

**Universidade de Brasília
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito**

**Teoria da Argumentação Multinível
Uma proposta de diálogo entre Cortes**

Lucas Nonato

**Brasília
2019**

Lucas Nonato da Silva Araújo

Teoria da Argumentação Multinível

Uma proposta de diálogo entre Cortes

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Brasília (PPGD-UnB), como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, Estado e Constituição (Linha de Pesquisa 02: Constituição e Democracia).

Brasília, 05 de abril de 2019

Orientadora: Prof.^a. Dr.^a. Claudia Roesler

Orientadora | Presidente da Banca | FD/UnB

Coorientador: Prof. Dr. George Galindo

Coorientador | Vice-Presidente da Banca | FD/UnB

Prof. Dr. Isaac Reis

Membro | FD/UnB

Prof.^a. Dr.^a. Roberta Simões

Membro | Senado Federal

RESUMO

O trabalho pretende utilizar a Teoria da Argumentação Jurídica como instrumento de análise comparativa de decisões de Cortes Constitucionais e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Trata-se, portanto, do Contexto Multinível no qual convivem Direito Constitucional (Direitos Fundamentais) e Direito Internacional dos Direitos Humanos na manutenção do diálogo entre cortes. As decisões analisadas contribuem para a compreensão desse diálogo interinstitucional e entre ordenamentos, avançando nos limites e possibilidades da Teoria da Argumentação Jurídica.

Palavras-chave: Teoria da Argumentação. Contexto Multinível. Diálogo de Cortes. Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

The essay uses the Argumentation Theory as an instrument of comparative analysis between decisions of Constitutional Court and of the Interamerican Human Rights Court. Hence it deals with the Multilevel Context where cohabit Constitutional Law (Fundamental Rights) and Human Rights International Law maintaining a dialogue of courts. The precedents analyzed help to comprehend the dimensions and peculiarities of this interinstitutional as well as inter legal orders dialogue, advancing in the limits and possibilities of Legal Argumentation Theory.

Keywords: Legal Argumentation Theory. Multilevel Context. Dialogue of Courts. Interamerican Human Rights System. Fundamental Rights.

SIGLAS

- ADCT: Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
- AERD: Análise Empírico-Retórica do Discurso
- CICV: Comitê Internacional da Cruz Vermelha
- CPJI: Corte Permanente de Justiça Internacional
- CRFB/88: Constituição da República Federativa do Brasil
- DADDH: Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem
- DIDH: Direito Internacional dos Direitos Humanos
- DUDH: Declaração Universal de Direitos Humanos
- DIH: Direito Internacional Humanitário
- DIM: Direito das Minorias
- DIR: Direito dos refugiados
- DIP: Direito Internacional Público
- DIPr: Direito Internacional Privado
- CADH: Convenção Americana de Direitos Humanos
- CtIDH: Corte Interamericana de Direitos Humanos
- CONU: Carta da Organização das Nações Unidas
- ILA: International Legal Argumentation
- INDH: Instituição Nacional de Direitos Humanos
- OEA: Organização dos Estados Americanos
- OIT: Organização Internacional do Trabalho
- ONU: Organização das Nações Unidas
- PIDCP: Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos
- PIDESC: Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
- SIDH: Sistema Interamericano de Direitos Humanos
- STF: Supremo Tribunal Federal do Brasil
- TAJ: Teoria da Argumentação Jurídica

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
Contexto: Ordenamento Jurídico e Instituições.....	8
Problema de Pesquisa.....	11
Os Capítulos	13
C01. CONTEXTO – DIREITOS E INSTITUIÇÕES	15
1.1. Direito Internacional dos Direitos Humanos	21
1.2. Sistemas de Proteção de Direitos Humanos	32
1.3. Sistema Global de Proteção de Direitos Humanos	32
1.4. Sistema Interamericano de Direitos Humanos	41
1.4.1. A Corte Interamericana de Direitos Humanos	47
1.4.2. Status das decisões.....	51
1.5. As Cortes Constitucionais brasileira e peruana.....	53
1.6. O Contexto Multinível	54
1.7. Os precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos	56
C02. ANÁLISE ARGUMENTATIVA	61
2.1. Conceito e Concepções da TAJ.....	64
2.2. A Escolha dos Precedentes	72
2.2. O corpus jurisprudencial da CtIDH	78
2.3. Os casos correspondentes nas Cortes Constitucionais.....	80
2.4. The Matrix: Direitos Humanos vs. Direitos Fundamentais	86
2.5. Análise	87
C03. CONCLUSÕES, PERSPECTIVAS E ORIENTAÇÕES	89
3.1. Possíveis Conclusões	89
3.2. Uma racionalidade distinta para o nosso tempo	92
3.3. Orientação	94

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	99
---	-----------

INTRODUÇÃO

Contexto: Ordenamento Jurídico e Instituições

A Teoria do Direito contemporânea lida com a complexa relação entre regras e princípios desde a segunda metade do século 20. O debate Hart-Dworkin acerca da natureza do Direito, especialmente quanto ao seu núcleo vinculante (normas, regras e princípios), desenhou o cenário no qual a racionalidade tradicional simplesmente não mais se adequou. Como poderia um ordenamento jurídico tal qual o da República de Weimar permitir a ascensão do *Nazional-Sozialismus* dentro de si? Ficava evidente a necessidade de um controle jurídico material que resguardasse um conjunto mínimo de direitos, a dignidade da pessoa humana.

É bem conhecido que o positivismo adotou uma enorme virada após esse evento histórico e suas consequências imediatas, se aproximando de princípios e de valores bem como inserindo Direitos Humanos e a Constituição no topo das discussões dentro e fora do Direito¹. O *Nürnberg Gerichtshof*² lidou com essa questão legal antes mesmo de seu franco debate teórico, reconstruindo o ordenamento jurídico além dos textos normativos e de seus respectivos significados imediatos, manobrando um sofisticado (apesar de muito criticado) modo de pensar e de decidir.

¹ Theodor Viehweg desenvolveu a distinção entre zetética e dogmática quanto ao Direito. Segundo o Professor de Mainz, a Dogmática está ligada a indiscutibilidade dos pontos de partida, ao passo que a Zetética se sujeita a um constante dubium. A primeira se orienta em direção às respostas e, portanto, à tomada de decisões, paralelamente, a segunda enfatiza as perguntas e as elucubrações mais holísticas.

² Os Tribunais de Nuremberg foram o primeiro momento na História do Direito em que se impuseram sanções penais para além da legalidade estrita. Não se negam os abusos decorrentes de arbitrariedades, de modo algum. Esses existem inclusive no Brasil de 2019. Contudo, naquele momento histórico, os princípios da Dignidade da Pessoa Humana e do Direito Internacional foram manejados com argumentos para se considerar os membros do Partido Nacional-Socialista alemão, especialmente seu alto-escalão, como os responsáveis pela Guerra (Política Expansionista hitlerista, anexação de regiões próximas, violação do Tratado de Versalhes e das cláusulas fixadas no primeiro pós-guerra e, finalmente, invasão da Polônia em 1939), por Crimes contra a Humanidade e por Genocídios.

Embora muito bem justificado³, o novo cenário deu muito poder aos juízes enquanto lhes permitiu decidir além dos parâmetros mais claros delimitados pelo parlamento⁴. Assim sendo, a Teoria do Direito passou a se aproximar da Teoria da Argumentação⁵. Em poucas palavras, toda decisão jurídica se submete ao escrutínio democrático e precisa estar racionalmente motivada⁶.

Paralelamente ao desenvolvimento de agenda da Teoria do Direito, também o Direito Internacional deu seu próprio giro copernicano depois da segunda guerra mundial. Em 1945, a comunidade internacional deu à luz a Organização das Nações Unidas e a Corte Internacional de Justiça⁷ para manter a paz e proteger os Direitos Humanos. Três anos depois, a Assembleia Geral da ONU aprovou em sua 3ª Reunião Ordinária a Resolução 217, conhecida como Declaração de Paris e como Declaração Universal de Direitos Humanos, indubitavelmente o mais significativo documento na história do DIDH⁸.

³ Afinal, diante da derrota do Eixo na guerra, cabia aos aliados (especialmente Estados Unidos da América, Reino Unido, França e União das Repúblicas Socialistas Soviéticas) basicamente duas opções: 1) execução sumária das autoridades nacional-socialistas, provavelmente através de pelotão de fuzilamento; ou 2) dar mais um passo rumo a uma justiça internacional;

⁴ Trata-se aqui seguramente do nó górdio da filosofia do direito na contemporaneidade.

⁵ Viehweg, Perelman e Toulmin (1950s).

⁶ Mais explorada adiante, especificamente nos capítulos 02 e 03.

⁷ Embora ambas Organizações Internacionais tenham se estruturado com o objetivo de reformar as antecessoras (Liga das Nações e o Tribunal Permanente de Justiça Internacional), houve uma expressiva reformulação mantida até os dias atuais. Apesar do aparente sucesso, a ONU é alvo de críticas quanto a sua capacidade de manter a paz e cumprir seus demais objetivos essenciais, além de manter a mesma balança de poder das potências vencedoras da 2ªGM, particularmente no âmbito do CSONU, o qual ainda mantém como membros natos os EUA, a Rússia (sucessora da URSS), China, França e Reino Unido.

⁸ Segundo o Professor Fabio Konder Comparato (2010), tecnicamente a DUDH é uma recomendação que a AGONU fez aos seus membros (Art. 10, CONU). Por isso, costumava-se dizer lhe faltar força vinculante. Até por isso, a Comissão de DHs a concebera como uma etapa preliminar à adoção de um pacto internacional mais compreensivo (Carta Internacional de Direitos Humanos). Já se reconhece, desde os primeiros momentos do Direito Internacional, os costumes e os princípios gerais de direito como fontes juridicamente vinculantes (Art. 38, ECIJ). Assim, os direitos arrolados na DUDH consagram nada mais, nada menos que normas imperativas de direito internacional geral com caráter jus cogens (Art. 53, CVDT). Inegavelmente, a DUDH de 1948 representa a culminância de um processo ético que, iniciado com a Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, levou ao reconhecimento da igualdade essencial de todos os valores, indecentemente das diferenças de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição, como se diz em seu artigo 02. E esse reconhecimento universal da igualdade humana só foi possível quando, ao término da mais desumanizadora guerra de toda a História, percebeu-se que a ideia de

Além dos tratados, convenções e declarações, o DIDH desenvolveu instrumentos de coação⁹ bem como instituições cujo propósito centralizou a proteção dos Direitos Humanos ao longo do globo terrestre. Existe um amplo sistema protetivo na atualidade, estendendo-se desde as decisões dos comitês setoriais e as resoluções do Conselho de Segurança, passando pelas medidas unilaterais¹⁰ até as decisões das Cortes Internacionais¹¹.

As instituições de DIDH alcançaram nos últimos anos um platô diferencial¹², adjudicando questões antes exclusivamente relacionadas com o Direito Interno, em outras palavras, questões submetidas ao tradicional conceito de soberania¹³. Trata-se de um embate já tradicional quanto aos limites e à própria imperatividade do DIP/DIDH.

Apesar da discussão quanto aos limites do Direito Internacional e sua relação com o Direito Nacional, a extensão jurisdicional das Cortes Internacionais de Direitos Humanos é um tema sob intensa discussão, tanto teórica quanto prática. Seus resultados variam conforme os estados relacionados, o sistema regional em tela e o

superioridade de uma raça, de uma classe social, de uma cultura ou de uma religião, sobre todas as demais, põe em risco a própria sobrevivência da humanidade. (Comparato, 2010, p. 240)

⁹ Aqui empregamos o termo como natural consequência de um dever jurídico, qual seja, a sua vinculatividade.

¹⁰ As recentes guerra do Iraque e a Anexação da Crimeia foram incidentes nos quais a agenda de proteção Internacional dos Direitos Humanos foi utilizada como argumento (ilegítimo, vide, por exemplo o Chilcot Report) para intervenções estrangeiras unilaterais.

¹¹ As cortes internacionais de direitos humanos lidam diretamente com estados e com seus deveres decorrentes de bases normativas, preponderantemente os tratados. Outrossim, o Tribunal Penal Internacional processa indivíduos responsáveis por ilícitos contra a humanidade.

¹² Dizemos Cortes Internacionais de Direitos Humanos a Corte Europeia de Direitos Humanos (criada na década de 1950), a Corte Interamericana de Direitos Humanos (criada na década de 1970) e a Corte Africana de Direitos Humanos (criada na década de 1980).

¹³ Tomando a soberania estatal como princípio fundamental sobre o qual se estrutura do Direito Internacional, então a relação entre Direitos Humanos (corolário da Dignidade da Pessoa Humana) inaugura uma nova faceta ao primeiro. Consequentemente, tomando a Dignidade da Pessoa Humana como princípio de DIDH, a relação entre estes e a soberania suscita uma revisão profunda no modelo criado a partir do século XVII, bem como nas leituras de Hobbes e Bodin.

O princípio da soberania estatal é definido pelo Juiz Alvarez (Chile) no Caso do Canal de Corfu: By sovereignty, we understand the whole body of rights and attributes which a State possesses in its territory, to the exclusion of all other States, and also in its relations with other States. Sovereignty confers rights upon States and imposes obligations on them. (Corfu Channel case (Merits), Judgment of 9 April 1949, Individual Opinion of Judge Alvarez, ICJ Reports 1949, p 43.)

caso decidido¹⁴. Como esses tribunais lidam com lesões a Direitos Humanos (imputando responsabilidade ao respectivos Estados), o mesmo direito e, eventualmente, até o mesmo caso podem ser simultaneamente conhecidos por uma corte nacional. Além disso, o DIDH impõe a dupla tutela da convencionalidade de seus direitos positivos. Essas situações originam uma larga discussão teórica¹⁵ e prática¹⁶.

Problema de Pesquisa

Se há uma *ratio* após os giros linguísticos¹⁷, ela é campo-dependente e varia conforme os contextos em que estiver inserida. Portanto, a cada comunidade jurídico-retórica corresponderia uma (ou nenhuma *ratio* fundada na família iluminista) racionalidade específica e dependente do cenário comunitário, embora se possa perceber o apresamento¹⁸ decorrente da supremacia de um *Dachsprache*¹⁹ ou de uma língua-franca comum²⁰. Apesar disso, parece-nos possível superar o risco sistêmico do relativismo extremo.

¹⁴ Na atualidade, percebe-se uma extensa rede de precedentes em cada uma das cortes internacionais de Direitos Humanos, entretanto, a efetivação de seus julgados não é tranquila em nenhuma deles.

¹⁵ Nos capítulos 02 e 03 alongaremos a discussão, especialmente tomando em consideração o caráter objetivo dos Direitos Humanos e a reconfiguração da compreensão dos ordenamentos nacional e internacional no contexto dialógico multinível.

¹⁶ Busca-se responder uma simples pergunta: qual decisão deve ser cumprida?

¹⁷ Primeiro Giro Linguístico: Ontologia perde protagonismo para o Construtivismo dialético; Segundo Giro Linguístico: Problematizam-se os níveis da linguagem nos parâmetros semióticos, superando-se a primazia da semântica e da sintática em detrimento de uma perspectiva pragmática na complexidade comunitário-dialógica.

Sobre o tema, recomendamos a leitura do Professor Manfredo A. de Oliveira (2015, pp. 93-116 e 117-148). O primeiro trecho aponta para a figura do 1º Wittgenstein (especialmente no *Tractatus Logico-Philosophicus*, de 1922). O segundo trecho descreve o papel do 2º Wittgenstein (com o *Philosophische Untersuchungen*, de 1953).

¹⁸ Redução de complexidade pragmática.

¹⁹ O termo significa, basicamente, idioma-teto, aparecendo primeiramente no alvorecer da linguística como campo de estudos, com o suíço Ferdinand de Saussure. Contemporaneamente, vislumbramos que o papel de língua-franca é exercido pelo idioma Inglês, e no âmbito jurídico, pelas potências epistêmicas centrais (Europa e EUA).

²⁰ Aqui se pode mencionar a evidente primazia do latim na formação dos sistemas jurídicos tipicamente ocidentais, os quais são fruto de uma lenta e gradual evolução linguístico-jurídica partindo do idioma latino e da pragmática comunitária romana. Em seguida, verifica-se a canibalização das várias *epistemes* (desde as autóctones europeias, até as americanas, africanas, oceânicas e asiáticas), o que conduziu o mundo ao que hoje se entende por Direito Internacional e, paralelamente, Direito Internacional dos Direitos Humanos. Na

Caso essa hipótese possa se provar verdadeira²¹, subsiste outra pergunta: como se pode aferir uma comunidade jurídico-retórica e, conseqüentemente, sua racionalidade campo-dependente?

Diante da globalização pós-guerra fria²², superaram-se barreiras de intercâmbio, provocando mais uma grande expansão da cosmovisão ocidental e, para nossos fins, possibilitando a comunicação definitiva de seres humanos, ideias, conceitos e soluções judiciais. A comunicação judicial se dá em vetores verticais²³, horizontais²⁴ e mistos²⁵. Além da comunicação direta, é inegável o intercâmbio direto e informal entre juízes, professores, estudantes e demais membros do campo do Direito²⁶.

A pesquisa propõe que essas comunidades podem ser representadas pelos sistemas regionais de direito humanos, particularmente pelo SIDH²⁷. Por conseguinte, a Teoria da Argumentação Jurídica pode contribuir com o problema lógico entre contextos multinível, mas suscitará desenvolvimentos, adequando-se a uma metodologia própria para essa modalidade cenográfica²⁸.

contemporaneidade, verifica-se a preponderância de um outros *Dachspräche*, qual seja, o idioma inglês como redutor da complexidade pragmática em detrimento de uma comunidade ampla concertada com outros âmbitos menores mais ou menos resilientes.

²¹ Cientes estamos da polêmica questão da verdade. Contudo, nesse trecho se trata apenas de uma questão operacional finalisticamente orientada aos objetivos da pesquisa.

²² Segundo Fukuyama, seria esse o fim da história com a consolidação do modelo capitalista como vencedor a a cessação de adversidades sistêmicas.

Curiosamente, para Hegel a Revolução Francesa também era o fim da história, dado a superação definitiva do *Ancien Régime*.

Nenhum dos dois acertou.

²³ Cortes Nacionais e Cortes Internacionais/Supranacionais.

²⁴ Cortes Nacionais (STF/STJ vs. BVG, por exemplo) ou Cortes Internacionais (CtIDH vs. CEDH, por exemplo).

²⁵ Relacionando os dois anteriores.
(Slaughter, 1994).

²⁶ Em pesquisa empírica, Burgorgue-Larsen e Céspedes construíram uma matriz de informação para catalogar as referências cruzadas entre os sistemas regionais interamericano e europeu. A partir da pesquisa exploratória, levantaram-se 210 casos, sendo 51 ocorrências CtEDH-CtIDH e 159 ocorrências CtIDH-CtEDH.

²⁷ Os contextos regionais europeu e africano demandarão mais pesquisa comparada com o objetivo de aferir eventuais distinções no critério de racionalidade dos sistemas de proteção.

²⁸ Isso será explorado nos capítulos 03 e 04.

Os diálogos provocam inquietações²⁹ e críticas³⁰, todavia não há ainda segurança quanto aos limites e possibilidades desse fenômeno, especialmente em suas vertentes vertical e entre cortes internacionais. Veja-se, por exemplo, a citação de precedentes estrangeiros como elementos de poder³¹ ou como traduções sem as devidas adaptações³² ou sem o cuidado de separar *ratio decidendi* e *obiter dicta*.

Esta dissertação não pretende resolver a questão afeita às leis de anistia, mas preencher um espaço de reflexão concernente à TAJ em contextos multinível. Desse modo, propomos uma discussão suplementar à TAJ, especialmente na análise e na avaliação de decisões, servindo-nos dos férteis casos de anistia como pano de fundo.

