Se a autoridade da Corte para declarar

incompatibilidades com a Convenção não é questionada, seu poder de revisão judicial direta tornou-se foco de controvérsia. Ainda, ao assumir postura análoga à de um tribunal constitucional, tendo a Convenção como documento base, a Corte atraiu para si o conjunto de críticas quanto à legitimidade das decisões usualmente direcionadas a todo tribunal que pratica o controle de legalidade de maneira contramajoritária.

Inserida dentro da tendência predominante nos processos de governança global que enfatiza um modelo de resposta judicial aos conflitos sociais, a Corte foi exitosamente mobilizada para a garantia e ampliação de um catálogo de direitos, mas enfrenta agora as críticas quanto às limitações de tal modelo de gestão das políticas distributivas e contramajoritárias de direitos por meio dos tribunais. Somam-se as críticas que recebe aquelas oriundas do debate sobre os deslocamentos e reconfigurações do conceito de soberania. A questão sobre qual o melhor lócus deliberativo para dado tema em uma dinâmica de governança multicêntrica segue em aberto. Todas essas pontuações constituem desafios tanto para a atuação do Tribunal nos próximos anos, quanto para o mais ampliado conjunto de atores envolvidos no processo jurídico transnacional no campo dos direitos fundamentais.

Assim, os elementos recolhidos e analisados sugerem que uma postura mais vocacionada à persuasão, mobilizando os instrumentos de monitoramento e as normativas internacionais para produzir e induzir processos reflexivos de questionamento à adequação social do direito podem ser mais efetivos do que a aposta em transformar a corte regional em uma espécie de corte constitucional supranacional especializada. Ao desenvolver conceitual e normativamente as normas globais e regionais de direitos humanos, a Corte gerou expressivo impacto principiológico, induzindo a estabilização de novas regras protetivas no espaço doméstico. Ao contrário, ao pretender impor verticalmente às ordens domésticas regras internalizadas apenas no Sistema regional, estimulou resistências.

Os casos estudados na tese, em que pretensões políticas por direitos foram disputadas no espaço transnacional, finalmente logrando sucesso com sua tradução em um comando normativo por uma organização pública internacional, asseveram a existência de um espaço de governança transversal. Neste espaço que inclui mas não se limita aos Estados-parte e às organizações do Sistema Interamericano, novos protagonistas interagem funcionalmente como atores constitucionais

produzindo a emergência e o rearranjo de direitos fundamentais de modo dinâmico, desafiando pressupostos de teorias clássicas do constitucionalismo e do direito internacional.

Apesar do discurso predominante na literatura e na retórica judicial, problemas de coordenação entre ordens e regimes seguem sendo tratados, na maioria dos casos, não como oportunidades para a transversalidade, mas sim como dificuldades de hierarquização. As tendências expansivas e hierarquizantes representam um desafio não apenas ao transconstitucionalismo como método mas, mais ainda, à própria existência de um espaço transversal de governança. Não obstante, das próprias experiências concretas emergem alternativas de compatibilização que, gradualmente, podem se constituir em caminhos alternativos.

Curiosamente, é da própria heterogeneidade que a ideia de um controle de convencionalidade pretende “resolver” que podem emergir novas práticas e teorias capazes de otimizar a relação entre as ordens domésticas e o regime regional. Como se comportará o modelo de múltiplos precedentes do México no longo prazo? A teoria do duplo controle, defendida pelo Ministério Público Federal brasileiro e, na prática, aplicada pela Corte Suprema do Uruguai, pode oferecer uma alternativa satisfatória? Como se dará o controle de convencionalidade difuso por tribunais domésticos em Estados federados, como Argentina, Brasil e México? A simples verificação da existência desse conjunto de variáveis indica a vitalidade do espaço de governança transversal emergente.

Assumindo os riscos e oportunidades da heterogeneidade, é possível permanecer otimista quanto às possibilidades de contínua afirmação e desenvolvimento gradual do espaço regional de governança transversal dos direitos fundamentais. Se, como sustentado, as normas globais substantivas são produtos da interação, e não da afirmação vertical, existem razões suficientes para imaginar que, com o tempo, novas formas de interação processual igualmente surgirão. As reformas constitucionais e a evolução da jurisprudência das cortes supremas das ordens domésticas igualmente apontam nesta direção: apesar da tendência hierarquizante, gradualmente os tribunais da América Latina equipam-se para a maior interação.

REFERÊNCIAS

PERIÓDICOS:

ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. “Mutações no conceito de anistia na Justiça de Transição brasileira: a terceira fase da luta pela anistia”. In: *Revista de Direito Brasileira*. São Paulo: Conpedi/Thomson Reuters, Ano 02, vol. 03, Jul./Dez. 2012, pp.375-380.

ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. (orgs.). Dossiê: Reparação. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. Brasília: Ministério da Justiça, vol. 03, Jan./Jun. 2010, pp.40-172.

BAKKER, Christine AE Bakker. “A Full Stop to Amnesty in Argentina The Simón Case”. *Journal of International Criminal Justice*, vol.03, nº 95, 2005.

BENVENISTI, Eyal. “Margin of appreciation, consensus, and universal standards”. *NYU Journal of International Law and Politics*. Vol 31, 1998, pp.843-854.

BERMAN, Nathaniel Berman. “Modernism, Nationalism, and the Rhetoric of Reconstruction”. *Yale Journal of Law and the Humanities*, vol. 02, 1992, pp. 351-380.

BURT, Jo-Marie; AMILIVIA, Gabriela; LESSA, Francesca. “Civil Society and the Resurgent Struggle against Impunity in Uruguay (1986-2012)”. *The International Journal of Transitional Justice*, vol. 07, 2013, pp.306-327.

COLLINS, Cath Collins. “Human Rights Trials in Chile during and after the ‘Pinochet Years’”. *International Journal of Transitional Justice*, vol.04, nº 01, 2010.

COLLINS, Cath *et alli*. “Verdad, justicia y memoria: las violaciones de derechos humanos del pasado”. In: *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile - 2011*. Santiago: Universidad Diego Portales, 2011, pp 19-53.

COLLINS, Cath. “Grounding global justice: International networks and domestic human rights accountability in Chile and El Salvador”. *Journal of Latin American Studies*, 2006.

DALEO, Graciela. “El movimiento popular y la lucha contra la impunidad en la Argentina”. *Revista HMiC: história moderna i contemporània*, vol.05, 2007.

- DELMAS-MARTY, Mireille; IZORCHE, Marie-Laure. "Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit – réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste". *Revue internationale de droit compare*, vol. 52, n.º 04, 2000, pp.753-780.
- DWORKIN, Ronald. "Unenumerated Rights: Whether and How Roe Should be Overruled". *The University of Chicago Law Review*, vol.59, 1992.
- ESTY, Daniel C. "Good Governance at the Supranational Scale: globalizing administrative law". *The Yale Law Journal*, vol.115, nº 07.
- FILIPPINI, Leonardo; TCHRIAN, Karina. "ADN: el nuevo art. 218 bis, CPPN". *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*. Buenos Aires, 2010, fascículo 05, pp. 842-847.
- FINNEMORE, Martha; SIKKINK, Kathryn. "International Norm Dynamics and Political Change," *International Organization*, n.º 52, vol. 4, Autumn 1988.
- GALAIN, Pablo. "The Prosecution of International Crimes in Uruguay". *International Criminal Law Review*, vol.10, 2010.
- GIBSON, Lauren; ROHT-ARRIAZA, Naomi. "The developing jurisprudence on amnesty". *Human Rights Quarterly*, vol.20, nº.4, 1998.
- GONZÁLEZ SALZBERG, Damian. "The Effectiveness of the Inter-American Human Rights System: A Study of the American States Compliance with the Judgments of the Inter-American Court of Human Rights". *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n.º 16, 2010, pp.115.142.
- GRIMM, Dieter. "The Constitution in the Process of Denationalization". *Constellations*, vol.12, nº04, 2005.
- HABERMAS, Jürgen. "The constitutionalization of international law and the legitimation problems of a constitution for world society." *Constellations*, vol.15, nº.4, 2008.
- HITTERS, Juan Carlos. "Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Una Comparación". *Estudios Constitucionales*, ano 07, n.º02, 2009, pp.109-128.
- HORWITZ, Morton J. "The history of Public/Private Distinction". *University of Pennsylvania Law Review*, vol.130, nº06, 1982.
- HOWSE, Robert; TEITEL, Ruti. "Beyond compliance: rethinking why International law really matters", *Global Policy*, Vol.01, nº02, 2010.
- HUNEEUS, Alexandra. "Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to Enforce Human Rights". *Cornell International Law Journal*, vol.44, 2011.
- JACKSON, John H. "Sovereignty-Modern: A New Approach to an Outdated Concept". *American Journal of International Law*, vol.97, 2003.
- JACKSON, Vicki. "Constitutional comparisons: convergence, resistance, engagement". In: *Harvard Law Review*, vol. 119, 2005-2006.