Os capítulos

O C01 aborda o cenário em que se insere a discussão do contexto multinível, precisamente no SIDH. Nesse capítulo a abordagem é fundamentalmente descritiva, realizando, todavia, um leve flerte com as perspectivas teóricas retórico-argumentativistas. Trata-se de um quadro geral dividido entre instituições e ordem jurídica internacional.

Por sua vez, o C02 apresenta a TAJ como metodologia de trabalho e discussão. Como já ressaltado, trata-se da proposta teórica que pretende resolver a tensão fundante do Direito Contemporâneo: respostas corretas numa ordem

²⁹ Há quem enuncie a criação de um *ius commune* latino-americano a partir das decisões da CtIDH e do instituto do Controle de Convencionalidade.

Por exemplo, citamos Alvarado (2014) e García Roca et ali (2012).

³⁰ Neuman (2008), por exemplo, trata de forma bastante negativa eventuais efeitos do que chama de importações e exportações no SIDH.

³¹ As cortes são também analisadas sob a perspectiva política, ou seja, como sujeitos de poder em busca de proeminência e consolidação de seus respectivos escopos institucionais.

³² Steven Pinker (1994, pp. 27-32) trata da distinção entre idiomas pidgins e creolles. O primeiro ocorre num primeiro momento de deslocamento de um indivíduo com língua-materna (L1) diversa do ambiente no qual passa a interagir, por exemplo do próprio autor, nas grandes diásporas africanas forçadas para escravização nas Américas. Nesse momento inicial, vários idiomas são colocados lado a lado, o que prejudica sobremaneira a comunicação. Contudo, ainda na primeira geração haverá a adoção de uma forma linguística para a comunicação, de modo voluntário ou não. Então, o idioma geral mistura elementos linguísticos da língua-materna (L1) e da língua adotada (L2). Há comunicação, mas o grau de compreensão é bastante precário. O mesmo não ocorre no momento imediatamente posterior, o que o Professor aponta como possível já numa segunda geração. Nesses idiomas *creolles* há uma fusão de elementos linguísticos (L1 + L2) em função da criação de um novo idioma.

constitucionalista recheada de regras e princípios polissêmicos. O capítulo conduz a pesquisa ao primeiro degrau metodológica da TAJ, qual seja, a análise de decisões judiciais. Partiremos da escolha dos precedentes dado o contexto multinível no SIDH, relatando as correspondências tenazes com os ordenamentos nacionais. Em seguida, se propõe uma sucinta referência ao debate acerca da natureza e da relação entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, com especial atenção aos objetivos deste trabalho, afirmando o que denominamos matriz de direitos. Finalmente, realizaremos a análise propriamente dita, apontando a sua relevância na TAJ, sua função operacional e ressaltando as eventuais particularidades afeitas ao contexto multinível.

Finalmente, a pesquisa apresentará suas conclusões no C04. Aqui realizaremos uma síntese dos resultados encontrados ao longo do período de trabalhos, problematizando-os no cenário multinível. Referindo-nos à crítica teórica desde a noção iluminista de ciência (particularmente especial tanto ao DIDH quanto ao alvorecer do jusnaturalismo racionalista) até o conceito moderno de ciência no escopo positivista próprio do Direito do século XX. Trata-se da premente necessidade de uma racionalidade distintiva deste nosso tempo, a qual nos conduzirá, por fim, à busca de novos desenvolvimentos teóricos e práticos, não tanto ao Norte, mas a uma cosmovisão pragmaticamente centrada na complexidade dos contextos regionais de Direitos Humanos. As cortes realmente respondem aos ônus argumentativos na tensa relação multinível de modo racional?

Conclusivamente, ao longo deste trabalho compreenderemos que *el derecho es una gran acción colectiva que transcurre en el tiempo* (Nino, 1993). Por isso, tanto a academia jurídica quanto as práticas jurídicas em geral estão sujeitas ao perene desenvolvimento dialético-constutivo de seu manancial teórico, numa relação bifronte. Esperamos poder contribuir com esse desenvolvimento.

C01. CONTEXTO – DIREITOS E INSTITUIÇÕES

Tratamos aqui de uma discussão acerca dos limites e possibilidades do diálogo entre cortes judiciais.

Para evitar ambiguidades e para facilitar o percurso metodológico aqui desenvolvido, sugerimos de antemão a fixação de um conceito operacional³³ de diálogo. Como trabalho situado no tempo, esta dissertação nasceu em meio às crescentes discussões acerca da dialogicidade entre cortes, sistemas e cenários jurídicos. Cláudia Lima Marques explica o sentido de diálogo de fontes partindo de sua etimologia³⁴ e atribuindo ao Professor Erik Jayme (1995, p. 259), em seu curso na Haia em 1995.

Nesse sentido, trata-se da aplicação simultânea, carente e coordenada das plúrimas fontes legislativas, leis especiais e gerais, com campos de aplicação convergentes, mas não mais iguais³⁵. Percebe-se, portanto, se tratar de diálogo para

³³ Por que conceito operacional? Tal como desenvolveremos a seguir, há uma noção tradicional de direito e de ciências sociais na qual prevalece a certeza metodológica. Essa perspectiva nasce com o Iluminismo, se potencializa com o cartesianismo e se consolida com o positivismo. Entretanto, as perspectivas contemporâneas, especialmente a linha de pensamento desenvolvida no âmbito do Grupo de Pesquisa Retórica, Argumentação e Juridicidades, com os trabalhos da Professora Roesler (2014) e com o Professor Reis (2018) apontam para os riscos e limitações do método moderno de ciência. Assim, um conceito há de ser desenvolvido, mas empregamo-lhe o adjetivo operacional para indicar a falseabilidade e a restritividade metodológica. Desse modo, diz-se do Direito como ação cooperativa e o conceito de diálogo aqui desenvolvido se volta exclusivamente aos intentos metodológicos deste trabalho. Sujeita-se, finalmente, a contínuas revisões e ressignificações, conforme os objetivos metodológicos e o caminhar do saber jurídico.

³⁴ Di = Dois ou mais

Logos = Lógica ou modo de pensar

Há, portanto, uma clara aproximação à Retórica aristotélica, uma vez que logos, juntamente de ethos e pathos, é um dos pilares do discurso.

³⁵ Erik Jayme, em seu Curso Geral da Haia, em 1995, ensinava que, em face do atual pluralismo pós-moderno de um direito com fontes legislativas plúrimas, ressurgiu a necessidade de coordenação entre leis no mesmo ordenamento, como exigência para um sistema jurídico eficiente e justo (*Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Recueil des Cours, II, pp. 60, 251...*). O uso da expressão do mestre, diálogo das fontes, é uma tentativa de expressar a necessidade de uma aplicação coerente das leis de direito privado, coexistentes no sistema. É a denominada „coerência derivada ou restaurada“ (*cohérence dérivée ou restaure*), que, em um momento posterior à descodificação, à tópica e à microrrecodificação, procura uma eficiência não hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a antinomia, a incompatibilidade ou a não-coerência. Diálogo porque há influências recíprocas, diálogo porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção pela fonte prevalente ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em

mencionar ramos jurídicos dentro de um mesmo ordenamento num cenário de descodificação e recodificação de microssistemas em constantes referenciação cruzada. Apesar de esclarecer nosso conceito operacional, não se confunde com ele.

Por outra via, o Professor Tercio Sampaio Ferraz Jr. explora o diálogo como ocorrência comunicativa e discursiva através da qual se desenvolve o fenômeno jurídico, particularmente nos âmbitos legislativo, judicial e dogmático³⁶. Aqui, o partícipe da situação (2015, p. 27) dialógica, ao interferir da discussão, sofre ele mesmo ações linguísticas reciprocamente. Classifica-se, portanto, a reação do ouvinte como um *dubium* na acepção de Quintiliano e, diametralmente oposta ao *certum*. Essa dúvida confere ao discurso dialógico um elevado grau de complexidade, projetando-se prospectivamente permitindo um controle das variações possíveis do discurso, delimitando-lhe o campo de flexibilidade e de capacidade de adaptação, de indiferença relativa a distorções e de tolerância quanto a contradições. (Ferraz Jr., 2015, p. 29)

Conseqüentemente, manifesta-se um caráter reflexivo com uma vocação transcendental, apesar de continuamente duvidosa e problemática. Cita-se claramente a aversão dessa modalidade discursiva à axiomatização³⁷. Assim, toda ação linguística pode ser questionada, bem como uma ação linguística primária não será atacada pelo ouvinte, de modo que as regras dialógicas se introduzem a partir da situação comunicativa, o que as torna imprevisível (Ferraz Jr., 2015, pp. 34-35).

Finalmente, afasta-se a noção idealista de *dialeghestai* como diálogo eterno³⁸. Contudo:

(...) não o diálogo, como modo de discurso, mas as estratégias do diálogo, dada a sua topicidade, são históricas no sentido de serem inseparáveis do momento situacional em que ocorrem, dele alimentando-se formal e materialmente. Os „topoi “, por sua vez, não

conflito abstrato - solução flexível e aberta, de interpenetração, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes). (Marques et alii, 2009, pp. 89-90)

³⁶ Em seu trabalho com o qual concorreu à Livre-docência na Universidade de São Paulo, o Professor dedicou ao discurso jurídico toda a Parte II do livro. Fixou primeiramente o caracteres gerais desse discurso para, em seguida, discorrer sobre ocorrências específicas (Judicial, Legislativo e Dogmática/Ciência do Direito).

³⁷ Típica do Conceito Moderno de Ciência do Direito.

³⁸ Entretanto, mantém-se a noção de *dialeghestai* como única e derradeira instância de controle como descrita em Viehweg (1953).

são, nesses termos, elementos ou entidades (quer exteriores, quer interiores ao discurso), mas resultados de uma operação, ou, ainda, não são inventários estruturados, mas operações estruturantes.

(Ferraz Jr., 2015, p. 37)

Por outro lado, Acosta Alvarado (2014) vê o diálogo entre cortes a partir da reunião de alguns elementos: 01) Confluência da humanização do Direito Internacional com o constitucionalismo nacionalista; 02) Fundamentos Normativos do SIDH³⁹; 03)

³⁹ Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno

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

Artigo 8. Garantias judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;
- b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
- c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
- d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
- e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
- f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
- g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;
- h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

Fundamentos Normativos nacionais⁴⁰; 04) Ferramentas jurisprudenciais⁴¹; Nesse sentido, se perceberia a formação de um *ius commune* latino-americano a partir dos diálogos construtivos entre as cortes.

Em paralelo, para Slaughter (2003) um dos mais importantes fenômenos recentemente experimentados no cenário jurídico é a globalização judicial. De acordo com essa ideia, existe uma crescente interação, formal e informal, entre os funcionários judiciais de todos os níveis e quadros, gerando uma comunidade global de juízes unidos pela busca por respostas comuns aos problemas comuns⁴².

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

Artigo 25. Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

2. Os Estados Partes comprometem-se:

a. a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;

b. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e

c. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

⁴⁰ 3.1) Hierarquia dos Tratados Internacionais de DHs (comentaremos a seguir);

3.2) Cláusulas de remissão em DHs (Exemplo do Art. 5º, §2º, da CRFB/88);

3.3) Cláusulas de interpretação conforme;

3.4) Normas nacionais sobre cumprimento de decisões supranacionais.

Sobre o ponto 3.4) o Art. 93 da Constituição do Equador: La acción por incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional.

⁴¹ (...) Su aparición explícita responde al deseo de armonización de los ordenamientos nacionales con los estándares regionales; (...) la CorteIDH estudia la adecuación tanto del comportamiento de los agentes estatales cuanto del ordenamiento nacional a las obligaciones interamericanas con el objetivo decidir si el Estado ha incurrido o no en responsabilidad internacional y, en consecuencia, determinar las secuelas de la violación (...) en virtud de este ejercicio y en relación con la validez de las normas nacionales, la CorteIDH ha ordenado reformas constitucionales ((Caso Olmedo Bustos vs. Chile, 2001)), ha decretado la incompatibilidad de varias leyes ((Caso Barrios Altos vs. Perú, 2001), ha pedido la modificación de tantas ((Caso Radilla Pacheco vs. México, 2009)) y ha condicionado la interpretación de algunas más. (...) (2014, pp. 71-72)

⁴² (...) as judges engage in this dialogue, however, they will be required to develop new understandings of comity that go beyond deference to foreign laws and interests. (...) This positive comity will require judges to develop a set of shared understandings and principles regarding when to defer to the adjudatory mechanisms of other states and international institutions. (...) (Burke-White, 2004, p. 974)

Desde os textos que provocam fagulhas na curiosidade dos mais distintos (e com cada um dos) públicos, podemos perceber o mesmo fenômeno dando conta em espaços mais diversos⁴³. Partiremos aqui das noções mais compreensivas da filosofia ocidental contemporânea e enxergaremos nossas cortes como sujeitos comunicativos e, em alguma medida, o próprio fenômeno jurídico como prática social discursiva⁴⁴.

Tomaremos o termo Concepção como um conjunto de respostas com um certo grau de articulação recíproca. Na cultura jurídica ocidental, Atienza (2013) indica três concepções centrais e duas, segundo ele, periféricas. Embora as trate como perspectivas teóricas sofisticadas, cita-se que o advogado, como militante da prática jurídica, ainda que não aprofunde o conhecimento dessas concepções, se vale delas diariamente em sua prática⁴⁵. A Teoria do Direito estruturou um caminho ao longo de cinco concepções principais: 01) Formalismo; 02) Positivismo; 3) Realismo; 4) Jusnaturalismo; 5) Ceticismo (Atienza, 2013, p. 22-30).

1) Formalismo⁴⁶: Descortinam-se regras preexistentes ao julgador/aplicador e um alto nível de previsibilidade. O raciocínio jurídico opera, portanto, dentro de certos limites. Há três formalismos clássicos: legalismo exegetico, Jurisprudência dos Conceitos e formalismo jurisprudencial de Langdell. Suas características principais são A) completude e coerência do sistema; B) o Legicentrismo; C) Certeza e previsibilidade; D) Regras gerais e abstratas; E) Pureza teórica do Direito. 7) Dedutivismo e silogismo clássico⁴⁷.

⁴³ Poderíamos nos perguntar se cada texto melhor dialoga com o que há de comum em cada um, sendo universalista na união, ou se o faz com as distinções de cada leitor, sendo plural nas diferenças. Talvez aqui já nos aproximemos mais de leituras decoloniais e desconstrutivistas a partir da conceitos de Aufhebung, subalternidade e Dialética.

⁴⁴ Atienza (2013) enxerga o Direito como argumentação e algo a mais. Por outro lado, as perspectivas retóricas do direito o veem como basicamente três níveis de comunicação: a) Retórica Material; b) Retórica Analítica; e c) Retórica Estratégica.

⁴⁵ Parece-nos faltar a devida problematização, seja através de referências seja por meio de maiores comentários no corpo textual, ainda que também nos chamem a atenção os aspectos empíricos da prática jurídica e o modo pelo qual advogadas e advogados parecem ter plena consciência de padrões mais ou menos previsíveis afeitos ao cotidiano jurídico.

⁴⁶ Dificilmente alguém se diz claramente formalista, mas é bastante comum ver posturas formalistas na prática forense.

⁴⁷ No início da parte 3.1, sobre o formalismo, identificamos o que parece ser uma estratégia do autor para se proteger de eventuais críticas. No trecho, ele ressalta a complexidade e a ambiguidade do termo formalismo, sem fazer a problematização que demanda. Da mesma forma, ele também não se preocupa a sustentar a colocação de que o raciocínio jurídico opera dentro de certos limites, tomando-a como alheia ao dissenso.

2) Positivismo normativista: Há um conjunto de normas criadas por atos humanos e identificáveis por critérios alheios à moral. Kelsen, por exemplo, propôs uma análise estrutural do Direito, vista sob o critério metodológica da pureza. Cresce espaço para um voluntarismo/prescritivismo no lugar de razão, gerando o chamado Emotivismo⁴⁸ ético radical. Por não haver relação lógica entre as normas há, conseqüentemente, impossibilidade de justificação racional. Hart, por sua vez, apesar de partir da filosofia da linguagem⁴⁹, teria pouco a ver com a TAJ. Dois pontos separariam Hart da TAJ: A) Teoria descritiva e geral do Direito; B) Discricionariedade judicial guiada por elementos extrajurídicos⁵⁰.

3) Realismo Jurídico: este se trata de outro positivismo, não jurídico, mas sociológico. Faz, portanto, uma forte oposição ao formalismo, não ao positivismo normativista.

4) Jusnaturalismo: Do seu papel de protagonista no passado, as concepções jusnaturalistas do Direito ocupam contemporaneamente um espaço especialmente periférico. No entanto, há perspectivas como a de Lon. L Fuller (1967), enxergando o Direito como um empreendimento dirigido a certas finalidades, que se aproximam de uma noção argumentativista⁵¹⁵².

5) Ceticismo Jurídico: Aqui se destaca a funcionalidade do direito como instrumento teórico de construção e mudança social, mas enquanto o marxismo clássico coloca o Direito como simples expressão da classe dominante⁵³, há correntes críticas que o mantêm aliado à noção de indeterminação realista, à crítica ao racionalismo e às perspectivas feministas.

Embora essas perspectivas tenham entrado em recessão, em maior ou menor grau, todas elas ofereceram contribuições importantes ao constitucionalismo. O

⁴⁸ Faz-se referência a Emotivismo Ético Radical sem dedicar-lhe mais esclarecimentos.

⁴⁹ Especialmente no contexto da academias Cambridge-Oxford, com Austin e Russel.

⁵⁰ Separação da TAJ: Direito partícipio, não gerúndio. Centralidade nos enunciados e não no uso deles.

Contudo, MacCormick parte de Hart para construir seus primeiros escritos de TAJ 1978.

⁵¹ Segundo Atienza, não se fizeram TAJs por conta do conservadorismo político, que enfatiza mais a ordem do que a justificação, do antiformalismo e da análise fortemente casuística do Direito.

⁵² Contudo, a perspectiva de Finnis (1998) chega a desenvolver uma teoria da argumentação de viés jusnaturalista, calcada nas exigências da razão prática com relação ao ser humano e prevendo a derivação do Direito a partir de princípios morais imutáveis (Atienza, 2013, p. 27)

⁵³ Há noções que defendem, ainda, que o Direito seria mera derivação da superestrutura econômica, destinado, portanto, a desaparecer com a revolução comunista.

Direito aqui é visto como argumentação e retórica, mas sobretudo como prática cotidiana de comunidades sociais.

Desse modo, embora haja várias compreensões do que seria diálogo nos campos conexos ao objeto desta pesquisa, entendemos operacionalmente adequado utilizar uma noção formada a partir da TAJ. Tratamos, portanto, de um certo grau de racionalidade entre as cortes, que devem articular decisões a partir de critérios preestabelecidos pelo ordenamento. Ao fazê-lo, criam e são criadas pelo Direito, mas sempre devem levar em conta o ônus colocado pelo contexto multinível em que operam. Assim, o diálogo vai além da referência cruzada e suscita articulação entre cortes e sistemas.

1.1. Direito Internacional dos Direitos Humanos

O iluminismo, com forte discurso jusnaturalista, reconhece que são direitos inerentes e que podem ser opostos ao Estado absoluto. São essas revoluções: A Inglesa (Bill of Rights), a Revolução de Virgínia e Independência Americana e a Revolução Francesa. Nesse momento temos a defesa do respeito à liberdade e igualdade entre os humanos. Essa mensagem faz nascer o universalismo, com forte conteúdo de direito natural (conjunto de regras extraídas da razão humana – jusnaturalismo de Hugo Grotius, pai do direito natural contemporâneo).

Depois das Revoluções Liberais, os DHs foram sendo positivados pelos Estados Nacionais (século XIX e primeira metade do século XX). Com isso deu-se aos DHs maior efetividade. No entanto, o positivismo normativista alheio a um modelo valorativo possibilitou a ascensão de sistemas políticos destruidores de DHs, como os totalitarismo nazista, fascista e stalinista. A reconstrução dos DH ocorre com a sua internacionalização, fase atual e que tem início com a criação da Carta da ONU.

Uma gramática básica dos DH salienta aqueles elementos característicos mínimos da matéria: universalidade, interdependência, indivisibilidade. A gramática avançada⁵⁴ é a ponderação, a solução de conflitos, o surgimento de novos direitos, a

⁵⁴ Os tratados de DH impõem ao Estado a obrigação de respeito e a obrigação de garantia, sendo a primeira o dever de cada Estado de zelar pela atuação dos seus próprios órgãos no sentido de que eles não violem os direitos protegidos, enquanto a obrigação de garantia consiste no dever dos Estados de agir para que terceiros não violem os direitos protegidos, de forma que a obrigação de respeito e garantia são complementares. Efetivamente os DH se desenvolvem ao

força expansiva dos DH (relação vertical e relação horizontal). A interdependência e a indivisibilidade consistem em reconhecer que os DH têm o mesmo regime jurídico de proteção e são relacionados.

Nasce aqui um debate sobre as assimetrias no regime dos DH: os direitos de 1ª geração⁵⁵ têm aplicabilidade e incidência imediatas; os direitos sociais são

longo da história como sendo importantes barreiras à ação indevida do Estado, sendo essa a fase liberal dos DH. Nesse sentido é sua eficácia vertical, direitos oponíveis ao Estado ou exigidos dele a partir do surgimento dos direitos sociais. Na década de 1950 nasce a discussão da incidência dos DHs nas relações particulares, para que não haja violações recíprocas de direitos. A incidência de direitos nas relações entre particulares ocorre em geral por lei, cumprindo o princípio da legalidade. Já na atualidade há a tranquila incidência imediata e direta dos DHs às relações entre particulares. Hoje se estendeu a aplicação dos DHs às relações em que uma das partes, embora privada, ocupa preeminência em relação a outra (eficácia diagonal). Essas perspectivas, desde a eficácia horizontal (*Drittwirkung* no Caso *Lüth*) até a eficácia diagonal vêm sendo difundidas pelas cortes nacionais e internacionais (BVG, CtIDH, CEDH...), evidenciado, portanto o diálogo perene entre as cortes e os respectivos ordenamentos para muito além da imperatividade tradicional do positivismo

⁵⁵ A teoria das gerações de direito é uma forma de classificar os DH. Quem a concebeu foi Karel Vasak, jurista francês de ascendência tcheca. Para Karel Vasak é possível classificar os direitos de acordo com o momento histórico e correlacionando-os aos pilares da Revolução Francesa: liberdade (direitos de 1ª geração, oponíveis contra o Estado, são direitos a prestações negativas); igualdade (direitos de 2ª geração, direitos sociais, direitos a prestações positivas); e fraternidade (direitos de 3ª geração, titularidade da coletividade, direito à paz, desenvolvimento, etc.). A absorção dessa visão pelo Brasil se mostra evidente no art. 225 da CR que diz que o direito ao meio ambiente é um direito da presente e futuras gerações que deve ser prestado por todos, não só pelo Estado. Para alguns, a bioética e a manipulação do genoma humano conduziram ao surgimento de novos direitos (4ª geração). Para outros, essa teoria merece crítica no sentido em que conduz ao entendimento de haver uma superação entre as gerações, que em verdade se complementam. Ademais, outros criticam sob o fundamento de que a teoria das gerações fragmenta e sugere que os regimes jurídicos são diferentes. Em primeiro lugar a ordem cronológica depende, pois em direito internacional os direitos trabalhistas vieram antes dos direitos tradicionais, como o direito à liberdade, integridade física, etc.; em segundo lugar, o direito à vida, para a CIJ está em todas as gerações (vida digna, vida em paz, etc.). Então essa teoria não se justifica mais atualmente. Obrigações decorrentes de direitos civis e políticos e obrigações decorrentes de direitos econômicos, sociais e culturais. A reserva do possível é interpretação do alcance dos direitos sociais surgido na Alemanha, segundo a qual os direitos sociais são limitados ao desenvolvimento econômico. A reserva do possível se casa com maestria na visão dos DIDH quanto aos direitos sociais, aqueles que exigem uma prestação positiva do Estado, de forma que temos obrigações decorrente dos direitos sociais, econômicos e culturais menores das decorrentes dos direitos civis e políticos, em que pese não haver diferença ontológica entre eles. O DIDH superou essas diferenças entre essas obrigações em dois momentos: sofisticando o sistema de proteção desses direitos, pela edição do pacto de direitos civis e políticos, que não tinha pacto facultativo que permitisse ao comitê de direitos sociais, econômicos e culturais a análise de petições de vítimas de violação a direitos sociais (embora houvesse o comitê de DH que poderia receber essas petições) e agora já há esse protocolo facultativo, permitindo às vítimas de peticionar por violação de direitos sociais. A segunda alternativa de superação dessas diferenças é pela via da interpretação, pois há luta pela igualdade entre as garantias decorrentes dos direitos civis e políticos e as decorrentes dos

submetidos ao desenvolvimento progressivo e reserva do possível, havendo desrespeito à gramática básica que fala da indivisibilidade e interdependência. Assim, a obtenção de um mesmo regime jurídico é ainda meta a ser alcançada, mas já tem havido grandes progressos em âmbito internacional se observarmos a jurisprudência da CIJ, a qual já reconhece conteúdo social nos direitos civis e políticos que são de incidência e vinculação plenas.

O direito a vida não pode ser violado, mas o direito à vida digna traz um conteúdo social a um direito de aplicabilidade imediata. A superação da fratura entre o regime jurídico dos direitos civis e políticos e sociais se deu de maneira consciente pela jurisprudência da CIJ e outras organizações internacionais.

O universalismo, interdependência e indivisibilidade constam de dois diplomas de soft law: a Proclamação de Teerã (I Conferência Internacional de DH de Teerã) e Declaração e Programa de Ação de Viena, fruto da participação de mais de 170 Estados que então reconheceram essas três características aos DHs. A força expansiva dos DHs significa que eles não são exaustivos, mas exemplificativos (abertura dos DHs).

A proibição do retrocesso, entrincheiramento ou efeito *cliquet* consiste na diminuição da proteção já ofertada a determinado direito. É uma característica importante para proteger os direitos sociais, mas pode ser usado também para direitos políticos. A dimensão objetiva é característica dentro da gramática avançada dos DHs que consiste no reconhecimento de que os DHs não apenas estabelecem faculdades aos indivíduos (dimensão subjetiva), mas também direitos de proteção aos Estados.

Não é necessário sequer que o dever de proteção seja expresso, ele pode ser implícito e daí nasce importante interpretação da área dos DHs no sentido de exigir uma conduta ativa do Estado e combatendo a chamada proteção deficiente, o que é visto quando o Estado se omite na proteção do direito à vida alegando que quem está violando esse direito é um esquadrão da morte, liderado por particulares, ou se omite em coibir a violência doméstica. Daí o Brasil ter sido condenado no contexto de

direitos econômicos e sociais. Os direitos civis são todos os direitos que dizem respeito à personalidade, capacidade e estado da pessoa. Os direitos políticos são aqueles que possibilitam a participação do indivíduo na formação da vontade do Poder. Os direitos sociais são direitos a prestações quando o indivíduo não tenha condições de assumi-las por si só. Os direitos econômicos são direitos de intervenção, quando o indivíduo é tido na ótica produtor/fornecedor. Já os direitos culturais são os direitos ao reconhecimento de construções de padrões, identidade, próprios de determinado povo e cultura.

violação de direito por particulares devido a sua conduta omissiva (caso Maria da Penha).

A eficácia horizontal ou eficácia dos DH entre particulares surge a partir de uma nova percepção dos DH, que passam a ser vistos como fundantes do ordenamento jurídico. A eficácia horizontal consiste no reconhecimento de que os DH incidem nas relações entre particulares. A doutrina mais tradicional vê que a eficácia entre particulares deveria ser feita de forma mediata (por lei), porque o princípio da liberdade adaptada ao direito é o princípio da liberdade regrada: ninguém é obrigado a fazer nada senão em virtude de lei.

Por fim, dentro da gramática de DH avançada, temos que DH são passíveis de limites, limites esses que se dão pela colisão de outros direitos ou pela própria redação do texto que define esses direitos: liberdade de expressão, exceto o anonimato. Há ainda os limites implícitos, quando nasce o conflito de direitos.

Para a Teoria Interna, os limites dos DH são redigidos explicitamente ou implicitamente (limites imanentes) no próprio texto da norma⁵⁶. Já a Teoria Externa, defende que os DH são limitáveis em duas etapas: pela leitura do direito *prima facie*, quando se verifica se a conduta se encaixa no direito, e uma segunda etapa, na qual verificamos que a conduta pode entrar em conflito com outro direito⁵⁷. Nesse exemplo a resposta dada por ambas as teorias foi a mesma, mas em *hard cases* que fica mais claro que a teoria externa é mais adequada, por gerar maior previsibilidade e segurança social das decisões.

Por fim, temos a indisponibilidade, a qual é cada vez mais questionada pela doutrina como característica dos DH. A indisponibilidade consiste na proteção de um direito mesmo contra a vontade do seu titular. Aqui o debate envolve o paternalismo jurídico. No caso da eutanásia ou do suicídio assistido vemos claramente como esse debate é atual. A visão mais contemporânea é aquela que reconhece não como indispensável a indisponibilidade, mas sim a autonomia. Ou seja, somente quando não existir renúncia válida pode se alegar a indisponibilidade.

⁵⁶ A exemplo da situação de entrar em recinto fechado e gritar “fogo!”, o que não é abrangido pela liberdade de expressão, a qual nunca abarcou conduta mentirosa que possa colocar pessoas em risco.

⁵⁷ No caso de gritar fogo, *prima facie* não haveria violação alguma, mas em uma segunda etapa essa conduta estaria violando o direito à integridade física.

Ocorre que esse campo, como típico setor de prática social não gerou consenso acerca de um ponto histórico exato de seu desenvolvimento. André de Carvalho Ramos claramente aduz que não há pontos exatos para nascimentos de disciplinas jurídicas. Concordamos com ele e vemos que o desenvolvimento do DIDH é um processo histórico-social que segue seu curso tendo alcançado em certos momentos altos níveis de impregnação e projeção (Carvalho Ramos, 2015).

Quiçá o momento histórico com mais elevado nível de consenso acerca da projeção do DIDH se desenvolveu a partir de uma resposta institucional à capitulação da *Wehrmacht*⁵⁸ alemã e ao quadro político-valorativo escancarado com os anos de guerra total.

Inicialmente, o instrumento normativo da DUDH teve uma pretensão de universalização de ideias fundamentais para a vida, a liberdade e a igualdade entre as pessoas. Tratava-se ali do chamado instrumental mínimo para o bom-viver. A DUDH é tida como gramática regulativa mínima dos DHs na órbita internacional⁵⁹.

A ONU e a urgência pela superação das deficiências da Liga das Nações sintetizaram uma necessidade por novos direitos e um novo sistema protetivo. Evidentemente, as discussões tomadas nos julgamentos de Nürnberg e Tóquio formaram boa parte das diretrizes dos novos direitos humanos.

O Direito Internacional precisava ser urgentemente revisto em vários pressupostos clássicos, sobretudo quanto ao viés contratual e intersubjetivo dos tratados e convenções⁶⁰. Ao longo dos anos, passaram a se consolidar três sistemas regionais de Proteção Internacional de Direitos Humanos e o Sistema Global consagrado na cúpula da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas.

Em geral, historiadores e juristas alocam o nascimento do DIDH no período imediatamente posterior ao fim da Segunda Guerra Mundial, em 1945. Esse momento deu à luz uma ampla cultura de proteção, consolidação e sedimentação dos Direitos

⁵⁸ Forças Armadas.

⁵⁹ Pode-se perceber desde as discussões da Carta da ONU e da DUDH o papel de sujeitos tradicionalmente sem voz e representantes da periferia global, como a recentemente homenageada diplomata brasileira Berta Luz. <https://news.un.org/pt/story/2018/05/1624222> Acesso em 23.05.2018.

⁶⁰ Tradicionalmente, apesar da pretensão de internacionalidade e de globalismo, o Direito Internacional abraçou um caminho de bilateralidade obrigacional mais semelhante a um Direito Civil entre estados que a um Direito Constitucional supraestatal.

Humanos, paralelamente nas ordens internacional (com prevalência da ONU⁶¹) e nacional (A supremacia da Constituição e dos Direitos Fundamentais).

Além dessa linha de pensamento, nasceram os sistemas regionais de proteção na América, na Europa e na África⁶², os quais são dotados de instituições, direitos materiais e procedimentos específicos. Cada sistema se concentrou nas fronteiras dos países membros de seus respectivos tratados constitutivos, definindo questões candentes dentro e fora dos estados, em nome da proteção dos Direitos Humanos⁶³.

Considerada nossa agenda teórica⁶⁴, esse plano histórico-institucional será abordado sob um viés discursivo, especificamente através das três categorias semióticas: semântica, sintática e pragmática⁶⁵.

O DIDH é consequência de milhares de anos de sucessivas ações discursivas que conferiram à humanidade o mais alto patamar axiológico-normativo dentro e fora dos estados-nacionais. Seu alvorecer metodológico, ou seja, como disciplina jurídica, seguiu o próprio Direito Internacional com mecanismos de proteção (treaty bodies) e tribunais internacionais, configurando largas redes interseccionais⁶⁶ de proteção dos DHs. O DIDH tem antecedente no DIP: proteção diplomática; luta por direitos

⁶¹ Protagonista do Sistema Global de proteção de DHs.

⁶² Curiosamente, além do continente europeu os outros dois que consagraram sistemas regionais de proteção de DHs são formados majoritariamente por ex-colônias europeias, no caso americano por ex-colônias portuguesas, espanholas, francesas e britânicas.

⁶³ Fato histórico interessante é que o SIDH tem antecedentes preliminares ao sistema europeu, tanto do ponto de vista político com as conferências pan-americanas desde o século XIX e com a proclamação da DADDH, anterior à própria DUDH.

⁶⁴ Ao longo desta dissertação mais se dirá a respeito das Teorias da Argumentação e sobre as perspectivas Retóricas no Direito. Por ora, basta levar em conta o fenômeno discursivo-jurídico como prática social.

⁶⁵ Embora não se trate exatamente das mesmas coisas, a própria Teoria da Argumentação Jurídica, fundamentada na noção moderna de racionalidade, revela em suas dimensões (formal, material e pragmática) uma certa equivalência funcional entre as respectivas categorias.

⁶⁶ Intersecção aqui é tratada no sentido geométrico, ou seja, como lugar geométrico no qual se interceptam outras figuras, mantendo um espaço comum.

específicos; direito de minorias; e direito do trabalho⁶⁷⁶⁸ sendo todos esses anteriores à Carta da ONU.

As principais distinções entre Proteção Diplomática⁶⁹ e o DIDH são a dependência da nacionalidade⁷⁰, a titularidade⁷¹. Para o DIP, direito das minorias pode ser definido como direito de um agrupamento numericamente inferior com traços culturais distintivos do agrupamento majoritário. Ganha relevância internacional com o fim da 1ª Guerra Mundial quando houve desmembramento dos impérios centrais (Alemanha, Áustria-Hungria, Turco-Otomano, Russo...⁷²).

A Liga das Nações estimulava que direitos das minorias fossem estabelecidos diretamente nos Tratados para os indivíduos, com algum mecanismo de controle internacional desses direitos. O maior exemplo desses Tratados é o Germano-Polonês, de 1922, que estabelecia direitos diretamente aos indivíduos e a missão de supervisão da Liga das Nações. Possuía um alto-comissariado das minorias, o qual podia exigir pareceres consultivos da CPJI sobre os direitos dos indivíduos. Podia haver processo de um Estado contra outro e indivíduos podiam peticionar à Corte. Ainda estava longe dos DH na medida em que assegurava tais direitos apenas às minorias, sendo nesse sentido discriminatório.

A proteção internacional é consagrada com a Carta da ONU e com a DUDH. A Carta da ONU traz as finalidades dessa organização internacional, dentre as quais está a Proteção Internacional dos Direitos Humanos. A Carta da ONU possui sete

⁶⁷ Particularmente com a expansão do modelo OIT. Curiosamente, pode-se perceber a consolidação de vários direitos sociais de base trabalhista inclusive nos países capitalistas. Do mesmo modo, o direito previdenciário nasceu na Alemanha unificada com a tentativa de Bismarck de resguardar o novo Estado prussiano das investidas ideológicas de esquerda. Dar os anéis e não perder os dedos.

⁶⁸ A OIT foi criada por Pacto da Sociedade das Nações como reação ao Comunismo. O objetivo era criar um parâmetro internacional de proteção dos direitos dos trabalhadores para evitar a expansão da Revolução Comunista.

⁶⁹ Convenções de Viena sobre Proteção Diplomática e Consular.

⁷⁰ Enquanto o DIDH é universal e irrestrito, a Proteção Diplomática se atém aos nacionais de determinado país.

⁷¹ No DIDH, a titularidade é de cada indivíduo, especialmente vinculada à dignidade da pessoa humana no modelo Kantiano. Por outro lado, a Proteção Diplomática é de titularidade estatal e funciona como desdobramento da soberania (Bodin-Hobbes).

⁷² Havia receio de que ferir os direitos dos Alemães iria gerar guerra com a Alemanha, da mesma forma que a partir de 2014 entre Ucrânia e Rússia. Na verdade, a Anschluss (Anexação) e toda a política expansionista inicialmente adotada por Hitler tinha como mote a proteção de minorias alemãs.

passagens que demonstram o apelo aos DHs: no preâmbulo⁷³ e especialmente no artigo 55, “c”⁷⁴. É um diploma compromissário⁷⁵, albergando valores contrastantes, de forma que o art. 2º, §7º⁷⁶ estabelece que nada na Carta da ONU pode ser invocado

⁷³ NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla. E para tais fins praticar a tolerância e viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos, e unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais, e a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição dos métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum, a empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos. Resolvemos conjugar nossos esforços para a consecução desses (sic) objetivos. Em vista disso, nossos respectivos Governos, por intermédio de representantes reunidos na cidade de São Francisco, depois de exibirem seus plenos poderes, que foram achados em boa e devida forma, concordaram com a presente Carta das Nações Unidas e estabelecem, por meio dela, uma organização internacional que será conhecida pelo nome de Nações Unidas.

⁷⁴ Artigo 55. Com o fim de criar condições de estabilidade e bem estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão:

- a) níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social;
- b) a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, sanitários e conexos; a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional; e
- c) o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

⁷⁵ Como a própria CRFB/88, a Carta da ONU conciliou em seu texto uma vasta série de interesses, projetos e cosmovisões distintas e conflitivas.

⁷⁶ Artigo 2. A Organização e seus Membros, para a realização dos propósitos mencionados no Artigo 1, agirão de acordo com os seguintes Princípios:

1. A Organização é baseada no princípio da igualdade de todos os seus Membros.
2. Todos os Membros, a fim de assegurarem para todos em geral os direitos e vantagens resultantes de sua qualidade de Membros, deverão cumprir de boa fé as obrigações por eles assumidas de acordo com a presente Carta.
3. Todos os Membros deverão resolver suas controvérsias internacionais por meios pacíficos, de modo que não sejam ameaçadas a paz, a segurança e a justiça internacionais.
4. Todos os Membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a dependência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas.
5. Todos os Membros darão às Nações toda assistência em qualquer ação a que elas recorrerem de acordo com a presente Carta e se absterão de dar auxílio a qual Estado contra o qual as Nações Unidas agirem de modo preventivo ou coercitivo.
6. A Organização fará com que os Estados que não são Membros das Nações Unidas ajam de acordo com esses Princípios em tudo quanto for necessário à manutenção da paz e da segurança internacionais.

para justificar a interferência no domínio reservado dos Estados, mas o que seria o domínio reservado dos estados⁷⁷.