- KECK, Margaret; SIKKINK, Kathryn. "Transnational advocacy networks in international and regional politics". *International Social Sciences Journal*, n.º159, 1999.
- KENNEDY, David Kennedy. "Receiving the International". *Connecticut Journal of International Law*. Vol.10, 1994.
- KENNEDY, David. "One, Two, Three, Many Legal Orders: Legal Pluralism and the Cosmopolitan Dream" *NYU Review of Law and Social Change* , vol.31, 2007.
- KENNEDY, David. "The Move to Institutions". *Cardozo Law Review*, v.08, 1987.
- KENNEDY, David. "The Sources of International Law". *American University Journal of International Law*, vol.02, nº01, 1987.
- KENNEDY, David. "Tom Franck and the Manhattan School". *NYU Journal of International Law and Politics*, vol. 35, 2002-2003.
- KENNEDY, Duncan. "The stages of the decline of the public/Private distinction". *University of Pennsylvania Law Review*, vol.130, nº06, 1982.
- KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. "The Emergence of Global Administrative Law". *Law and Contemporary Problems*, vol.68, nº ¾, 2005.
- KOH, Harold H. "Transnational Legal Process". *Nebraska Law Review*, vol.75, 1996.
- KOSKENNIEMI, Martii; LEINO, Päivi. "Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties". *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, 2002.
- KOSKENNIEMI, Martii. "The Future of Statehood". *Harvard International Law Journal*, vol.32, no.02, 1991.
- MALLEY, Robert; MANAS, Jean; NIX Crystal. "Constructing the State Extra-territorially: Jurisdictional Discourse, the National Interest, and Transnational Norms." *Harvard Law Review*, nº 103, 1990.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. "Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro". *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 46, n.º 181, jan./mar. 2009, pp.113-139.
- MORGENTHAU, Hans J. "Positivism, Functionalism, and International Law". *The American Journal of International Law*, Vol. 34, N.º 02, 1940.
- NASH ROJAS, Claudio. "Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XIX, 2013, pp.489-509.
- NEUMAN, Gerald. "Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance," *Stanford Law Review*, vol.55, n.5, May 2003.
- ORENTLICHER, Diane F. "'Settling Accounts' Revisited: Reconciling Global Normas with Local Agency". In: *The International Journal of Transitional Justice*, vol. 01, 2007.

ORENTLICHER, Diane F. "Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime". In: *The Yale Law Journal*, Vol. 100, No. 8, Jun.1991, pp. 2537-2615.

PARENTI, Pablo. "A aplicação do direito internacional no julgamento de terrorismo de Estado na Argentina". *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. Brasília: Ministério da Justiça, n.º 04, Jul./Dez. 2010, pp. 32-55.

PATTBERG, Philipp. "The Institutionalization of Private Governance: How Business and Nonprofit Organizations Agree on Transnational Rules". *Governance*, vol.18, nº 04, 2005.

PIOVESAN, Flávia. "Direito Internacional dos Direitos Humanos e a Lei de Anistia: o caso brasileiro". *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. Brasília: Ministério da Justiça, vol. 02, Jul./Dez. 2009, pp.176-189.

PIOVESAN, Flavia. "Hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF", *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, vol.6, 2008.

POSNER, Richard. "Legal Reasoning from the Top down and from the Bottom up: The Question of Unenumerated Constitutional Rights". *The University of Chicago Law Review*, vol.59, 1992.

ROTH, Kenneth. "Defending economic, social and cultural rights: Practical issues faced by an international human rights organization." In: *Human Rights Quarterly*, vol. 26, n.º1, 2004, pp. 63-73.

SALDANHA, Jânia; BRUM, Márcio Morais. "A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado?". *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XV, 2015, pp.195-238.

SCHWARTZ, Herman. "The internationalization of constitutional law." *Human Rights Brief*. Vol.10, nº 2, 2003.

SIMMA, Bruno; PULKOWSKI, Dirk. "Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law". *European Journal of International Law*, vol.17, nº 03, 2006.

SLAUGHTER, Anne-Marie. "A Global Community of Courts". *Harvard International Law Journal*, vol. 44, no. 01, 2003.

SLAUGHTER, Anne-Marie. "International law and international relations theory: a dual agenda", *American Journal of International Law*, vol.87, nº02, 1993.

STARKE, J.G. "Monism and Dualism in the Theory of International Law," *British Yearbook of International Law*, n.º 66, 1936.

TEITEL, Ruti. "Kosovo to Kadi: legality and legitimacy in contemporary International Order". *Ethics and International Affairs*, vol.28, nº 01, 2014.

TEUBNER, Gunther; FISCHER-LESCANO, Andreas. "Regime-collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law". *Michigan Journal of International Law*, Vol.25, 2003/2004.

TORELLY, Marcelo. "O Direito e os legados do autoritarismo no Cone Sul: respostas nacionais à norma global de responsabilidade individual". *Revista Fórum de Ciências Criminais - RFCC*, ano 02, n.º 03, jan./jun. 2015, pp.143-159.

TRIEPEL, Karl Heinrich. "As relações entre o Direito Interno e o Direito Internacional." *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n.º 06, 1966.

TUSHNET, Mark. "The Inevitable Globalization of Constitutional Law". *Virginia Journal of International Law*. Vol.49, 2008.

VERONESE, Alexandre. "A judicialização da política na América Latina: panorama do debate teórico contemporâneo". *Escritos: Revista da Casa de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro, vol. 03, 2009, pp.215-265.

VIVAS-BARRERA, Tania Giovanna. "Panorama de cumplimiento de condenas dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Principia Juris*, n.º 22, vol. II, 2014, pp.165-189.

WALDRON, Jeremy. "The Core of the Case Against Judicial Review". In *The Yale Law Journal*, 115, 2005-2006.

ZALAUQUETT, José. "Verdade e Justiça em perspectiva comparada – José Zalaquett responde Marcelo D. Torelly". *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. Brasília: Ministério da Justiça, vol. 04, Jul./Dez. 2010, pp.12-29.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho (Org.). "Especial 10 Anos do Tribunal Penal Internacional". In: *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. Brasília: Ministério da Justiça, vol. 08, Jul./Dez.2012.

CASOS (DECISÕES JUDICIAIS, MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, RELATÓRIOS DE MÉRITO E DE MONITORAMENTO DA CORTE E COMISSÃO INTERAMERICANA):

ARGENTINA

Corte Suprema de Justiça da Nação. Causa 17.768, *Poblete/Simon*. Sentença de 14 de junho de 2005.

Corte Suprema de Justiça da Nação. Causa n.º259, *Aranciabia Clavel*. Sentença de 24 de agosto de 2004.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. *Fallo Aquino*. Julgamento de 14 de outubro de 2002.

Corte Suprema de Justicia de La Nación. *Fallo Gustavo Carranza Latrubesse*. C.568.XLIV, C.594.XLIV, Fallo de 06 Agosto, 2013.

Corte Suprema de Justicia de La Nación. *Fallo Miguel Angel Espósito*. E.224.XXXIX, Sentencia de 23 Diciembre, 2004.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. V. XXXVI, Sentencia de 30 de septiembre de 2003.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. V. XXXVIII, sentencia de 11 de agosto de 2009.

Justicia Federal. Sala II. Causa n.º 17.768. *Julio Simon*. Setencia ratificando la nulidade de O. Debida y P. Final. 09 de noviembre, 2001.

BRASIL

Justiça Federal de 1º Grau do Pará. Subseção Judiciária de Marabá. Autos n.º 4334.29.2012.4.01.391. Decisão de 29 de agosto de 2012.

Justiça Federal. 8ª Vara Federal Cível de São Paulo. Ação Civil Pública nº 2008.61.00.011414-5.

Justiça Federal. 9ª Vara Criminal. Processo 0011580-69.2012.4.03.6181. São Paulo, 23 de outubro de 2012.

Ministério Público Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 320 junto ao Supremo Tribunal Federal. Manifestação do Procurador-Geral da República Rodrigo Janot. Supremo Tribunal Federal. Brasília, 28 de agosto de 2014.

Ministério Público Federal. Manifestação do Procurador-Geral da República Rodrigo Janot sobre *Prisão Preventiva para Extradicação 696/2013*. Supremo Tribunal Federal, 24 de setembro de 2013.

Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 153/2008. *Voto do Ministro Relator Eros Roberto Grau*, abril de 2010.

Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 153/2008. *Voto do Ministro Ricardo Lewandowski*. Abril de 2010.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 1ª Câmara de Direito Privado. Processo nº 0347718-08.2009.8.26.0000, 14 de agosto de 2012.

CHILE

Corte Suprema de Chile. Segunda Sala Crimina. Rol n.º 248-98, *Parral*, 07 de janeiro de 1999.

Corte Suprema de Chile. Segunda Sala Criminal. Rol nº 2666-04, *José Matías Ñanco*, 18 de janeiro 2007.

Corte Suprema de Chile. Segunda Sala Criminal. Rol nº 3125-04, *Manuel Tomás Rojas Fuentes*, 13 de janeiro de 2007.

Corte Suprema de Chile. Segunda Sala Criminal. Rol nº 3452-06, *Ricardo Troncoso Muñoz e outros*, 10 de maio de 2007.

Corte Suprema de Chile. Segunda Sala Criminal. Rol nº 469-98, *Pedro Poblete*, 09 de setembro de 1998.

Corte Suprema de Chile. Segunda Sala Criminal. Rol nº 559-04, *Hugo Vásquez Martínez e Mario Superby Jeldress*, 13 de dezembro de 2006.

Sentencia Juez letras de Lautaro, Sr. Christian Alfaro Muirhead, Causa Rol 37.860.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Informe n.º 160/10 – Argentina (solución amistosa). Petición 242-03, Inocencia Luca Pogoraro.