Uma questão fundamental sobre o DIDH é o porquê de os Estados o aceitarem. Sobre esse ponto, algumas alternativas se oferecem: como forma de repúdio às barbáries totalitaristas; uma forma de se buscar legitimidade interna, mostrando à população que não comungam da violação de DHs⁷⁸; consagração da busca estatal por legitimidade internacional⁷⁹; resposta estatal a manifestações da opinião pública interna⁸⁰.

As características do DIDH são: A) Natureza objetiva dos tratados de DHs⁸¹; B) São direitos de todos⁸²; C) Existência de mecanismos internacionais de proteção de DHs⁸³; Os DHs nascem na esfera internacional de duas formas: através do trâmite de criação de Tratados de DH (negociação de Tratados) e através da interpretação internacionalista, a qual extrai novos conteúdos e direitos dos tratados celebrados.

A consequência da internacionalização dos direitos é que eles passam por grande fase de expansão. A responsabilidade primária da proteção de DH é do Estado. O DIDH só irá se subsidiariamente, de modo que uma vítima de violação a DH somente pode acionar as instâncias internacionais depois de provar que o Estado se omitiu em

7. Nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado ou obrigará os Membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do Capítulo VII.

⁷⁷ Ser ou não matéria afeta ao direito internacional é matéria relativa, segundo a CIJ, então os próprios Estados é que devem reclamar a reserva de jurisdição interna, de forma que os DIDH não são matéria de jurisdição interna dos Estados.

⁷⁸ Esse linha de raciocínio se problematiza em momentos de recrudescimento político e de crescimento de noções conservadoras e extremistas que veem nos DHs um pacote teórico e prático nocivo à proteção social.

⁷⁹ Segundo Celso Lafer: num mundo de polaridades definidas, os Estados precisam ter um espaço mínimo de diálogo, que é a preservação dos DH.

⁸⁰ Nesse sentido, poderíamos enxergar a expansão do DIDH se aproximando do que se trata em direito penal por inflação legislativa, simbolismo penal etc.

⁸¹ Opondo-se à natureza sinalagmática, na objetiva os Estados assumem deveres e os indivíduos é que têm direitos.

⁸² Independentemente de religião, nacionalidade, opção política etc., o que importa é a natureza humana.

⁸³ Há a sobreposição dos sistemas global (político, unilateral, quase judicial e mediatamente judicial), bem como dos sistemas regional (Interamericano, Europeu e Africano), além dos tradicionais.

exercer a proteção (a vítima deve provar o esgotamento prévio dos recursos internos⁸⁴⁸⁵).

Diversamente do que aconteceu no Direito Privado e no Direito Público, o regime de direito comum no DIDH acabou tomando um caminho particular. No Direito Privado, tem-se o Direito Civil como Direito Comum, ou seja, dele decorre a maior relevância normativa e interpretativa aos ramos correlatos, servindo-lhes de fenômenos como a interpretação subsidiária. Por outro lado, o mesmo se pode dizer ao Direito Administrativo, que como Direito Comum público serve para colmatar eventuais dificuldades em outros ramos, por exemplo no Direito Financeiro, Tributário, Ambiental, Minerário, Regulatório etc. Quanto ao DIDH, embora seja mais recente que o DIH, que o DIR e que o DIM, acabou se tornando o sistema geral, no qual os demais bebem referências⁸⁶.

O regime de proteção do DIDH seria a regra geral, o conjunto de normas que estabelecem direitos aos indivíduos e mecanismos internacionais de supervisão e controle do Estado. O DIDH possui, então, o direito dos indivíduos e uma parte processual, o sistema que assegura esses direitos. Os demais são segmentos que se preocupam com determinadas parcelas de direitos dentro dos DH⁸⁷.

Com o passar do tempo, se enxergou mais uma forma de tutela dos DHs, ainda que de modo mediato e ainda sujeito a certa polêmica. O Direito Internacional Penal tem origens no Tratado de Versalhes.

O DIH é também chamado de direito internacional dos conflitos armados e surge no Século XIX quando 40 mil pessoas morrem em batalha da França com o Império Austro-Húngaro. Surge então o CICV e a Suíça e outros Estados passam a se reunir

⁸⁴ A consequência do esgotamento prévio dos recursos internos é a natureza contra-majoritária da disciplina, ou seja, quando o Estado Democrático delibera sobre DH, espelha a vontade da maioria, de forma que quando um pleito chega no âmbito internacional ela está indo de encontro à vontade das maiorias.

⁸⁵ O esgotamento reforça o papel principal da jurisdição nacional, convence mais rapidamente os Estados a celebrarem tratados de DH, mas o Estados deveriam perceber que há sim casos de dispensa, algumas vezes previstas no próprio tratado, outras fruto da interpretação dos órgãos internacional. A CIDH possui tanto casos de dispensa previstos no sistema quanto casos de interpretação que ensejam a dispensa.

⁸⁶ Considerando ainda a posição do International Law, mais peculiar ainda se mostra a posição teórica do DIDH.

⁸⁷ Lex specialis.

para regular os direitos de guerra⁸⁸. A relação entre o DIDH e o humanitário é de complementariedade e especialidade.

O DIM aparentemente se esgotou depois da II Guerra quando houve séria limpeza étnica. No entanto, se percebe o seu renascimento com a emancipação de vários países, debate de secessão e em grandes conflitos como os da Iugoslávia, de Ruanda, de Serra Leoa, o Caso Darfur, no Congo etc. O direito maior das minorias é o de manter sua identidade cultural, manter seu próprio idioma⁸⁹.

Por mais óbvio que seja, precisamos reiterar: a violação de DHs é uma violação de norma internacional. Daí decorre o dever de responsabilidade, a qual consiste no dever de reparação dos danos causados pela violação prévia de norma internacional. A teoria geral da responsabilidade divide as normas em primárias e secundárias. As primárias são os DH e as secundárias os elementos da responsabilidade: reparação e sanção⁹⁰.

Os modos de apuração da responsabilidade internacional são: a) Unilateral: autotutela, modo pelo qual o Estado lesado, ele mesmo, detecta a violação e pede reparação e se o estado violador não presta a reparação devida, ele mesmo sanciona. Esse modo gera guerra de sanção porque o Estado infrator é apenas pretensamente infrator, já que há aqui julgamento em causa própria. É muito comum que o suposto Estado infrator recuse a imputação de violação. Ex.: embargo econômico a Cuba. b)

⁸⁸ Jus in Bellum, especialmente restrições e condições em que certas armas podem ser usadas, além dos direitos dos combatentes (Direito de Genebra).

⁸⁹ Em estados pluriétnicos como o Brasil, no qual existem mais de 300 idiomas dispersos em comunidades tradicionais, o DIM toma um patamar de relevância ao lado do Direito Constitucional. Sobre o tema, pode-se citar o progresso paradigmático no Direito Indigenista entre as Resoluções 107 e 169 da OIT. Nesta última, consagram-se direitos de autodeterminação, consulta e autonomia às comunidades indígenas tradicionais. Do mesmo modo, o Art. 68 do ADCT da CRFB/88 defere aos remanescentes de quilombos um escopo jurídico diferenciado em relação à sociedade majoritária, o que também atrai a incidência de ramos como o DIM.

⁹⁰ Elementos: a) Fato internacionalmente ilícito: conduta omissiva ou comissiva que consista em violação a DH e a qual seja imputada ao Estado. Os atos que podem ensejar a responsabilidade do Estado por violação a DH são: - atos do Poder Executivo (o Estado não pode arguir ato ultra vires, que não deu ordens para que o ato fosse realizado, pois há culpa no mínimo in vigilando ou in eligendo); - ato do Poder Legislativo (até mesmo do Poder Constituinte Originário); - ato do Poder Judiciário (denegação de justiça – delonga injustificada ou barreiras no acesso à justiça - ; e justiça equivocada – isso é polêmico, mas há quem defenda que a decisão injusta enseja responsabilização por violação a DH); - ato de ente federado (não se aceita a cláusula federal); - ato de particular (o Brasil responde desde que tenha conduta própria no contexto da realização do ato de particular) b) Dano: é inclusive dano moral, por presunção absoluta. c) Nexa causal: fato que ensejou o dano. Não se discute mais o estado anímico do agente.

Coletivo ou Institucional: o modo coletivo ou institucional é o que averigua a violação a DH a partir da existência de procedimento no qual há avaliação feita inclusive com a interferência de terceiros.

É importante destacar aqui a proximidade entre DH e Direito Penal⁹¹, porque de um lado os DH restringem o jus puniendi estatal (vedação ao excesso) e por outro lado o Estado não pode se desvencilhar o direito penal para proteger os DH, havendo então uma via de mão dupla⁹².

1.2. Sistemas de Proteção de Direitos Humanos

Segundo o Professor André de Carvalho Ramos (2014), o Processo Internacional de DH⁹³ é expressão doutrinária que retrata o conjunto de mecanismos internacionais que analisam a situação de DH de um país, eventualmente detectam uma violação, e fixam a reparação devida.

1.3. Sistema Global de Proteção de Direitos Humanos

O sistema global consiste no conjunto de mecanismos internacionais de supervisão e controle das obrigações de DH baseado na Carta da ONU ou em

⁹¹ A função do direito penal na área dos DH é a de prevenção (O Brasil adota a dita teoria eclética da função da pena: retribuição, prevenção e reparação), tanto específica quanto geral. Na proteção penal dos DH buscamos a não repetição das condutas, pois a impunidade é fator criminógeno, pois a fragilidade da investigação, da persecução e no processamento de infrações pode estimular a prática de novas infrações. Sua fundamentação remonta a Beccaria, quando se percebe que não é a sanção abstrata que vai desestimular o criminoso, mas a certeza de sua punição.

⁹² Alguns crimes com importantes relação com a proteção internacional dos DH:
Apartheid: luta histórica dos DH pela igualdade (todos nascem livres e iguais);
Tortura: os DH defendem a integridade física e o combate à tortura é norma de jus cogens;
Desaparecimento forçado: reúne diversas violações a DH (liberdade, integridade física, integridade psíquica, vida, etc.);
Genocídio: viola direito à vida, mas também direitos culturais;
Trabalho e comércio de escravos: direito à vida e liberdade;
Crimes de Guerra e Crimes contra a Humanidade: vários direitos em risco.

⁹³ Quanto um órgão internacional se debruça sobre uma situação qualquer, como o tratamento dado pelo Brasil à saúde, educação, integridade física, etc., é essencial que o órgão internacional interprete o que entende por saúde, educação, integridade física, etc., pilar importantíssimo para o universalismo dos DH (universalismo in concreto).

Tratados celebrados nos auspícios da ONU⁹⁴. Os Tratados mais relevantes no DIDH são:

- 01) Convenção pela Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio⁹⁵ (1948);
- 02) Convenção para Eliminação de Toda Forma de Discriminação Racial⁹⁶ (1965);
- 03) Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos⁹⁷ (1966);
- 04) Pacto Internacional de Direitos Econômicos e Sociais (1966);
- 05) Convenção pela eliminação de toda forma de discriminação contra a mulher (1979);
- 06) Convenção contra a tortura e toda forma de tratamento degradante, desumano ou cruel (1984);
- 07) Convenção dos direitos da criança (1990);
- 08) Convenção da ONU dos direitos dos trabalhadores migrantes⁹⁸;
- 09) Convenção da ONU sobre direitos das pessoas com deficiência⁹⁹;
- 10) Convenção da ONU sobre o desaparecimento forçado¹⁰⁰.

⁹⁴ A ONU é uma organização criada pela Carta de São Francisco de 1945, a qual coloca como um dos seus objetivos principais a proteção e promoção dos DH e desde então houve grande desenvolvimento dessa matéria no âmbito dessa organização. A ONU agiu em dois planos: estimulou órgãos internos a agir na fiscalização dos DH e estimulou os Estados a firmarem Tratados na área.

⁹⁵ Consagrado a partir do Estatuto de Londres, que criou o Tribunal de Nuremberg . É crime jus cogens. A Convenção prevê a criação de um tribunal para julgar esse crime, mas o tribunal nunca foi criado (atualmente o TPI julga esse crime).

⁹⁶ a guerra fria atrasou a produção de novos tratados. Com o surgimento de novos países independentes, houve pressão na ONU por uma maior preocupação com DH, especialmente a autodeterminação dos povos e a igualdade. Esses países percebendo que tanto África do Sul quanto Rodésia tinham forte apoio do Reino Unido e EUA (Mandela ficou anos na lista de terroristas dos EUA) tentam isolar os países desenvolvidos aprovando tratados de DH sobre igualdade, sendo o do combate a discriminação racial o primeiro deles.

⁹⁷ Durante a guerra fria cada bloco ficou com os direitos que achavam mais importantes e esse tratado coube aos países capitalistas enquanto o próximo os socialistas. Por isso não há um único tratado de DH, mas diversidade de tratados, que muitas vezes são redundantes (todos preveem a igualdade, por exemplo). Mas além da diversidade, há também foco, há várias desigualdades que muitas vezes são invisíveis, por isso é importante o surgimento de novos tratados, como a convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência.

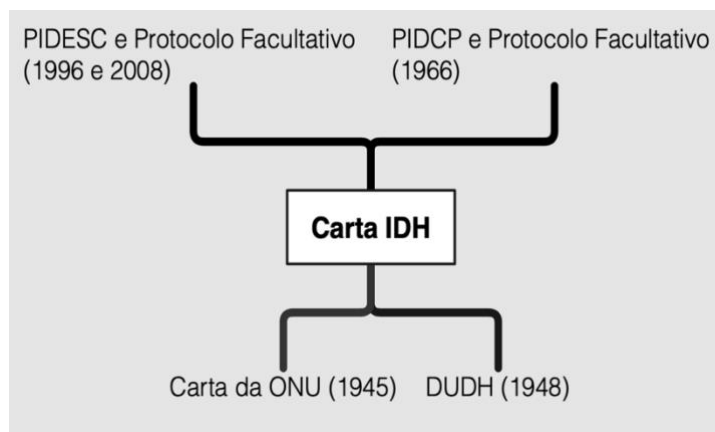
⁹⁸ A única que não foi ratificada pelo Brasil dentre as grandes convenções de DH.

⁹⁹ O Brasil a adotou com o rito especial de Emenda à Constituição criado pela EC45/2004, portanto, se trata de convenção com status formal e materialmente constitucional.

¹⁰⁰ Cada uma dessas convenções, desde a convenção sobre eliminação da discriminação racial, possui mecanismo de supervisão e controle próprio, com órgão interno que exerce essa função. Somente a convenção sobre o crime de genocídio é que não possui órgão de supervisão e controle próprio.

Assim, se possibilitou a expansão do que seria a Carta Internacional de Direitos Humanos, nos moldes de 1948. Inicialmente, a intenção era positivar um tratado único que englobasse todos os Direitos Humanos relevantes e essenciais. A Carta da ONU, em 1945, abriu um novo caminho na proteção internacional dos DH, posteriormente se sofisticando com a DUDH, que consagrou expressamente um vasto rol de direitos universais. Mas a divisão clássica entre direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais correspondeu ao meio mais adequado politicamente para a assinatura das convenções.

Descortinou-se o Parâmetro geral de proteção, qual seja a Carta IDH. Ao longo dos anos, contudo, foram se criando novos tratados temáticos e ampliando a rede de proteção global.



A DUDH, também chamada Declaração de Paris, foi aprovada por Resolução da AGONU em 10 de dezembro de 1948. Possui 30 artigos sobre direitos civil e políticos, direitos sociais e possibilidade de ponderação. Para aquele momento histórico foi um documento extremamente completo, chegando a falar inclusive que todos têm direito a condições mínimas para sua subsistência (o que a literatura somente décadas depois vem chamar de mínimo existencial).

O problema inicial da DUDH está na definição da sua natureza jurídica. Isso porque a resposta adequada deve ser dada em dois tempos: a DUDH foi aprovada por meio de resolução da Assembleia Geral da ONU, que em regra não tem força vinculante, de forma que em 1948 a declaração não passava de uma recomendação, soft law.

No entanto, essa não é mais a posição majoritária. Isso porque décadas depois, os Tribunais Internacionais consideram que a resolução, hoje, pode ser tida como espelho do costume internacional de proteção dos DH. O problema, na verdade, é

que os Tribunais Internacionais só mencionam alguns direitos, então apenas parte da resolução, por ser espelho do costume internacional, é vinculante¹⁰¹.

Há uma terceira posição, entretanto, segundo a qual toda a DUDH vincula, por ser uma interpretação autêntica da Carta da ONU.

Quanto aos mecanismos de proteção, há dois sistemas: 01) Sistema convencional: a) convencional não contencioso; b) convencional contencioso quase judicial; c) convencional contencioso judicial; e 02) Sistema extraconvencional: conselho de DH e os procedimentos especiais; conselho de DH e RPU (revisão periódica universal); conselho de segurança dos DH.

O sistema convencional consiste no conjunto de processos internacionais de DH inseridos em tratados celebrados sob os auspícios da ONU. O sistema convencional não contencioso ou sistema dos relatórios tem relação com os Big Nine, os nove tratados de DH que têm em comum o fato de criarem um órgão de controle, que recebe o nome de comitê. O nome dos comitês acompanha o título do tratado em regra, a exemplo do comitê das pessoas com deficiência, comitê dos direitos da criança etc.

Dentro do sistema convencional não contencioso os comitês têm dupla função: emissão de comentários ou observações gerais, que nos dá a interpretação internacionalista de cada tratado, mas é mera recomendação; e analisar os relatórios periódicos dos Estados. Esse mecanismo é o mais rudimentar de supervisão e controle, os Estados meramente encaminham relatórios periódicos.

Os comitês são compostos por especialistas que apesar de indicados e escolhidos pelos Estados partes, assumem com independência a função. A análise dos relatórios, no Brasil, é feita pela Secretaria de DH, órgão da Presidência da República. O relatório é então enviado ao comitê específico. Há ainda o relatório-sombra (“shadow report”), o relatório da sociedade civil. No relatório oficial devem constar as conquistas e problemas em relação à implementação dos direitos protegidos. Ocorre que como em geral os Estados escondem problemas, os comitês começaram a chamar ONGs para elaborar os relatórios-sombra¹⁰².

¹⁰¹ Nesse sentido, há precedentes internacionais sobre liberdade, igualdade, devido processo legal, etc., mas não há por exemplo precedente sobre mínimo existencial, então enquanto aqueles direitos são costume internacional (vinculantes), este é soft law (não vinculante).

¹⁰² Os comitês aceitam ainda que órgãos estatais independentes participem na elaboração dos relatórios-sombra, como ocorre com a PFDC que participa junto com a CDHM da Câmara dos

Nesse contexto, há a discussão e inquirição pública, em Genebra, sede do ACNUDH. Em que pese não ter força vinculante os relatórios, muitas vezes essa é a única forma de olhar sobre os DH em determinado país, então tem sim sua relevância. O sistema convencional contencioso quase-judicial envolve uma pretensa violação a DH. A petição que afirma haver violação a DH pode ter origem de outro Estado parte (petição interestatal), mas em geral vem da vítima ou seu representante (petição individual). Esse sistema é aplicado aos mesmos tratados e comitês, mas traz como diferença ser facultativo, não bastando ser parte: tem que ser feita declaração facultativa ou Protocolo Facultativo.