Informe n.º 29/92 - Uruguay (fondos). Caso 10.029, Hugo L. de los Santos Mendoza; 10.036, ALvaro Balbi; 10.145, Enrique Rodríguez Larreta Pieri; 10.305, Noris Menotti Cobas, Luis Alberto Estradet, Josefina Mirta Detta Paolino, Rita Ibarburu, Feretico Martínez, Jorge Burgell, William Torres Ramírez, Guillermo Francisco Stoll, Osiris Elías Musso Casas, Clarel de los Santos Flores; 10.372, Juan Manuel Briebea; 10.373, Félix Sebastián Ortíz; 10.374, Amelia Sanjurno Casal; 10.375, Antomio Omar Paitta.

Informe n.º 30/97 – Argentina (fondos). Caso 10.087, Gustavo Carranza.

Relatório n.º 54/01 – Brasil (mérito). Caso 12.051, Maria da Penha.

Relatório n.º 91/08 – Brasil (mérito). Case 11.552, Julia Gomes Lund e outros.

CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS

A Última Tentação de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Sentença de 05 de fevereiro de 2001.

Almonacid Arellano v. Chile. Sentença de 26 de setembro de 2006.

Almonacid Arellano Monitoring Compliance Report. November 18, 2010.

Baldeón García vs. Peru. Sentença de 06 de abril de 2006.

Boyce y otros vs. Barbados, Sentença de 20 de novembro de 2007.

Cabrera García v. México. Sentença de 26 de Novembro de 2010.

Chumbipuma Aguirre e outros vs. Peru (Barrios Altos). Sentença de 14 de março de 2001.

Gelman vs. Uruguai. Sentença de 24 de fevereiro de 2011.

Goiburú e outros vs. Paraguai. Sentença de 22 de setembro de 2006.

Julia Gomes Lund e outros v. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010.

La Cantuta vs. Peru. Sentença de 29 de novembro de 2006.

Masacre de La Rochela vs. Colômbia. Sentença de 11 de maio de 2007.

Massacre de Mapiripán vs. Colombia. Sentença de 07 de março de 2005.

Massacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Sentença de 31 de janeiro de 2006.

Molina Theissen vs. Guatemala. Sentença de 04 de maio de 2004.

Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Sentença de 25 de novembro de 2003.

Radilla-Pacheco v. Mexico, Sentença de 23 de novembro de 2009.

Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado y otros) vs. Perú. Sentença de 24 de novembro de 2006.

Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado y otros) vs. Perú. Voto concorrente do Juiz Antonio Augusto Cançado Trindade. Sentença de 24 de novembro de 2006.

Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado y otros) vs. Perú. Voto concorrente do Juiz Sérgio Garcia Ramirez. Sentença de 24 de novembro de 2006.

Vargas Areco vs. Paraguai. Voto Concorrente do Juiz Sérgio Garcia Ramirez. Sentença de 26 de setembro de 2006.

Velazquez Rodriguez vs. Honduras. Sentença de 21 de julho de 1989.

Ximenes Lopes vs. Brasil. Sentença de 04 de julho de 2006.

MEXICO

Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Resolución dictada por el Tribunal Pleno en el expediente varios 912/2010*. 21 de setembro de 2011.

PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE (P.C.I.J.)

The case of the S.S. Wimbledon. P.C.I.J 1923 (ser. A) No. 1.

URUGUAI

Juzgado Letrado de Primeira Instancia. IUE 1-608/2003, *Sentencia Definitiva*, de 09 febrero 2010.

Suprema Corte de Justicia. Ficha 97-397/2004. *Sentencia n.º 365*. 19 octubre 2009.

Suprema Corte de Justicia. *Sentencia nº 20*, 22 de fevereiro de 2013.

CAPÍTULOS E LIVROS:

- ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. “O programa de reparações como eixo estruturante da Justiça de Transição no Brasil”. In: REATEGUI, Felix (org.). *Justiça de Transição – Manual para a América Latina*. Brasília/Nova Iorque: Ministério da Justiça/ICTJ, 2011, pp. 473-515.
- ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. “Resistance to change: Brazil’s persistente amnesty and its alternatives for Truth and Justice”. In: LESSA, Francesca; PAYNE, Leigh A. (orgs). *Amnesty in the Age of Human Rights Accountability*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2012, pp.152-180.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- BARROSO, Luis Roberto. *Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BAZÁN, Victor. “El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas”. Em: BAZÁN, Victor; NASH, Claudio (org.). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Bogotá/Santiago: Fundação Korad Adenauer/Universidad de Chile, 2011.
- BOGDANDY, Armin von. “*Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*. Una aclaración conceptual”. In: BOGDANDY, Armin von; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES-ANTONIAZZI, Mariela (org.) *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Cidade do México: UNAM/Max Planck Institute, 2014.
- BRITO, Alexandra Barahona de. *Human Rights and Democratization in Latin America: Uruguay and Chile*. Oxford: Oxford University Press, 1997.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence. “La Corte IDH como Tribunal Constitucional”. In: In: BOGDANDY, Armin von; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES-ANTONIAZZI, Mariela (org.) *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Cidade do México: UNAM/Max Planck Institute, 2014, pp.421-457.
- CALDAS, Roberto de Figueiredo. “A condenação do Brasil no caso Guerrilha do Araguaia e o Controle de Convencionalidade”. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo et alii (orgs.). *O Direito Achado na Rua – Introdução Crítica à Justiça de Transição na América Latina*. Brasília: UnB, Vol. VII, 2015, pp.456-459.
- CARDOSO, Evora Lusci Costa. *Litígio Estratégico e Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. Coleção Fórum Direitos Humanos, vol.04. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- CELS (Org.). *Hacer Justicia*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2º edição, 2010.

- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antonio; SWENSSON Jr., Lauro Joppert (orgs). *Justiça de Transição no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DU BOIS-PEDAIN, Antje. *Transitional Amnesty in South Africa*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2007.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: WMF, 2010.
- ECO, Umberto. *Viagem na irrealidade cotidiana*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1984.
- ELSTER, Jon. *Closing the Books – transitional justice in historical perspective*. New York: Cambridge University Press, 2004.
- ELSTER, Jon. *Rendición de Cuentas – La Justicia Transicional en Perspectiva Histórica*. Tradutor: Ezequiel Zaidenweg, Buenos Aires: Katz, 2006.
- FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. “Crimes da Ditadura: iniciativas do Ministério Público Federal em São Paulo”. In: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (orgs.). *Memória e Verdade: a justiça de transição no estado democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- FERRANTE, Marcelo. “La prueba de la identidad en la persecución penal por apropiación de niños y sustitución de su identidad”. Em: Centro de Estudios Legales y Sociales. *Hacer Justicia*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011.
- FEYTER, Koen; PARMENTIER, Stephan; Bossuyt, Marc; Lemmens, Paul (orgs). *The right to reparation for victims of serious human rights violations location*. Antuérpia: Intersentia, Antwerpen, 2005.
- FILIPPINI, Leonardo. “Transição e Justiça Internacional na Argentina”. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, vol.04, 2010, pp.228-249.
- FILIPPINI, Leonardo. La persecución penal en la búsqueda por la justicia. In: *Hacer Justicia*. Buenos Aires: Siglo XXI/CELS/ICTJ, 2011, pp. 19-48.
- GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism, 1820-2010: the Engine Room of the Constitution*. New York: Oxford University Press, 2013.
- GOLDSTEIN, Judith L. *The Evolution of the Trade Regime: Politics, Law, and Economics of the GATT and the WTO*. Princeton: Princeton University Press, 2008.
- HART, Herbert. *The Concept of Law*. Segunda edição. Nova Iorque: Oxford University Press, 1994.
- HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- HOLSTI, Kalevi J. *Peace and War: Armed Conflicts and International Order 1648-1989*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.
- HUNT, Lynn. *A Invenção dos Direitos Humanos*. São Paulo: Cia das Letras, 2009.

- HUNTINGTON, Samuel. *The Third Wave*. Norman: University of Oklahoma Press, 1993.
- JACKSON, Vicki. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. New York: Oxford, 2010.
- KALDOR, Mary. "Governance, Legitimacy, and Security: three scenarios for the Twenty First Century." In: WAPNER, Paul; EDWIN Jr, Lester (org.). *Principled World Politics: the challenge of normative international relations*. Lanham: Rowman & Littlefield, 2000.
- KECK, Margaret; SIKKINK, Kathryn. "Activist beyond borders". In: KECK, Margaret; SIKKINK, Kathryn (orgs.). *Advocacy networks in international politics*. Ithaca: Cornell University Press, 1998.
- KELSEN, Hans. *Pure Theory of Law*. Translation of the 2nd Edition by Max Knight. Los Angeles/Berkeley: University of California Press, 1967.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado, 6ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KLABBERS, Jan; PETERS, Anne; ULFSTEIN, Geir. *The constitutionalization of international law*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- LEDESMA, Héctor Faúndez. *The Inter-American System of Human Rights*. San José: IIDH, 2007.
- LESSA, Francesca; PAYNE, Leigh (org.). *Amnesty in the Age of Human Rights Accountability*. New York: Cambridge University Press, 2012.
- LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Cidade do México: Herder, 2005.
- MALAMUD-GOTI, Jaime. "Punishing Human Rights Abuses in Fledgling Democracies: The Case of Argentina", in ROHT-ARRIAZA, Naomi. *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, New York: Oxford University Press, 1997.
- MALARINO, Ezequiel. "Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antileberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos." In *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2010, pp. 25-63.
- MAZUOLLI, Valerio Oliveira; TERRA, William. *O controle de convencionalidade das leis*. São Paulo: RT, 2013.
- MEYER, Emílio Peluso Neder. *Ditadura e Responsabilização*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.
- MORALES-ANTONIAZZI, Mariela. "El Estado Abierto como Objetivo del *Ius Constitutionale Commune*. Una aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos." In: BOGDANDY, Armin von; FIX-FIERRO,

Héctor; MORALES-ANTONIAZZI, Mariela (org.) *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Cidade do México: UNAM/Max Planck Institute, 2014.

NEIRA, Karinna Fernández. “Proceso de reafirmación e implementación del Estatuto de Roma en Chile y la jurisprudencia chilena relativa a crímenes de carácter internacional”. In: ARAVENA, Claudia Cardenas; NEIRA, Karinna Fernández (Orgs.). *La Corte Penal Internacional y sus Primeros 10 Años*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2013, pp.473-513.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hercules*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

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

NOUR, Soraya. *A Paz Perpétua de Kant*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PAYNE, Leigh A.; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. (orgs). *A Anistia na Era da Responsabilização*. Brasília/Oxford: Ministério da Justiça/Universidade de Oxford, 2011.

PENSKY, Max. “O status das anistias no direito penal internacional”. In: PAYNE, Leigh A.; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. (orgs.). *A Anistia na Era da Responsabilização*. Brasília/Oxford: Ministério da Justiça/Universidade de Oxford, 2011, pp.76-101.

PREUSS, Ulrich. Disconnecting Constitutions from Statehood. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin. *The Twilight of Constitutionalism?* New York: Oxford University Press, 2010.

RAMIREZ, Sérgio Garcia. “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones”. In: Corte Interamericana de Derechos Humanos (org.). *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*. San José da Costa Rica, 2005.

RAMIREZ, Sérgio Garcia. “El Control Judicial Interno de Convencionalidad”. In: MACGREGOR, Eduardo Ferrer; GARCIA, Alfonso Herrera (orgs.). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos*. Cidade do México: Tirant lo Blancj, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. “A ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos”. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério. *Crimes da ditadura militar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ROHT-ARRIAZA, Naomi. *The Pinochet Effect: transnational justice in the Age of Human Rights*. 2ª edição, Filadélfia: University of Pennsylvania Press, 2006.

ROTBURG, Robert; THOMPSON, Dennis (orgs.). *Truth v. Justice*. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2000.

SALAZAR, Pedro *et alli*. *La Reforma Constitucional sobre Derechos Humanos*. Cidade do México: Senado da República, 2014.

- SALDANHA, Jânia; STRECK, Lenio. “Ativismo e garantismo na Corte Interamericana de Direitos Humanos”. In: DIDIER Jr., Fredie *et alli* (orgs.). *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Juspodium, 2013, pp.395-428.
- SASSEN, Saskia. *Territory, Authority, Rights*. Princeton: Princeton University Press, 2006.
- SIKKINK, Kathryn. *The Justice Cascade*. Nova Iorque: W. W. Norton and Company, 2011.
- SILVA FILHO, José Carlos Moreira; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo (orgs.). *Justiça de Transição nas Américas*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- SILVA FILHO, José Carlos Moreira. “O julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal e a inacabada transição democrática brasileira”. In: SOARES, Inês Virginia; PIOVESAN, Flávia (orgs.). *Direito ao Desenvolvimento* Belo Horizonte: Fórum, 2010, pp.515-545.
- TEITEL, Ruti. “Genealogia da Justiça Transicional”. In: Reategui, Felix (org.). *Justiça de Transição – Manual para a América Latina*. Brasília/Nova Iorque: Ministério da Justiça/ICTJ, 2011, pp. 135-170.
- TEUBNER, Gunther. “Fragmented Foundations – societal constitutionalism beyond the Nation State,” in: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (orgs.), *The Twilight of Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- TEUBNER, Gunther. *Constitutional Fragments: societal constitutionalism and globalization*. New York: Oxford University Press, 2012.
- TORELLY, Marcelo D. *Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- TORELLY, Marcelo. “Unidade, Fragmentação e Novos Atores no Direito Mundial: leituras de operadores do Sistema Interamericano de Direitos Humanos sobre a formação de direitos globais no sistema regional”. In: GALINDO, George Rodrigo Bandeira (org.). *Fragmentação do Direito Internacional – pontos e contrapontos*. Belo Horizonte: Arraes, 2015, pp.106-123.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, vol. 1, 1997.
- VENTURA, Deisy; CETRA, Raísa Ortiz. “O Brasil e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos – de Maria da Penha à Belo Monte”. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo (orgs.). *Justiça de Transição nas Américas*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- VENTURA, Deisy. “A interpretação judicial da Lei de Anistia no Brasil”. In: PAYNE, Leigh A.; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. (orgs.). *A Anistia na Era da Responsabilização*. Brasília/Oxford: Ministério da Justiça/Universidade de Oxford, 2011, pp.308-343.