Feita a petição¹⁰³, há procedimento bifásico perante o comitê: admissibilidade e mérito. Na admissibilidade serão analisados os requisitos para a apresentação de petição individual, sendo o principal o esgotamento prévio dos recursos internos. Superado isso, o Estado se defende e o comitê decide se o país violou ou não os direitos protegidos. Sendo a petição julgada improcedente, não há recurso para a vítima. Sendo julgada procedente, há polêmica quanto à deliberação. Como é uma declaração ou protocolo facultativo, alguns dizem que o país tem que cumprir a deliberação.

No caso Aline Pimentel, no entanto, o comitê de eliminação de discriminação contra a mulher condenou o Brasil a indenizar a família da vítima e a criar programas de pré-natal para as mulheres grávidas, mas afirmou que a deliberação era uma recomendação apenas, indo contra o que a doutrina defendia¹⁰⁴.

O sistema convencional contencioso judicial é assim denominado por ser originado dos tratados celebrados sob os auspícios da ONU, por violação de DH, e resolvido por tribunal. A CIJ¹⁰⁵ é sucessora da Corte permanente de Justiça Internacional e possui dois tipos de jurisdição: contenciosa e consultiva. A jurisdição contenciosa são casos que envolvem Estado autor contra Estado réu (não pode ter organização internacional nem vítima em nenhum dos polos); já a jurisdição consultiva

Deputados participam na elaboração dos relatórios-sombra. O comitê analisa ainda outras informações, como as constantes no Banco Mundial, FMI, Relatórios dos Relatores Especiais da ONU etc.

¹⁰³ Em cinco dos nove tratados no Brasil cabe petições individuais das vítimas para os comitês: no PIDCP, na CEDR, na CEDM, na Convenção contra a Tortura e das pessoas com deficiência.

¹⁰⁴ Chama-se esse sistema de quase judicial porque embora não seja um tribunal internacional, assemelha-se bastante, tendo inclusive ampla defesa e contraditório.

¹⁰⁵ A CIJ não é propriamente um tribunal de DIDH, mas os tutela de forma mediata.

(parecer) pode ser requerida pela AGONU, CSONU, Agência Especializada ou demais órgãos da ONU, desde que autorizados pela AGONU.

Em ambas as jurisdições é possível ver o papel de proteção aos DH sendo exercido pela CIJ¹⁰⁶. Na jurisdição consultiva a CIJ já se pronunciou em temas importantes da proteção de DH, como a autodeterminação dos povos (caso Kosovo, Caso construção do muro na Palestina, Caso da ocupação África do Sul-Namíbia, único solicitado pelo CSONU); a vida e saúde (parecer sobre o uso de armas nucleares). A CIJ soluciona as controvérsias em tratados de DH do sistema global. Dois casos importantes envolvendo a interpretação da CIJ sobre DH dizem respeito às controvérsias Bósnia vs. Sérvia, sobre genocídio, e Geórgia vs. Rússia, sobre discriminação racial.

Claro que sendo a Carta da ONU um tratado, deveria ser convencional também, mas é chamado extraconvencional por não ser derivado de tratado específico. Há três tipos: 1) Procedimentos Especial (Conselho de DH); 2) RPU (Conselho de DH); 3) CSONU na defesa da paz. Os procedimentos especiais tem como origem a atuação de um órgão que não existe mais.

A Comissão de DHs era órgão subsidiário do Conselho Econômico Social, que existe até hoje. A comissão foi criada em 1946 e teve como função principal ter capitaneado os trabalhos que culminaram na DUDH. Depois a comissão iniciou seus trabalhos para elaborar Tratados. No final dos anos 1960, no entanto, viu-se necessário um investimento da fiscalização, então com o apoio do Conselho Econômico e Social foram editadas duas Resoluções, a 1235/67 e a 1503/70. Com isso é dado início aos procedimentos especiais da extinta comissão de DH, cujo contexto da época era a situação de apartheid africana. Com base na luta pela igualdade a comissão começa a aceitar analisar petições de vítimas desse regime de discriminação racial. As duas resoluções, note-se, criaram procedimentos distintos, mas ambos tinham em comum o objeto: violações graves e sistemáticas aos DH. Nos anos 1970, no entanto, começou-se a aceitar casos de violações de DH derivados não só do apartheid, mas especialmente das ditaduras da América Latina.

Nos anos 1980 a Comissão de DH passa manejar tipos de procedimentos públicos, à luz da Resolução 1235 (procedimentos temáticos e geográficos), de forma

¹⁰⁶ O Brasil está submetido à jurisdição da CIJ nos tratados de DH que assinou e que estabelecem a jurisdição da CIJ para a solução de controvérsias.

que acabam perdendo a importância os procedimentos confidenciais da Resolução 1503 (atualmente Procedimento de Queixa). Dada a explosão dos procedimentos temáticos, culminando em diversas relatorias (contra a tortura, contra a discriminação contra a mulher, pelo direito à alimentação, direito à moradia etc.)

Do ponto de vista geográfico, anualmente a comissão escolhe países para sofrer fiscalização por parte de relatores especiais. Nos anos 1990, com as reflexões sobre a ONU no novo milênio, surgem discussões sobre se os procedimentos especiais não seriam discriminatórios, seletivos, apresentando interesses geopolíticos (tese defendida por países como Brasil e China). Lentamente, a comissão de DH passou a reunir “inimigos”, não só países questionando por que uns países eram sempre escolhidos e outros não, quanto países questionando quem estava na comissão de DH. O auge ocorreu no começo do século XXI, quando um grupo africano indicou a Líbia (onde vigorava a ditadura de Muammar al-Gaddafi) para ser presidente da Comissão de DH e excluiu os EUA da comissão de DH.

Nesse contexto é extinta a comissão de DH em 2006 e surge o Conselho de DH, vinculado à AGONU, com membros escolhidos por ela entre Estados comprometidos ao respeito dos DHs. Ademais, caso um Estado membro do Conselho de DH seja envolvido em grave violação a DHs pode ser suspenso pela AGONU, por uma maioria de 2/3 (a Líbia foi suspensa à unanimidade pela AGONU quando eclodiu sua guerra civil). O Conselho de DHs foi criado especialmente pela China e Brasil para eliminar os procedimentos especiais. Esses procedimentos na verdade não foram extintos, mas foi instalado novo procedimento: a RPU.

Dada a principal crítica aos procedimentos especiais, seu caráter geográfico, a RPU vem para resolver essa questão, já que todos os Estados membros da ONU (atualmente 193) passarão pela RPU. O Procedimento Especial existe até hoje e consiste em análise da situação dos DHs, temática e geográfica, por um órgão estabelecido pelo Conselho de DH que é unipessoal (relatorias especiais) ou colegiado (grupos de trabalho), com poderes de coletar informação e visita em loco, mas para este é preciso autorização do Estado.

O Brasil é objeto de visita de diversos relatores especiais temáticos, já que temos várias violações de DH e fizemos convite permanente para todos os relatores especiais, ou seja, o Brasil não precisa autorizar especificamente que um relator venha para cá. Coletadas informações, o relator especial elabora relatório, que é

submetido inicialmente ao Conselho de DH que, caso entenda cabível, pode acionar a AG.

O Relatório é mera recomendação, tendo em vista que os próprios relatórios são muitas vezes contraditórios. Por outro lado, foi justamente um relatório sobre a ex-Iugoslávia que ensejou que a AG pedisse ao Conselho de Segurança que tomasse providências a respeito da limpeza étnica e massacres ocorridos na guerra civil da ex-Iugoslávia, o que ensejou a adoção de Resolução pelo CS criando um Tribunal Internacional Penal para a ex-Iugoslávia, que funcionou até 2017.

A RPU é gerida pelo Conselho de DH, da mesma forma que os procedimentos especiais. A RPU origina-se, como vimos, em 2005, de estudos anteriores ao [00] novo Conselho de DH e com a ideia de uma análise da situação geral de DH de todos os membros da ONU. Como foi o Brasil que sugeriu, passou pelo primeiro ciclo de revisão. Como não dá para analisar a situação de DH em um único ano, ficou estabelecido um ciclo, de quatro a quatro anos e meio, pelo qual os 193 Estados tem que passar.

O Brasil passou em 2008, em 2012 e em 2017. O primeiro passo para a RPU é a escolha dos países que passarão pelo ciclo e, em seguida, dos relatores, em número de três (Troika), para gerir o trâmite da informação entre os relatórios. O Estado, objeto da RPU, encaminha seu relatório, que no Brasil é elaborado pela Secretaria de DH. Novamente temos a figura do relatório-sombra aqui, que são os relatórios elaborados pela sociedade civil, que poderá prestar outras informações coletadas. A análise dessas informações será feita pelo Conselho de DHs e por qualquer Estado da AGONU. O princípio maior aqui é o diálogo construtivo (fruto da influência do Brasil e da China).

A RPU não culmina em recomendação, mas em compromissos voluntários assumidos pelo Estado-alvo. Se Estado do Conselho de DHs ou da AGONU faz uma observação recusada pelo país-alvo, não há qualquer consequência, já que a ideia aqui é verdadeiramente de um diálogo construtivo. No 1º ciclo (2008) a troika indicada foi Gana, Suíça e Arábia Saudita. Os compromissos voluntários assumidos pelo Brasil foram de envidar os esforços para criar uma INDH. Ademais, o Brasil se comprometeu a criar um índice indicador da situação do país na matéria de DH (compromisso não cumprido pelo Brasil).

Em 2012, no 2º ciclo por qual passou o Brasil, a troika era Equador, China e Polônia e houve mais intensidade na participação dos países nesse momento. O último dos mecanismos extraconvencionais é o Conselho de Segurança e a Proteção da Paz. No entanto, com o fim da guerra fria o CS passou a interpretar a paz como conteúdo positivo, em oposição ao conteúdo meramente negativo da ausência de guerra e conflitos armados. O conteúdo positivo é a paz como justiça social e respeito aos DH. A esperança então era que o CS e toda sua força vinculante pudesse incrementar a proteção de DH. Entretanto, a esperança rapidamente se desfez com a *Operation Restore Hope* na Somália, que até hoje enfrenta guerra civil. Desde então o Conselho de Segurança tem desenvolvido algumas intervenções humanitárias (R2P, RWP).

Ademais, há a proteção da paz pelo combate ao terrorismo, tema no qual houve inovação pelo CS, especialmente quanto ao conteúdo das sanções. A partir de 2001 o CS formaliza combate a indivíduos (até então havia apenas o combate a Estados), nascendo o comitê antiterror do Conselho de Segurança. Ao assim proceder, o CS cria no âmbito do comitê lista suja de nomes de indivíduos e PJs que estariam contribuindo para o terrorismo. Ora, em nome da paz o CS pode estar violando direitos individuais. Primeiramente a inclusão dos nomes nessa “lista suja” é extremamente criticada, porque somente os membros da comissão antiterror (membros do CS) podem aí incluir nomes, e os motivos são confidenciais. Ademais, a exclusão depende do Conselho de Segurança (o que implica apoio dos EUA, que tem poder de veto).

O impacto é devastador, já que como a Resolução tem força vinculante, os estados, mesmo os divergentes, tem que cumprir, sendo obrigados a congelar os haveres da pessoa, que poderá retirar apenas uma pequena quantia para suas despesas mensais. Ademais, há limitação das opções de trabalho do incluso na lista e restrição a viagens. Ora, há restrição há vários direitos individuais, sem devido processo legal, ampla defesa, duplo grau de jurisdição ou sequer acesso aos autos. Em 2009 o CS criou figura para a reclamação desses indivíduos. Finalmente, o Comitê de DH considerou que a Bélgica, ao cumprir a resolução vinculante e impor sanções a um casal, violou seus direitos de ampla defesa e contraditório. A Bélgica chegou a sugerir que poderia violar o Pacto de Direitos Civis e Políticos com base no art. 103 da Carta da ONU (no conflito entre a Carta da ONU e Tratado, prevalece a Carta da ONU), do que o Comitê respondeu dizendo que nem a Carta da ONU pode justificar

a violação de DH. Assim, esse caso mostra que a lista suja gera impactos nocivos à proteção de DH. Enquanto o Estado, quando sujeito à sanção do CS, tem opções a seguir, a sanção a indivíduos não lhe dar qualquer alternativa ou motivo, o que é muito duro, sendo grande ferida aberta na proteção aos DH nos dias de hoje.

Ainda em relação ao sistema global, o ACNUDH foi conquista que nasceu da Declaração e Programa de Ação de Viena, que é fruto da Conferência de Viena de 1993. A ideia era criar um secretário geral de DH com amplos poderes. O alto comissariado¹⁰⁷ é hoje órgão administrativo, que auxilia as relatorias e comitês, tendo como principal missão hoje a de coordenar as instituições nacionais de DH¹⁰⁸.

1.4. Sistema Interamericano de Direitos Humanos

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos foi desenvolvido a partir da década de 1960 no contexto da guerra fria. Após a segunda guerra mundial, a projeção de Direitos Humanos afeitos a uma nova ordem internacional ganhou destaque no Direito Internacional. Este, por sua vez, passou por uma profunda revisão com a instituição da ONU e a repaginação das cortes internacionais. De volta à América, muito embora os tratados assinados no âmbito da OEA constituam já na década de 1960 os primeiros passos rumo ao SIDH, o modelo que se adotou na região acabou favorecendo o centralismo num modelo quase-judicial. A CIDH nasceu como órgão da OEA e nunca teve poderes propriamente judiciais como seu análogo europeu.

Diz-se SIDH o conjunto de processos internacionais que são, ou geridos pela OEA, ou estabelecidos em Tratados sob os auspícios da OEA. Esta, desde a sua origem (Carta de Bogotá, 1948), está comprometida com a proteção de DH, tendo sido aprovada em maio de 1948 aprovada a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, sendo inclusive anterior em meses à Declaração Universal.

¹⁰⁷ Em 2019, presidido pela ex-presidente chilena, Michele Bachelet.

¹⁰⁸ Instituição Nacional de DHs (INDH) consiste em órgão público (não é ONG) independente (governo só voz, sem voto), plural, com ampla atuação na área, tendo como função analisar a situação de DH e exigir reparação pelas violações existentes. É conceito genérico, mas possui certas características que estão elencadas nos chamados Princípios de Paris (órgão público, independente, plural e com ampla atuação na área de DHs)

Com a guerra fria, a OEA sofreu as próprias incoerências da maior democracia da Região, os EUA, que apoiaram ditaduras sanguinárias na América Latina. Assim é que somente em 1959 a OEA, por Resolução, tenha criado órgão para tratar dos DH, a CIDH. Em 1967 a comissão foi introduzida como órgão principal da OEA, pelo Protocolo de Buenos Aires, que alterou a Carta de Bogotá. Esse protocolo institucionaliza a comissão como órgão principal e autônomo da OEA (contradição, porque aparentemente os comissionados assumem com juras de independência) e prevê a criação de um tratado interamericano de DH.

Com essa previsão, em 1969 é negociada a redigida a Convenção Americana de DH, em San José da Costa Rica, passo importante cumprido pela OEA na proteção dos DH. Nesse contexto, no entanto, havia um problema, porque quase todos que negociaram o tratado de DH eram ditaduras (o Brasil estava em plena ditadura de Médici). Disso, houve duas consequências: paradoxalmente a CADH possui certos pontos em que é mais avançada que a CEDH, porém na Europa, a CEDH foi criada por democracias ocidentais para provar que elas eram diferentes das ditaduras soviéticas, já nas Américas a CADH foi criada por ditaduras para tentar provar que elas pareciam com democracias¹⁰⁹.

Entretanto, depois de 11 ratificações, em 1978 a convenção entrou em vigor e em 1979 a CtIDH fez sua primeira seção (ainda em Washington, na sede da OEA), sendo posteriormente transferida para San Jose da Costa Rica. A evolução da defesa de DH na OEA ganha muitíssimos com o retorno das democracias. Em 1992 foi elaborado o Protocolo de Washington, que altera a Carta de Bogotá novamente, introduzindo uma sanção contra a ruptura do regime democrático, aliás, a democracia passa a ser o grande objetivo da OEA depois da nova fase. A sanção prevista no Protocolo de Washington foi a suspensão do Estado no qual houve a ruptura do regime democrático por decisão de 2/3 dos membros da OEA¹¹⁰. A OEA inclusive manda observadores na realização das eleições pelos seus membros com fins a assegurar a democracia.

Dentro do SIDH temos dois subsistemas:

A) Subsistema da Carta da OEA;

B) Subsistema da CADH;

¹⁰⁹ E não havia nenhuma intenção de que a convenção entrasse em vigor.

¹¹⁰ A deposição do Presidente Zelaya foi um teste nesse sentido, pois a OEA suspendeu Honduras, mostrando importante reação que auxiliou o rápido retorno da democracia.

Além dos órgãos principais da OEA temos dois que merecem destaque por terem como função precípua a proteção dos DH: a CIDH¹¹¹ e o Conselho Interamericano de Desenvolvimento Integral. A comissão¹¹² muito voltada aos direitos civis e políticos e o conselho mais voltado aos direitos econômicos e sociais. Ponto importante na implementação da democracia é a busca de uma democracia caracterizada não só pela periodicidade das eleições, mas especialmente de uma democracia com justiça social.

O ponto forte nessa visão mais complexa de democracia é a chamada Carta Democrática Interamericana¹¹³, aprovada por Resolução da Assembleia Geral da OEA (em 11 de setembro de 2001) e que possui caráter de soft law por não ser tratado, mas recomendação. A democracia para a OEA, portanto, revela não apenas o conteúdo de que a democracia exige uma periodicidade das eleições, rotatividade, princípio republicano, mas também justiça social com respeito inclusive ao meio ambiente (democracia sustentável ou democracia com justiça social).

A CADH¹¹⁴ foi elaborada em 1969, possui três partes: direitos civis e políticos; supervisão e controle (Comissão Interamericana DH); e disposições gerais (trata da denúncia também, prevendo cláusula de pré-aviso de 01 ano).

Cada Estado parte pode indicar até 3 nomes para concorrer à eleição para juízes. O sistema da Convenção Americana é bifásico: uma fase perante a Comissão e outra

¹¹¹ A CIDH possui dúplice função: é ao mesmo tempo órgão principal da OEA e também órgão da CADH.

¹¹² Grande crítica hoje feita à comissão é sobre o processo de escolha dos seus membros, porque como a Comissão é também órgão da OEA, acontece de a escolha de seus membros ser feita por Estados que não são parte da CADH, como EUA e Canadá. Os Estados que ratificaram a convenção podem indicar nacionais de outros Estados da OEA., motivo pelo qual por vezes pode ocorrer de haver juízes norte-americanos na CtIDH.

¹¹³ Essa carta é bem diferente das cartas tradicionais envolvendo direitos políticos e democracia. A carta democrática serve também para influenciar a interpretação para a manutenção do regime democrático e do protocolo de Washington. Então, em tese, temos a possibilidade de interpretação autêntica do que é democracia, o que representa uma força vinculante da Carta da OEA, então embora se trate de soft law por ser mera Resolução da Assembleia Geral, tem a vantagem de trazer a interpretação autêntica (e vinculante) do termo “democracia” constante na Carta da OEA. Além da edição da Carta Democrática, a OEA tem se dedicado a busca de proteção de outros direitos importantes à preservação da democracia, como a liberdade de expressão, o que ela tem feito através da técnica de relatorias especiais, tal qual a ONU.

¹¹⁴ Cláusula de pré-aviso é a previsão de que determinado país só se desvincula da Convenção depois de determinado prazo após a denúncia do tratado. No caso a CADH esse prazo é de 01 ano. Ex.: Venezuela denunciou a convenção em 2012, mas só em 2013 se desvinculou totalmente da Convenção.

perante a Corte. A segunda fase pode nunca existir, no entanto. Isso na fase de análise de casos de violação de DH, porque não devemos esquecer da faceta de jurisdição consultiva, a qual ocorre de outra forma, diferente da qual agora estamos tratando.