WEBER, Max. *The Theory of Social and Economic Organization*. Eastford: Martino, 2012.

YOUNG, Margaret A. (org.). *Regime Interaction in International Law*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2012.

DOCUMENTOS E RELATÓRIOS OFICIAIS:

ARGENTINA. Comisión Nacional Sobre la Desaparición de Personas (CONADEP). *Nunca Mais – informe de la Comisión Nacional Sobre la Desaparición de Personas*. Buenos Aires: EUDEBA, 8ª edição, 2006.

BRASIL. Ministério Público Federal. 2ª Câmara de Coordenação Criminal. “Documento nº 02/2011”. In: *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. Brasília: Ministério da Justiça, vol. 07, Jan./Jul. 2012, pp.358-371.

BRASIL. Ministério Público Federal. *Grupo de Trabalho Justiça de Transição – Atividades de Persecução Penal Desenvolvidas pelo Ministério Público Federal 2011-2013*. Brasília, 2014

ORENTLICHER, Diane F. *Report of the Independent Expert to Update the Set of Principles to Combat Impunity*. UN Doc. E/CN.4/2005/102 Feb. 18, 2005.

UNITED NATIONS. International Law Commission. *Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law*. (A/CN.4/L.682), Genebra, 2006.

ENTREVISTAS:

Entrevista pessoal com Diego Garcia-Sayan, João Pessoa, 29 de junho de 2013 (áudio original em espanhol, traduzido pelo autor).

Entrevista pessoal com Federico Andreu Guzman. João Pessoa, 28 de junho de 2013 (áudio original em espanhol, traduzido pelo autor).

Entrevista pessoal com James Cavallaro. Palo Alto, 06 de dezembro de 2013.

Entrevista. Sérgio Garcia Ramirez. 28 de junho de 2013, João Pessoa. (Original em espanhol, tradução livre).

LEGISLAÇÃO:

ARGENTINA

Código Processual Penal, Ley 23.984, de 04 de setembro de 1991.

Ley 23.462, de 23 diciembre 1986.

Ley 23.521, de 4 de junio 1986.

Reforma Constitucional, 22 de agosto de 1994.

BOLIVIA

Estado Plurinacional de Bolivia. *Constitución Política del Estado, 2009.*

BRASIL

Constituição da República Federativa do Brasil, 05 de outubro de 1988.

Constituição da República Federativa do Brasil, (Emenda Constitucional nº 45 de 2004).

COLOMBIA

Constitucion Política de la Republica de Colombia, 1991.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, San José de Costa Rica, 22 de novembro de 1969.

COVENANT OF THE LEAGUE OF NATIONS, 28th April 1919.

EQUADOR

Constitución de la República, 2008.

MEXICO

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Reforma Constitucional de 2011).

PERU

Constitución Política del Peru, Disposiciones Finales y Transitórias, 1993.

URUGUAI

Ley 15.848, 22 diciembre 1986.

Ley 18.831, 27 de octubre de 2011

Ley n.º 15.737, de 08 de marzo de 1985.

VENEZUELA.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999.

NOTÍCIAS:

Portal Terra. “Datafolha: 45% são contra punição a torturadores da ditadura”.

Disponível em: <http://noticias.terra.com.br/brasil/datafolha-45-sao-contra-punicao-a-torturadores-da-ditadura,915a4bc92690b310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>

TESES, DISSERTAÇÕES E PUBLICAÇÕES NÃO INDEXADAS:

BERNARDI, Bruno Boti. *O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a Justiça de Transição: impactos no Brasil, Colômbia, México e Peru*. Tese de doutorado em Ciência Política apresentada à Faculdade de Letras, Filosofia e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2015.

GARGARELLA, Roberto. “No place for popular sovereignty: democracy, rights, and punishment in *Gelman v. Uruguay*”. Manuscrito a ser publicado, disponível para consulta em:

https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Eng_20121130.pdf

MALLINDER, Louise. “Uruguay’s evolving experience of amnesty and civil society’s reponse”. *Beyond Legalism: amnesties, transition and conflict transformation*. Working Paper Series n.º 04. Institute of Criminology and Criminal Justice, Queen’s University Belfast, March 2009.

MORAIS, José Luis Bolsan (cord.). *O Impacto no Sistema Processual dos Tratados Internacionais*. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

NEIRA, Karinna Fernández. *La prescripción gradual, aplicada a los delitos de lesa humanidad*. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Chile, 2010.