Na fase de análise de casos de violação a DH, dentro da qual há o sistema bifásico, devemos fazer, primeiramente, algumas observações gerais. Aqui temos a jurisdição contenciosa da Corte, a qual é facultativa, ou seja, não é necessário que o Estado ratifique a Convenção Americana e também reconheça a jurisdição da Corte, ele pode ratificar apenas a convenção, sem reconhecer a jurisdição, como fez o Brasil no início, que ratificou a Convenção de 1992, mas apenas em 1998 reconheceu a jurisdição obrigatória da Corte.

Atualmente dos 23 Estados que ratificaram a Convenção (mais uma vez não contando com a Venezuela, que a denunciou), 21 reconheceram a jurisdição obrigatória da Corte. Quem pode peticionar a Comissão Interamericana são tanto vítimas, seus representantes ou ONGs (organizações de 2ª geração – visam auxiliar as vítimas no SIDH, sendo novidade no sistema da convenção, não sendo possível na Europa, por exemplo, onde só podem peticionar direito próprio, não das vítimas) ou Estados¹¹⁵.

A Comissão Interamericana é etapa obrigatória, então todo processo de DH que visa detectar violações à CADH passa pela Comissão, quer se trate de demanda individual quer se trate de demanda interestatal¹¹⁶. Essa etapa perante a comissão tem condições de admissibilidade e mérito. Os requisitos de admissibilidade são petição escrita; que retrate em tese um direito violado; não ser caso de litispendência internacional nem de coisa julgada internacional; o esgotamento prévio dos recursos internos.¹¹⁷

¹¹⁵ Detalhe que cumpre mencionar é que a própria Comissão pode abrir uma petição ex officio contra Estado que entenda estar violando DH. Ocorre que ela não faz isso dada a demanda que já recebe de petições, de forma que essa prerrogativa torna-se desnecessária.

¹¹⁶ Citem-se os casos Nicarágua VS. Costa Rica (arquivado) e Equador VS. Colômbia (pela morte de uma pessoa causada por bombardeio colombiano no território equatoriano quando lá tinha acampamento das Farq). Citar implica referenciar a fonte....

¹¹⁷ Os casos de dispensa do esgotamento prévio dos recursos internos no SIDH são (previstos no próprio sistema): inexistência (o país é uma ditadura, não tem recurso interno); inidoneidade (o país representa apenas instrumentos que não são compatíveis com a convenção, por exemplo, no esgotamento forçado o Estado se defende dizendo que não foi utilizado o habeas corpus, mas se a autoridade nega estar com a pessoa, como usar o HC?); inutilidade (quando os

A admissibilidade será analisada ainda por alguns pontos novos no regulamento da Comissão Interamericana, que foram introduzidos com a reforma de 2013 e constam nos seguintes requisitos: a petição será analisada na ordem do protocolo; pode existir uma quebra do protocolo em virtude de características de urgência do caso (a vítima ser idosa, estar presa, etc.); pode existir mudança na apreciação do caso se o caso retratar uma situação estrutural de violação a DH (passa a haver uma certa lógica de prioridade); há a possibilidade, ainda, de se o Estado nada falar sobre o esgotamento prévio se considerar que ele renunciou tacitamente a esse requisito, de forma que indo o processo para a Corte não será possível ao Estado vir a usar esse argumento se não o fez perante a Comissão, pois a ele renunciou tacitamente.

Não há ainda previsão de arquivamento por insignificância da violação. Na verdade, a questão da relevância é feita às escondidas, de forma que a Comissão passa a focar em casos de maior relevância. A questão da relevância existe no sistema europeu, mas ainda não há no interamericano.

Junto com a admissibilidade há a fase da transação ou solução amistosa. Na transação a Comissão funciona como um terceiro, ocorrendo o acordo diretamente entre o Estado e os representantes da vítimas ou as próprias vítimas (no caso dos meninos emasculados¹¹⁸, o Brasil autorizou por decreto do ex-presidente Lula que o Maranhão participasse das negociações e o Brasil concordou em indenizar, investigar, perseguir em juízo e punir criminalmente os responsáveis). Finalmente, não havendo transação nem solução amistosa, a Comissão analisa o mérito. Desde 2001 a Comissão separa a admissibilidade do mérito, havendo duas notificações do Estado: uma para se defender quanto à admissibilidade e outra quanto ao mérito.

No mérito haverá a procedência ou a improcedência. Na improcedência o Estado estava certo e o caso é arquivado, não havendo recurso (no caso de não ser admitida a petição – não preencher os requisitos de admissibilidade – também não há recurso).

tribunais já tenham se posicionado em sentido diverso, a Corte já decidiu que no caso de ausência de defensores públicos pode ser dispensado o esgotamento prévio); demora (isso ocorre muito no Brasil, de deixar o processo em trâmite por longo período, sem resolver a lide).

¹¹⁸ Caso dos Meninos Emasculados do Maranhão: primeiro caso em que o Brasil aceitou a transação, consistiu em caso dramático no qual quadrilha cometia crimes sexuais contra meninos e depois os assassinava emasculando-os cortando seus órgãos genitais. Essa quadrilha atuou durante um tempo no Maranhão e chegou à Comissão Interamericana através dos familiares, como representantes das vítimas, com apoio de ONGs do Maranhão. Relatório N° 43/06, CIDH. Casos 12.426 e 12.427, 15 de março de 2006.

No entanto, cumpre observar quanto a esse procedimento que a Assembleia Geral ao receber a notícia do não cumprimento do 1º informe acusa o recebimento e arquiva o processo, já que quando o Estado não reconhece a Jurisdição da Corte não tem como ser lá aberto processo contra ele e a AG não possui instrumento de sanção contra o Estado.

Temos duas diferenças básicas entre o 1º informe e o 2º informe: o 2º é público e exige o descumprimento do 1º informe. Há precedente da Corte ainda dizendo que enquanto o 1º informe é mera recomendação, o 2º informe é vinculante (embora tenhamos visto que a AG não possui nenhum instrumento para fazer o Estado cumprir o 1º informe).

Na fase perante a Corte houve mudança no procedimento com um novo Regulamento que foi editado em 2010 e trouxe as seguintes alterações: Admissibilidade e questão da Igualdade: se o Estado perder na Comissão poderá rediscutir toda a questão da admissibilidade perante a CtIDH, porém, como vimos, se a vítima perder, não pode recorrer, do que temos clara violação à igualdade entre as partes. Não há mais juízo ad hoc nos casos individuais, só nos interestatais; há novo papel da Comissão: até 2010 quem fazia a inicial do processo perante a Corte era a Comissão, mas agora ela envia o 1º Informe e o Presidente da Corte notifica as vítimas concedendo-lhes prazo para fazer a petição inicial perante a Corte.

A Comissão não é mais parte perante o processo da Corte, portanto, mas é custos legis. Isso não significa, no entanto, que o primeiro informe não seja útil, ele fixa os limites objetivos e subjetivos da demanda. Isso porque quando a Comissão entende que não houve violação, sendo ela o intérprete definitivo da Convenção Americana, não pode a Corte discutir quanto a isso. Quem pode provocar a Corte: a Comissão e os Estados (que reconhecem a jurisdição obrigatória da Corte).

No entanto, um Estado nunca processou outro por violação a DH perante a Corte, do que todos dos casos da Corte foram trazidos através da Comissão até o momento. A legitimidade passiva é exclusiva dos Estados¹¹⁹.

¹¹⁹ A única homenagem que a Corte fez à posição da Comissão na fase de admissibilidade foi considerar que o Estado que nada fala sobre o esgotamento prévio dos recursos internos, tacitamente dispensa esse requisito.

A responsabilidade pode ser dividida em três grandes blocos: elementos, reparação¹²⁰ e sanção. No que concerne à reparação, ela consiste no conjunto de medidas apto a eliminar todas as consequências da violação prévia de uma norma internacional.

1.4.1. A Corte Interamericana de Direitos Humanos

O Procedimento na CtIDH começa com uma primeira fase perante a CIDH, em que se analisa a admissibilidade da petição. Requisitos previstos: não haver litispendência, nem coisa julgada internacional, prazo decadencial de 6 meses, e vale salientar que não está entre os requisitos que a violação seja significativa.

Não havendo solução amistosa, vem o primeiro informe de mérito, também chamado de Relatório Cinquenta (porque está previsto no art. 50, do Regulamento da CIDH) ou Informe Preliminar. É sigiloso e dele resulta o prazo de três meses para que o Estado tome providências. Tem a natureza de recomendação.

Se o Informe preliminar não for cumprido, existem duas possibilidades, um segundo informe público e vinculante, no caso de não ter sido reconhecida a jurisdição, ou a apresentação do caso para a CtIDH de DH. Esse segundo informe tem natureza vinculante.

¹²⁰ São formas de reparação:

- a) Restituição na íntegra: consiste em espécie de reparação que objetiva o retorno ao status quo ante. É a melhor espécie, a CtIDH usa muito, mas muitas vezes é impossível materialmente (nunca pode ser impossível juridicamente, pois cabe ao Estado mudar as suas regras, de forma que não se fala em impossibilidade jurídica).
- b) Indenização: cabe danos morais com presunção absoluta.
- c) Reparação do Projeto de Vida: nova forma reparacional que vai além da restituição na íntegra para promover uma compensação, tentando resgatar aquilo que a pessoa seria se não houvesse a violação (é uma restituição na íntegra). Na prática ainda não tem sido aplicado.
- d) Satisfação: espécie de reparação na qual se busca compensar o dano ao patrimônio imaterial das vítimas. É fórmula tradicional no direito internacional e é a forma de reparação mais comum no mundo, visto que o pedido de desculpas é forma de satisfação. A satisfação mais utilizada no direito brasileiro é a publicação da sentença em jornal de grande circulação (a sentença do caso Gomes Lund foi publicada no jornal O Globo).
- e) Garantia de não-repetição: destaque para o dever de investigar, perseguir em juízo e punir. Esse dever tem dupla natureza, sendo a primeira a de garantir a não- repetição (casos hondurenhos: Velásquez Rodrigues; Godines Cruz; Farem, Garbi e Corrales), pois se entende que o lesado tem o direito de prevenir a repetição da violação; e a segunda a natureza de violação da própria convenção, pois a ausência de punição viola a Convenção Americana no direito à verdade e no direito de acesso à justiça.

Na opinião consultiva 15/97 a Corte deixou certo que não se pode modificar esse segundo informe, a não ser pelo seu próprio cumprimento, erros materiais ou situação fática posterior a esse informe.

Por sua vez, se a petição for considerada inadmissível ou improcedente, essa decisão é irrecorrível. É possível o arquivamento tanto por desinteresse da parte quanto por inatividade processual.

É possível o deferimento de medidas cautelares que vão se diferenciar das medidas provisórias que são pedidas perante a CtIDH. Elas são possíveis mesmo que não haja petição, e são deferidas para que o Estado tome providências para a preservação dos direitos. As cautelares têm natureza dúplice¹²¹.

Pode se converter de medida cautelar para medida provisória quando há o descumprimento da cautelar, quando a cautelar se mostra inefetiva, quando a cautelar se conecta com outra medida provisória, por algum motivo, ou quando há necessidade de maior efetividade da medida, o que exige fundamentação.

No caso de descumprimento do primeiro informe, a única possibilidade de não se ajuizar uma ação é se a maioria absoluta dos membros da Comissão, por decisão fundamentada, chegarem à conclusão que é melhor não ajuizar. Se isso não for feito, começa o procedimento judicial perante a Corte.

Na Corte é importante ressaltar que só podem postular os Estados, mas a Comissão pode provocar o início do procedimento. Houve uma modificação no regulamento para privilegiar a atuação das vítimas. A comissão submete à Corte o primeiro informe dela, comunicando que o estado está descumprindo suas recomendações, assim a Corte intima os representantes das vítimas que peticionaram.

Os representantes são chamados para apresentar os chamados “escritos de petições, argumentos e provas”, de certa forma é uma petição inicial, e podem inclusive requerer medidas de reparação.

Enquanto o primeiro informe define os limites objetivos e subjetivos da lide, depois do primeiro informe as vítimas vão apresentar os escritos, vem a contestação do Estado com relação às exceções preliminares e rebate o mérito. A corte, em regra, não analisa essas preliminares de forma antecipada, espera para julgar na sentença.

¹²¹ A exemplo das medidas cautelares no Caso de Belo Monte e no do Complexo Tatuapé da Febem.

Acontece a fase probatória, que é predominantemente oral, e a Corte pode determinar a produção de prova, de ofício.

Insta salientar que se exige o dever de cooperação do Estado, em relação à produção de provas. É possível a inversão do ônus da prova. Feita a audiência e colhidas provas, inclusive com oitiva de peritos e inspeção, são apresentadas as alegações finais e por fim, a sentença que vai gerar uma reparação.

Da sentença, é possível interpor um recurso de interpretação, que funciona como Embargos de Declaração.

A Corte prevê a intervenção do *amicus curiae* no processo até 15 dias a contar da audiência para a produção de provas ou da Resolução de determine prazo para as partes apresentarem alegações finais.

Por conseguinte, a Corte pode determinar medidas provisórias que têm caráter cautelar ou tutelar, ou seja, tanto de proteção do bem jurídico quanto de satisfação. Nesse ponto é importante esclarecer que se ação ainda não foi ajuizada, só a Comissão pode pedir medidas provisórias perante a Corte. Caso a ação já tenha sido ajuizada, o regulamento prevê que as vítimas podem pedir a Corte o deferimento de medidas provisórias. As medidas provisórias podem ser dadas de ofício.

É possível desistência, reconhecimento do direito ou solução amistosa, entretanto, a Corte deve se manifestar para verificar se não houve algum dano ao direito humano tutelado.

No caso de inércia no cumprimento da sentença, é preciso acionar a Assembleia Geral para gerar consequências aptas, como uma possível suspensão dos Estados da OEA. Uma estratégia que a Corte encontrou para verificar se suas sentenças estão sendo efetivadas é o chamado “relatório de follow-up”.

A CtIDH também pode se pronunciar em um modelo consultivo. Os Estados pedem que a Corte se manifeste sobre determinados temas em opinião consultiva, a Comissão Interamericana pode, em qualquer tema, pedir a manifestação da Corte, além de alguns órgãos da OEA, aqui se exigindo a pertinência temática. Nessa opinião consultiva pode se discutir a interpretação de qualquer norma de DH aplicável nas Américas e é possível o controle em abstrato sobre leis e projetos de leis.

A Corte pode atuar dessas duas formas: a contenciosa e a consultiva. É importante ter atenção em alguns pontos, o primeiro é o Protocolo de San Salvador, que desenvolve a proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais por sistema

de relatórios. No tocante ao direito à educação e ao de sindicalização, que não abrange o direito de greve, o Protocolo prevê um sistema de peticionamento perante à Comissão Interamericana e se não houver o reconhecimento da jurisdição da CtIDH, fica no sistema quase judicial de peticionamento. Se houver o reconhecimento judicial é possível, inclusive, a manifestação da CtIDH.

O outro ponto é o controle de convencionalidade, ou teoria do duplo controle (ponto novo do edital). Esse controle se dá observando a compatibilidade entre a norma nacional e a CADH. Ele pode ocorrer pelo próprio juiz nacional ou pelo juiz internacional, de forma definitiva. Segundo a Corte, esse controle cabe a todas as autoridades públicas, no âmbito de cada uma das suas competências, abrange a jurisprudência da Corte sobre a Convenção e os demais Tratados Internacionais dos quais os Estados sejam parte, inclusive as opiniões consultivas da CtIDH.

Esse controle é realizado de ofício, por todas as autoridades públicas, com base na CADH, nas opiniões consultivas, na jurisprudência, e nos Tratados Interamericanos dos quais o Estado seja parte e pode implicar desde a supressão de normas contrárias a Convenção, inclusive normas de status constitucional, ou a interpretação conforme a CADH. Portanto, gera responsabilidade estatal a previsão de uma lei ou mesmo de uma disposição constitucional em sentido contrário ao Tratado.

A CtIDH tem exigido alguma violação concreta, que fique demonstrado pelo peticionário para que ela manifeste-se. Desse modo, as violações à CADH (consequentemente, ao bloco regional de convencionalidade) carecem de atos efetivos, o que exclui até agora o controle de leis em tese. Diferentemente do que acontece no caso do controle de constitucionalidade do STF, por exemplo, no qual já se entende possível o manejo de MS por parlamentar diante de proposição legislativa flagrantemente inconstitucional (aplicação do Direito Fundamental ao *due process of law* na sua vertente legislativa).

Se os DHs têm a ver com a racionalidade dos sistemas jurídicos, a hipertrofia da força simbólica dos Direitos Humanos se deve à exclusão dos subalternos e à desconsideração da perspectiva pragmática do discurso jurídico, além dos motivos já descritos por Neves (1994). Ao se referir ao CSONU e ao artigo 39 da CONU, Neves (2005), conclui que a força normativo-jurídica da PIDH permanece muito limitada, uma vez que o direito fica subordinado ao Poder. Nossa pergunta é se o mesmo pode ser dito dos Sistemas Regionais de Proteção.

1.4.2. Status das decisões

O desenho Kelseniano para o ordenamento jurídico ainda é majoritariamente aceito tanto no cotidiano das cortes judiciais quanto nos círculos acadêmicos, especialmente nos países sob jurisdição da CtIDH¹²².

O debate acerca do status das decisões da CtIDH aproveita o encerramento de um outro debate muito candente durante anos a fio: qual é o status jurídico de convenções internacionais de Direitos Humanos diante da Constituição Brasileira de 1988?

O Controle de convencionalidade consiste na aferição da compatibilidade de uma norma ou decisão local diante de um tratado ou de normas internacionais. Essa visão genérica faz remissão ao controle de constitucionalidade (aferição de compatibilidade das normas inferiores à constituição).

Há duas espécies de controle de convencionalidade: o de matriz nacional e o de matriz internacional. O controle de convencionalidade de matriz nacional (controle provisório ou preliminar) é o realizado por juiz nacional e o de matriz internacional (controle definitivo ou autêntico) é o realizado pelo juiz ou órgão internacional. A diferença básica reside então na origem. O resultado de ambos os controles pode ser o mesmo, mas há importantes diferenças entre eles:

A) Quanto à origem: um vem do plano internacional e o outro do plano nacional;

B) Quanto à hierarquia da norma paramétrica: a lei local em face de tratado, para o controle nacional, terá na norma paramétrica hierarquia dúbia, podendo ser EC ou norma supralegal. Já a hierarquia da norma paramétrica para o controle de matriz internacional é de superioridade, de forma que mesmo o Poder Constituinte originário deve se curvar à norma de direito internacional.

C) Quanto à amplitude do objeto de controle: o controle de matriz nacional tem objeto restrito, pois o juiz nacional não pode analisar o federalismo brasileiro (cláusula pétrea) diante de uma convenção de DH, mesmo que ratificado como emenda constitucional. Já o controle de matriz internacional tem grande amplitude de seu

¹²² Mencionar o papel da doutrina kelseniana, do modelo de decisão judicial, do esquema piramidal e da sua correlação com um modelo sintático de Direito.

objeto de controle, podendo inclusive a cláusula pétrea ser objeto de controle de convencionalidade.

D) Quanto à Interpretação: o caso Gomes Lund mostra bem essa diferença, pois houve choque entre o controle de convencionalidade nacional e o internacional, porque meses antes da sentença do caso Gomes Lund o STF julgou a ADPF 153¹²³ que possuía vários pontos de contato com o caso Gomes Lund, especialmente a questão de se a lei da anistia era válida para os agentes da ditadura e o STF disse que era¹²⁴.

O Brasil no Caso Gomes Lund suscitou as seguintes teses defensivas, visando a consagrar que as decisões da CtIDH estariam num patamar diferenciado sob o ponto de vista do ordenamento nacional, cujo ápice é a CRFB/88 e sua interpretação pelo STF:

a) Esgotamento prévio dos recursos internos: a corte superou pela delonga.

b) Teoria da 4ª instância, coisa julgada e separação de poderes: vem dos precedentes da comissão, nos quais ela afirma que não transformar o sistema da Comissão em uma quarta instância a cima dos Estados. A teoria da 4ª instância não é monocrática, são alguns precedentes que falam que no caso concreto em apreço a Comissão não deveria julgar o caso sob pena de se converter em 4ª instância. Esse apelo não convenceu a Corte, no entanto. Embora o Brasil tenha arguido respeito à

¹²³ O Ministro Celso de Mello, ao fazer o controle de convencionalidade expôs os limites da doutrina para o controle de matriz nacional, e dentro desse controle a lei da anistia era compatível com a Convenção Americana de DH, que só proibia a auto-anistia e no caso como a lei da anistia foi fruto de acordo político, não era auto-anistia. A CtIDH ao fazer o controle autêntico (de matriz internacional) disse que toda auto-anistia (bilateral ou não ou amnésica) não é compatível com a CADH. Isso mostrou que a interpretação no controle de convencionalidade internacional é definitivo, porque até o momento o STF no máximo pode chegar no mesmo entendimento da Corte, mas se o entendimento for diferente isso não é controle de convencionalidade.

¹²⁴ a Teoria do Duplo Controle, à qual aderiu a 2ª CCR/MPF e segundo a qual o Brasil depois de reconhecer a jurisdição obrigatória da CtIDH tem dois guardiões na área de DH: o STF e a CtIDH. Dessa forma, para que uma lei ou decisão local seja compatível com os direitos essenciais tem que sobreviver aos dois controles. Por isso é que embora a lei da anistia tenha sobrevivido ao controle de convencionalidade de matriz nacional, se não sobreviveu ao controle de matriz internacional não pode ser aplicada. O PSOL (cujo advogado é o professor Comparato) ingressou em maio de 2014 com uma ADI no STF sobre a implementação da sentença no caso Gomes Lund, de forma que devemos estar atentos ao que o STF irá falar sobre o caso. Quanto à defesa brasileira no caso Gomes Lund, como pode ser objeto de questionamento em prova, cumpre observar que trouxe os seguintes argumentos: esgotamento prévio dos recursos internos; teoria da quarta instância; uso da CAD contra indivíduos; coisa julgada EJC; e separação de poderes.

ADPF 153 a Corte não acatou esse argumento, falando ser sua missão julgar o Brasil e se ele terá problema com sua coisa julgada deve criar mecanismos internos de implementação das decisões da Corte, já que livremente reconheceu a jurisdição da Corte.

c) Uso da Convenção contra indivíduos: o Brasil afirma que o poder de investigar e punir indivíduos não poderia ser extraído pela Corte, pois seria essa a consequência de reconhecer a inconveniência¹²⁵ da Lei de Anistia. A Corte falou que o princípio pro homine é hoje desvalorizado, em especial quando diante de conflitos de direitos. Se por um lado há o direito dos investigados, por outro há o direito das vítimas, o que levou a Corte a afastar também esse argumento.

1.5. As Cortes Constitucionais brasileira e peruana

Podemos visualizar os tribunais constitucionais como comunidades retóricas, as quais passam a se comportar autonomamente a partir de sua composição¹²⁶. Assim, as cortes pouco se alteram conforme os membros, mas agem independentemente deles como espaços eticamente construídos comunicativamente. Há aqui uma série de tensões, fundamentalmente podemos indicar a referente à relação entre as cortes e as comunidades jurídicas que elas culminam dentro do sistema jurisdicional.

Dessa maneira, é alvissareiro perceber como/se a CtIDH, o STF e a Suprema Corte Peruana se comportam comunicativamente frente aos respectivos jurisdicionados. Ora, sabe-se que as cortes de direitos humanos e as cortes constitucionais ocupam um papel bastante peculiar na teoria do direito clássica. O Direito Processual dispunha caber aos magistrados um total distanciamento às partes envolvidas no processo, o qual pode ser bem visto e exigido no âmbito do contencioso individual típico do processo liberal. Contudo, o mesmo não se pode dizer daquelas cortes peculiares no constitucionalismo contemporâneo nem nos sistemas de proteção de direitos humanos.

¹²⁵ Embora o Brasil não tenha aderido à Convenção que considera imprescritíveis os crimes contra a humanidade, o MPF vem aplicando o entendimento de que os crimes cometidos na ditadura seriam imprescritíveis em virtude de costume internacional, o qual possui aplicabilidade imediata.

¹²⁶ Ethos de comunidades retóricas.

Aqui, a magistratura lida com direitos e interesses que muito extrapolam as demandas das partes diretamente envolvidas no processo judicial. Trata-se de demandas e situações eminentemente difusas e coletivas, nas quais os direitos de todas as comunidades vinculadas aos tribunais são postos sob análise, avaliação e decisão. Por conta dessas características, indicamos a noção de representação e a relação de maior ou menor diálogo entre a corte, seus membros e a comunidade jurídica. Em que consiste e como funciona essa relação?

1.6. O Contexto Multinível

Hoje se entende que as convenções internacionais sobre direitos humanos podem ter dois *status* hierárquicos: 1) suprallegalidade; ou 2) bloco de constitucionalidade. Assim, a partir dessa discussão ficou clara a projeção do DIDH e sua relação íntima com o sistema jurídico contemporâneo.

Paradoxalmente, no entanto, o século XXI aponta para uma manutenção da diferenciação. Isso porque o termo “direitos humanos”¹²⁷ denota interpretação internacionalista¹²⁸, a qual leva a um universalismo em concreto, enquanto os direitos fundamentais, por terem matriz constitucional, são interpretados internamente, sofrendo de relativismo. Se trata agora de problematizar ambas matrizes e propor uma síntese.

O processo de incorporação de um tratado no direito brasileiro é um processo do qual participam tanto o Poder Executivo quanto o Poder Legislativo. Há quatro fases: assinatura (art. 84, VIII, CRFB), aprovação congressual (art. 49, I – o CN pode impor ao Executivo o dever de apresentar reservas ao aprovar o Tratado com ressalvas), ratificação (art. 84, VIII – o tratado é válido internacionalmente, mas não

¹²⁷ O Professor Fábio Konder Comparato já uniu as duas categorias sob o epíteto de Direitos Humanos Fundamentais (2010).

¹²⁸ Sobre derrogações implícitas e explícitas de DH, a primeira é aquela que consta dos próprios Tratados, enquanto a implícita, também chamada por alguns de ponderação de segundo grau, consiste em que mesmo que haja uma derrogação explícita, ela já traz no próprio direito uma ponderação, uma derrogação implícita. Exemplo, é garantida a liberdade de expressão, salvo no anonimato; há inviolabilidade de domicílio, exceto no caso de flagrante delito, prestação de socorro ou decisão judicial durante o dia.

No Inq 2424, o STF aceitou a derrogação implícita ao autorizar a invasão de domicílio em escritório de advocacia para colocar escuta ambiental durante a noite. Houve também caso de derrogação implícita nos debates sobre a ficha limpa.

internamente) e decreto presidencial (art. 84, VIII – o decreto passa a ser válido internamente).

O descompasso entre a validade internacional e a nacional mostra como somos dualistas. Se o Tratado for de DH poderá ser incorporado de duas formas: uma utilizando o artigo 5º, §3º, e outra não utilizando esse dispositivo. No primeiro caso temos o rito especial e no segundo o rito simples. O impacto será na hierarquia do Tratado incorporado. O único impacto do artigo 5º, §3º é na fase da aprovação congressual.

Quem decide que modo de aprovação será adotado será, em primeiro lugar, o Presidente. Isso porque a aprovação tem início com a mensagem presidencial ao Congresso requerendo a aprovação. Assim, se o Presidente ao enviar a mensagem requerer expressamente a aprovação pelo rito especial, estará fazendo desde logo a opção do rito. Diz-se que ao não mencionar expressamente o art. 5º, §3º o Presidente estaria optando pelo rito simples.

A Convenção da ONU sobre pessoas com deficiência e seu Protocolo Facultativo são os dois únicos Tratados aprovados pelo rito especial, e porque assim foi requerido pelo Presidente Lula¹²⁹.

Quanto à hierarquia dos Tratados de DH, tivemos o seguinte desenvolvimento histórico-doutrinário e jurisprudencial:

01) de 1988 a 2004: havia três posições: - Majoritária do STF o TIDH equivale a lei ordinária federal. - Doutrina o TIDH tem natureza constitucional (Flávia Piovesan, Cançado Trindade) - Sepúlveda Pertence (HC 79.785/RJ) os Tratados de DH tem natureza supralegal¹³⁰.

¹²⁹ André de Carvalho Ramos (2015) defende a tese de que independentemente de pedido do Presidente o Congresso pode também decidir aprovar o Tratado por rito especial, de forma que se em um primeiro momento a decisão do rito caberia ao Presidente, quem dá a última palavra é o Congresso, pois a aprovação congressual é matéria privativa deste, de forma que ainda que o Presidente requeira o rito especial o Congresso pode optar por não adotar esse rito. A diferença entre o rito especial e o simples é, como visto, só na fase da aprovação congressual, mas enquanto o rito simples se submeterá à aprovação por um turno no rito simples, o rito especial se submeterá à aprovação por dois turnos e maioria de 3/5.

¹³⁰ À época a discussão orbitava em torno de alguns artigos da CRFB: art. 5º, §2º (os direitos previstos na CRFB não excluem outros decorrentes de outros tratados dos quais a República for parte); art. 102, III, “b” (compete ao STF julgar recurso extraordinário da decisão que houver julgado inconstitucional Tratado – então Tratado deve estar abaixo da CRFB); art. 105, III, “a” (cabe recurso especial da decisão que houver violado ou negado vigência a lei federal ou tratado – aparentemente ambos se equivalem); e art. 47 (as espécies normativas que não tem quórum

02) de 2004 a 2008: EC 45/2004. - A doutrina recebeu com frieza a mudança tendo em vista a redação do dispositivo trazer que apenas os tratados “que forem” aprovados pelo procedimento especial teriam natureza constitucional. - Para Flávia Piovesan os TIDH teriam natureza dupla: os anteriores ou posteriores à EC 45 seriam materialmente constitucionais; mas os posteriores à EC 45 teriam natureza materialmente e formalmente constitucional. A diferença entre eles seria que somente estes não poderiam ser denunciados.

03) de 2008 aos dias atuais: - o STF chegou à teoria do duplo estatuto dos TIDH (RE 466.343/SP): os TIDH aprovados pelo rito simples tem natureza supralegal (quer antes quer depois da EC 45) ou de emenda constitucional (para os aprovados pelo rito especial depois da EC 45).

Percebemos aqui um viés sistêmico de diálogo, qual seja, a interação entre os ordenamentos nacional e internacional de Direitos Humanos. A discussão acerca do status jurídico nacional das convenções de DHs possibilitou a potencialização do que se passou a chamar de *Global community of courts* (Slaughter, 2005) e o diálogo entre cortes.

1.7. Os precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Decisions layout¹³¹.

Em artigo anterior (Nonato, 2018), aduzimos que a práxis jurídica sem reflexão contextual e uma pesada autocrítica não será capaz de superar estruturas de reprodução do modo de fazer, criar e viver ocidental das potências, cujos efeitos se desdobram silenciosamente na exclusão dos subalternos.

expresso na CRFB são aprovados por maioria simples – o decreto legislativo que aprova o Tratado na época não tinha quórum expresso na CRFB).

¹³¹ Por acuerdo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos adoptado en el marco del LXXIV Período ordinario de sesiones (22 de enero al 3 de febrero de 2007), se decidió modificar el formato de las sentencias que el Tribunal ha utilizado hasta el presente. El nuevo formato busca reducir el tamaño de las sentencias, de forma tal que sean más accesibles al público, sin dejar de hacer un estricto análisis de la prueba y las alegaciones de las partes, y sin restringir las consideraciones de hecho y derecho pertinentes.

El cambio de formato también obedece a diversas solicitudes recibidas en el Tribunal por parte de los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos, universidades y académicos de la región y organizaciones de la sociedad civil, entre otros, así como a la propia reflexión interna del Tribunal.

Creemos que a efetividade da CtIDH não é importante apenas ao entendimento de seu papel pragmático no SIDH¹³², mas também essencial para que se realiza uma ampla compreensão das comunidades epistêmicas ao redor da própria CtIDH¹³³. É possível perceber que a manipulação de semânticas e de sintáticas de DHs na América Latina construíram uma esfera pragmática de supremacia colonial dentro e fora do SIDH¹³⁴.

Antes de concluir que o positivismo jurídico moderno, com o intento de ser mais refratário às investidas ideológicas fez exatamente o contrário, internalizando vieses ocultos sob o rótulo de ciência, Roesler (2009, p. 47) concorda que o processo de objetivação se tornou ele mesmo um poderoso mecanismo escamoteador de estruturas de status quo, abrindo-se às críticas e à suposta legitimação do conteúdo legal¹³⁵. De volta ao SIDH, pode-se ver que tanto as teorias discursivas do direito, quanto o universalismo dos direitos humanos e o desenho institucional se estruturam ao redor do *ethos* do centro, excluindo a comunicação subalterna o máximo possível.

Um dos poucos modos¹³⁶ para decifrar a linguagem jurídica é exatamente através da análise da sua silenciosa histórica, social e epistêmica dimensão. Exatamente por que qualquer argumentação é desenvolvida dentro de determinada cultura jurídica,

¹³² The so-called symbolic aspects of Human Rights have, according to Neves, 2005, two distinct and paradoxal aspects: 1) the Symbolism of Human Rights creates among the strict normative sense an aura of social semantics which can contribute to its development, discussion and social stability. Hunt's idea of Human Rights invention turns around this narrative and rhetorical construction of law (Hunt, 2008). 2) The Symbolic aspect can be manipulated by the State and by the Classes that have already consolidated for themselves the „fairness“ of Law. In this case, Human Rights tend to contribute to the maintenance of „status quo“ and for the oppression against the subalterns.

¹³³ Taken, for instance, the complexity of Brazilian 2018 society. In the same territory it possible identify the majoritarian community and the traditional communities of indigenous peoples, quilombolas, faxinais, quebradeiras de coco... Inside the indigenous communities there is another great variety of peoples and „Weltanschauungen“ usually reduced to the concept of indigenous. On the other hand, inside the majoritarian society there are different social classes each one with a distinct world view, values and notions of right and wrong. Indeed, the contextual aspects of society are traditionally congregated around one Law, despite deep particularities surrounding the theme.

¹³⁴ Here we can talk about the central modernity through Human Rights universality as well as central in the periphery, with manipulation of Human Rights grammar and its separation of Subaltern contexts.

¹³⁵ The irony is that this process first appeared as an answer to subjectivity and as an instrument of expectation's control and certainty.

¹³⁶ Talvez o único.

que aceita parâmetros como racionais¹³⁷, podemos admitir que a linguagem jurídica é, ela mesma, um complexo e interessante *melting pot of intrinsic and extrinsic influences, coming from cultural practices evolving within the space-time of modernity* (Wagner, Anne; 2017 p. 252).¹³⁸ O mesmo ocorre com o texto legal, por exemplo, nas decisões da CtIDH: uma análise de decisão judicial não será adequada se não se compreender, de antemão, que sombras e luzes convivem em nossos esforços cotidianos de construção das instituições e das práticas (Roesler, 2018, p. 41).

Diante da *translationability*¹³⁹ dos termos, sentenças e estruturas legais, Anne Wagner conclui que *Professionals in legal translation will have to „shape“ the content of source language legal norms into the target language, knowing that even words with fixed meaning can undergo a maturing process* (Wagner, 2016). Logo, trata-se de uma atividade complexa e sujeita a constantes ressignificações, não podendo se dar ao acaso ou sem o amadurecimento necessário.

Aparentemente a CtIDH como a instituição a falar pelos e dos DHs de quase 6,5 milhões de pessoas¹⁴⁰ se ajustaria ao que para as ciências sociais contemporâneas se trata por contextual e socialmente adequada aos subalternos. Em termos das Teorias Retóricas e Tópicas do Direito, é possível asseverar que a CtIDH, nos moldes em que se coloca hoje, lida com *Gesichtspunkte ohne Gesicht*¹⁴¹.

Podemos perceber ao menos duas ordens de deficiências: 01) O desenho institucional da CtIDH recruta juízes dos diferentes países membros da CADH, mas demograficamente próximos em termos de gênero, classe social e nível educacional; 02) Os direitos construídos tanto através dos textos dos tratados¹⁴² quanto as decisões dos juízes se baseiam num contexto majoritariamente voltado aos centros

¹³⁷ Ballweg, Ottmar (1990) Rhetorik und Vertrauen. In: Kritik und Vertrauen. Frankfurt a. M.: Anton Hain Verlag.

Adeodato, João Maurício (2013) Retórica Analítica como Metódica Jurídica. *Argumenta*, 18, pp. 11-29.

¹³⁸ Um caldeirão de influências intrínsecas e extrínsecas vindas das práticas culturais no espaço-tempo da modernidade.

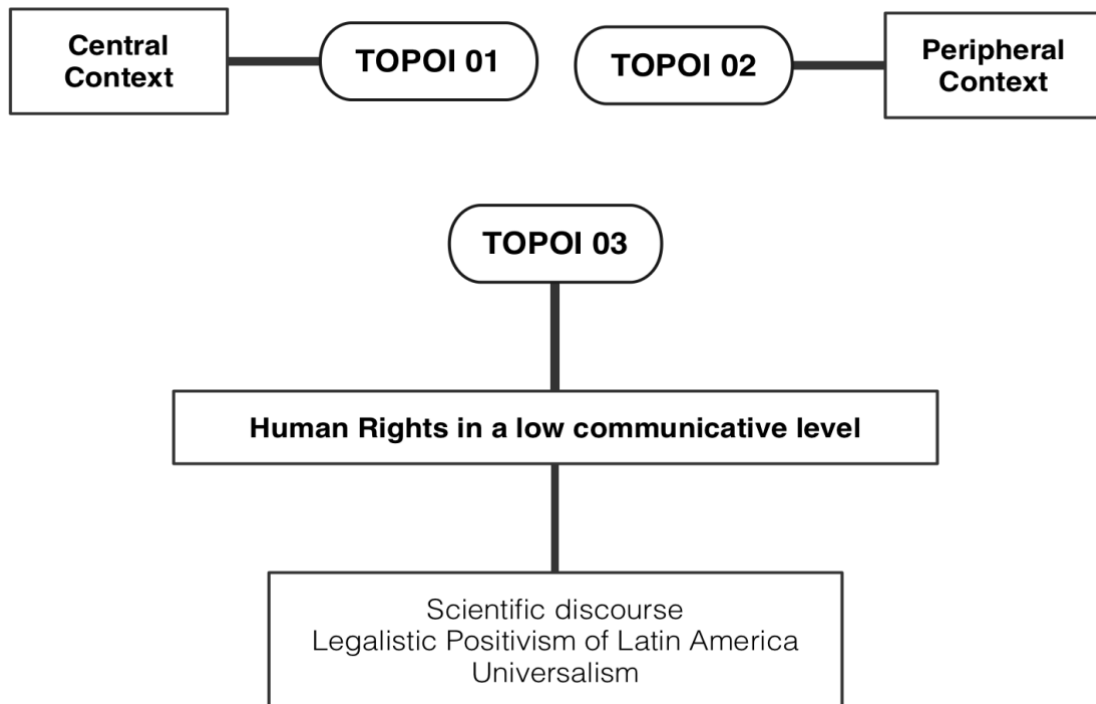
¹³⁹ “Traduzibilidade”.

¹⁴⁰ According to <http://www.worldometers.info/world-population/population-by-country/>. Access in 15.06.2018.

¹⁴¹ “Pontos de vistas sem rosto”. Tomamos o conceito de *topos* desenvolvido por Theodor Viehweg (1974) como pontos de vista (senso comum).

¹⁴² Parâmetros de controle de convencionalidade dentro e para além do SIDH: CADH, DADDH, Convenções Temáticas no SIDH, COEA, CONU, DUDH, PIDCP, PIDESC...

globais, alinhando ainda insistentemente mais com noções semântico-sintáticas do direito que com a pragmática, com as comunidades retóricas e com o cenário tópico.



O problema reside exatamente no fato de que os direitos humanos, no contexto da sociedade mundial hodierna, ao contrário dos direitos fundamentais no âmbito estrito do Estado Democrático de Direito, constituem expectativas normativas carentes de uma institucionalização satisfatória tanto na dimensão pessoal (consenso sobre procedimentos) e na material (identificação de sentido) quanto na temporal (normatização).

Em outro sentido, considerando a ambivalência dos DHs em seus aspectos simbólicos (Neves, 2015) e as críticas de Spivak (1988), podemos considerar que 01) DHs suscitam revisão, especialmente a se realizar pelas vozes de outros contextos alheios ao centro irradiante da noção tradicional em cada um dos contextos para atingir o nível protetivo a que se propões; 02) Ainda que o SIDH e cada instituição passasse a trabalhar perfeitamente a partir de amanhã, o problema afeito à dimensão simbólica e elusiva dos DHs na matriz eurocêntrica prevaleceria.

Talvez a estrutura do SIDH deva ser mais contextual e adequada aos aspectos do continente e de sua comunidade jurídica¹⁴³: geograficamente, demograficamente, epistemologicamente, politicamente, economicamente etc. A crítica acerba de Spivak sugere que esse gênero estrutural mantém a posição de subalternidade apesar da independência das antigas colônias americanas, nesse caso, mantendo também o Direito e sua correspondente efetividade no âmbito do DIDH estritamente ao centro dentro da periferia. Em outras palavras, cultivando a proteção do status quo e da dominação das classes com as canetas, com o dinheiro e com o poder numa sofisticada narrativa de DHs¹⁴⁴.

¹⁴³ Aqui precipuamente nos referimos ao jurisdicionado.

¹⁴⁴ Perguntamo-nos, inclusive, se nosso próprio modo de pensar e de perceber a neutralidade opera como um tipo weberiano ideal - não como ponto real de discurso.

C02. ANÁLISE ARGUMENTATIVA

No C01, vimos o contexto multinível interamericano, suas instituições de cúpula, seu direito material e seus pressupostos fundamentais. Era crucial compreender a perspectiva institucional em que se insere a discussão objeto deste trabalho, especialmente o layout das Cortes Constitucionais e sua relação com a CtIDH, antes de adentrar com o instrumental metodológico da TAJ. Veja-se, o plano de fundo do SIDH lida com os DHs consagrados nos diplomas regionais, preponderantemente a CADH. Paralelamente, as Cortes Constitucionais ocupam o topo dos respectivos sistemas de controle de constitucionalidade, tutelando os Direitos Fundamentais positivados nas constituições.

Não há hierarquia entre a CtIDH e os tribunais constitucionais, de modo que esse não pode ser um critério para resolver conflitos normativos. Na verdade, há níveis de prevalência correspondente ao Direito Material¹⁴⁵. Por isso, a CtIDH é tida como a intérprete por excelência do bloco de convencionalidade¹⁴⁶ ao passo que as cortes nacionais são as intérpretes máximas do bloco de constitucionalidade¹⁴⁷.

Todavia, não há exclusividade na competência das respectivas cortes. Dito de outro modo, não cabe à CtIDH exclusivamente o Controle de Convencionalidade e às cortes constitucionais o controle de constitucionalidade. Na verdade, o Controle de Convencionalidade se desdobra em dois: controle nacionalista e internacionalista. Por outro lado, não se defere propriamente à CtIDH a realização do controle de constitucionalidade¹⁴⁸, mas isso tampouco implica na indiferença da CtIDH ao direito interno casuístico. Assim, pode-se dizer que a CtIDH deve realizar primordialmente o Controle de Convencionalidade, com cognição do ordenamento interno, mormente os Direitos Fundamentais¹⁴⁹. Outrossim, devem as cortes constitucionais realizar o

¹⁴⁵ O que aproximaria esse caso da aplicação do critério da especialidade, embora com ajustes adequados ao contexto específico multinível.

¹⁴⁶ Tradicionalmente, entendido como os diplomas formadores do SIDH, primordialmente a CADH.

¹⁴⁷ No caso brasileiro, a CRFB/88. No caso peruano, a CPP/93.

¹⁴⁸ Imagine-se a situação em que a CtIDH fosse obrigada pelo SIDH à realização do controle de convencionalidade (parâmetro protagonizado pela CADH) e do controle de constitucionalidade de cada estado parte no caso concreto. Haveria clara paralisação da atividade jurisdicional, além de graves dificuldades de compatibilização com o direito interno, uma vez se tratar de corte internacional e, portanto, fruto de outro ramo jurídico.

¹⁴⁹ Revista a dificuldade na manutenção da distinção entre ambas categorias na contemporaneidade.

controle de constitucionalidade com preeminência, ao mesmo tempo em que aferem o controle de convencionalidade¹⁵⁰.

Por isso, podemos apontar pelo menos duas situações de contato nas quais o diálogo entre os sistemas de tutela e suas respectivas cortes deve acontecer: 1) a relação conceitual entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais; e 2) o Controle de Convencionalidade (interno e internacional).

A TAJ oferece uma proposta de controle democrático de discursos jurídicos em variados contextos¹⁵¹. Trata-se de uma sofisticada proposta que engloba dimensões formais, materiais e pragmáticas da linguagem do Direito. A partir da instituição de cortes internacionais, a práxis do direito se deparou com uma complexidade adicional, qual seja, a compatibilização das decisões ali proferidas com o ordenamento jurídico (Kelsen, 2016). No tocante às cortes regionais de direitos humanos, o problema é ainda mais específico, uma vez que os direitos ali judicializados são, em grande medida, semelhantes ou materialmente iguais àqueles consagrados constitucionalmente (Neves, 2009; Acosta Alvarado, 2015).

O Estado Constitucional demanda o *consentimiento de los afectados* (Atienza, 2013), por isso, a argumentação jurídica preenche um espaço da racionalidade democrática¹⁵². Qualquer decisão jurídica¹⁵³ deve se desenvolver em torno dos pressupostos do ordenamento jurídico. Temos aqui um contexto peculiar tanto formalmente (Carvalho Ramos, 2011; Carvalho Ramos, 2012), quanto pragmaticamente (Viehweg, 1995) que suscita novas ferramentas para conter risco de manipulação da gramática de direitos (Neves, 2005). Diante desse problema-

¹⁵⁰ Outro ponto derivado dessa competência é a interpretação prevalente no Controle de Convencionalidade de matriz nacional. As cortes internacionais não podem realizar interpretações dos DHs positivados na ordem internacional de maneira ensimesmada, o que possibilitaria a criação de tantas interpretações da CADH quanto estados partes do SIDH, regredindo à fase nacionalista dos DHs.

¹⁵¹ No C03 comentamos acerca desses cenários tanto conforme a previsão do Professor Atienza, quanto nas arenas mais recentes como o próprio contexto multinível.

¹⁵² Há ao menos 05 perspectivas teóricas distintas de TAJ, cada uma com um instrumental e metodologia particulares. Entretanto, o elemento conciliador entre todas elas é a noção de racionalidade, umbilicalmente ligada àqueles eventos históricos que descortinaram tanto o constitucionalismo, especialmente com a revolução francesa e seu caráter universalizante, quanto uma teoria do direito centrada no raciocínio humano, primeiramente jusnaturalista e posteriormente positivista.

¹⁵³ Não somente as judiciais, já que todo o processo decisório na tensão Direito-Política deve se justificar dentro do escopo material criado pela Constituição e pelas normas jurídicas. Assim, a TAJ trabalha com vários cenários argumentativos (Atienza, 2013, p. 703-722).

quadro, propomos um percurso teórico por meio da TAJ (Atienza, 2013) com o objetivo de analisar e avaliar decisões judiciais no contexto do SIDH.

Neste capítulo conduziremos a análise das decisões judiciais escolhidas, valendo-nos sobretudo do modelo desenvolvido por Atienza (1990, 2005, 2009, 2013 e 2017). Segundo ele, a análise dos argumentos contém diversas tarefas que devem ser realizadas pelo pesquisador de maneira conjunta: a) representar os argumentos e as argumentações de que aqueles fazem parte, ao menos quando se estiver diante de argumentações complexas; b) mostrar quais são os elementos e as diferentes partes que constituem a argumentação; c) analisar detalhadamente cada uma das partes, sobretudo as de maior importância.

Inicialmente, retomam-se os três enfoques teóricos do Direito (desenvolvidos em *Las Piezas del Derecho*): Enfoque Estrutural, associado ao normativismo jurídico; Enfoque Funcional, associado ao realismo jurídico e a posturas sociológicas; e Enfoque Ideal, do Direito Justo. Adota-se uma orientação sintética e operativa segundo ele, para contribuir com a Tarefa de melhorar o desenho e o desenvolvimento do Direito. (Atienza, 2013, pp. 19-20)

A TAJ adotada neste trabalho considera as críticas¹⁵⁴ dirigidas aos seus predecessores desde a década de 1970¹⁵⁵ oferece-nos melhoramentos e adequações às demandas teóricas do Estado de Direito contemporâneo (Atienza, 2013, p. 30), mantendo-se girando ao redor da noção de racionalidade¹⁵⁶. Feito esse breve relato

¹⁵⁴ Centralização nos tribunais superiores, desatenção a questões de fato, à argumentação legislativa, à negociação/mediação e à dogmática, além de cegueiras a temas sociológicos, psicológicos etc.

¹⁵⁵ Embora se possa indicar três fundações à TAJ na década de 1950 (Viehweg, Perelman e Toulmin), somente após os trabalhos de Alexy e MacCormick, se diz haver propriamente uma TAJ.

¹⁵⁶ Conforme o Artigo 1º da DUDH, a racionalidade é posta como elemento da própria essência humana, de modo que a razão... „Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.“ No mesmo caminho, a democracia é alçada ao nível de DH universal: „Toda pessoa tem o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos“ Art. 21.1, DUDH. Nos „consideranda“ da DUDH, a possibilidade de exercer comunicação livremente é colocada como elemento fundamental do mundo pós guerra: „considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos da pessoa resultara em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que as pessoas gozem de liberdade de palavra, de crença e de liberdade de viverem a solão do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum;“

acerca do Estado da Arte em que se aloca a TAJ, passaremos agora à primeira fase de sua metodologia: a análise.

2.1. Conceito e Concepções da TAJ

Ainda que o Direito não se resuma exclusivamente a uma empreitada argumentativa, essa perspectiva pode contribuir de maneira decisiva para uma melhor teoria e uma melhor prática jurídica, constituindo parte fundamental da decisão jurídica - englobando desde o cenário judicial, nos três vértices da relação processual, até o cenário legislativo. Argumentar é um fenômeno social inerente, mas não suficiente, à resolução de problemas a ponto de o autor dizer que a argumentação segue, ou precede, a decisão, como a sombra ao corpo¹⁵⁷ (Atienza, 2013, pp. 107-108)

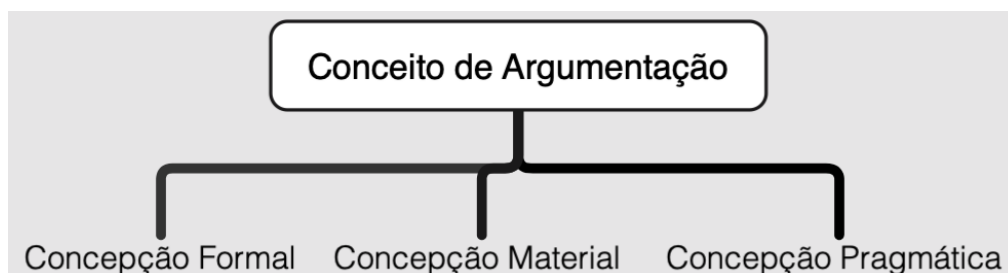
Enfrentando a dificuldade semântico-metodológica atida ao tema da argumentação, faz-se uma distinção entre conceito (noção ampla) e concepções (interpretações possíveis). Assim, o conceito de argumentação passa a combinar uma ação linguística que orienta teses e razões de maneira procedimental racionalmente estruturada desde um problema até uma solução-decisão. (PEB 37-38; PEC 109-110). Dado o conceito amplo e central, pode-se falar em três concepções de argumentação: a concepção formal (lógica), a concepção material (verdade e correção) e a concepção pragmática (contextual). (Atienza, 2013, p. 110)

As concepções ou dimensões da argumentação relacionam-se com o tipo de problema com o qual o ser humano se envolve. Contudo se tratam de tipos ideais, nos quais coexistem várias interpenetrações dinâmicas entre uma e outra, aliás, há uma certa vocação de totalidade nessa relação entre dimensões da argumentação. Por fim, podem ser relacionadas respectivamente aos seguintes valores: certeza; verdade e justiça; e aceitabilidade/consenso (Atienza, 2013, 113-114). Revendo a colocação de Viehweg (1953) de que o diálogo resta como a única instância de controle, cabe à Teoria da Argumentação não optar por uma concepção determinada, mas sim desenvolver-se integrativamente em torno das três.

¹⁵⁷ Perguntamo-nos quais seriam os demais elementos necessários à resolução de problemas que não possam, em última medida, ser traduzidos à argumentação. Essa questão supera o escopo inicial e remete às críticas feitas ao autor no diálogo do capítulo 10 da obra no sentido de considerar-se (ou não) o fenômeno jurídico contido dentro da linguagem-argumentação.

Em relação ao Direito, é perfeitamente possível que uma razão explicativa tenha também força justificativa, de modo a se perturbar a rigidez da distinção entre Contexto de Descoberta e Contexto de Justificação. Por conseguinte, pode-se perceber com alguma nitidez a separação na concepção formal (razão explicativa = razão justificativa), com maior dificuldade na concepção material e de forma inexistente na concepção pragmática. Finalmente, além das questões teóricas certos constrangimentos institucionais (como a independência judicial e a imparcialidade) cumprem precisamente a função de fazer coincidir as razões explicativas com as justificativas.

Há critérios duais para avaliar argumentos a partir das três concepções: válido/inválido (concepção formal), sólido/não-sólido (concepção material) e persuasivos/não-persuasivos (concepção pragmática). Finalmente¹⁵⁸, parece que o conceito de falácia é majoritariamente contextual e, portanto, importante não é tanto uma classificação ou uma tipologia das falácias, mas um método para poder detectá-las. Tudo isso, inclusive, não significa pôr em questão a racionalidade das argumentações, mas sublinhar que o argumento falacioso pressupõe o conceito de bom argumento (da mesma forma que a noção de ideologia pressupõe a de verdade¹⁵⁹) (Atienza, 2013, p. 117).



¹⁵⁸ Entretanto, há falácias (vistas nas três concepções) que podem comprometer ou dificultar a avaliação e, conseqüentemente, o uso dos argumentos. O que gera as falácias, é tanto aquilo que Bentham chamava interesses sinistros (os interesses que não podem ser declarados abertamente) como também as dificuldades cognoscitivas dos seres humanos.

¹⁵⁹ O autor enfrenta toda a problemática de uma prática caoticamente orientada, a qual ele faz questão de referir em vários momentos da obra, fazendo menção a certos conceitos objetivamente aferíveis e que, por isso, resguardariam a racionalidade do Direito. É uma questão sensível em toda a obra, sobretudo nos critérios de avaliação dos argumentos, porém não devidamente enfrentada pelo autor.

Concepção Formal

Trata-se da estrutura dos argumentos propriamente dita. Aqui a ênfase recai sobre o resultado final da atividade argumentativa juntando premissas, conclusão e inferência. O autor alerta para a complexidade do termo “forma” e o delimita como a abstração técnica do conteúdo das proposições, remetendo-se, portanto, à estrutura seca do argumento. Sob este enfoque, a regra de inferência mais utilizada é a *modus ponens*, segundo a qual, deriva-se o enunciado conseqüente a partir de um enunciado condicional e da afirmação de um outro antecedente. A lógica permite a validação de um número elevadíssimo de argumentos, independentemente de seus conteúdos. Portanto, pode-se dizer que a lógica estuda as inferências do ponto vista formal, geral e sistemático (Strawson 1952). A formalização tem por vantagens o controle de imprecisões e um dinamismo analítico. Todavia, não consegue captar a riqueza das linguagens naturais e, por isso, gera incongruências se aplicada a despeito dos demais enfoques. Segundo o autor, o modelo Toulmin (1958) possibilita uma inferência de caráter material, corrigindo em certa medida as deficiências da lógica formal. (Atienza, 2013, p. 173)

A inferência consiste na passagem entre enunciados e pode ser via dedução (mais forte e necessária) ou indução (mais fraca e especulativa). A dedução se caracteriza pela reflexividade (a conclusão reflete o conteúdo das premissas), monotonia (o resultado não varia conforme a inclusão de novas premissas) e transitividade (a conclusão é decorrência exclusiva das premissas). (Alchourrón, 1995). Assim, enquanto ganha em segurança, a perspectiva formal perde em complexidade (não comporta uma abertura cognitiva). Portanto, uma vez que o Direito não é monótono nos termos da lógica formal, há que reduzir o alcance das inferências e adequá-las a outros pontos de análise.

Um alerta importante recai sobre a multiplicidade de lógicas, as quais talvez possibilitariam contribuições importantes à TAJ. O desafio, contudo, consiste em desenvolver/encontrar uma metodologia que dê conta da complexidade do Direito sem se tornar exageradamente complexa.

Enquanto a validade dedutiva de um argumento depende exclusivamente de considerações formais, a indução já se preocupa com questões materiais e contextuais. (Atienza, 2013, p. 178) Peirce (1965) apontou uma categoria além da

dedução e da indução, qual seja a abdução, distinta das demais por comportar uma ideia inédita em relação às premissas. Embora a abdução seja recorrente em romances policiais, ela é incompatível, ao menos sem as devidas correções, com o Direito, pois este deve considerar a presunção de inocência e um parâmetro probatório mínimo. (Atienza, 2013, pp. 178-179)

Atienza aponta que o argumento abduativo é uma indução com caráter heurístico e derrotável, além de mais afeita à atividade que ao resultado. Aponta como mais característicos aos problemas normativos o argumento *a contrario sensu*, o *a pari*, o *a fortiori* e o *reductio ad absurdum*.

Por outro lado, Perelman e Olbrechts-Tyteca (1958) apontam uma tipologia dos argumentos que indica um papel orientador das estruturas lógicas. Finalmente, Tarello (1980) aponta 15 tipos mais usuais no Direito e realiza um estudo mais próximo de aspectos materiais e pragmáticos, considerando força persuasiva e contexto de ocorrência. Trata-se de um estudo do que se passou a chamar “lógica informal” ou “argumentação crítica” Muito embora a maioria do raciocínio jurídico ocorra via silogismo subsuntivo, em certas ocasiões a norma é uma regra de fim, que não permite a operação tradicional. Necessita-se, excepcionalmente, de um raciocínio finalista. É o que ocorre na ponderação de princípios, por exemplo. (Atienza, 2013, p. 183-185)

A principal limitação da lógica é também sua maior vantagem: seu caráter formal. Assim, a lógica não é suficiente, mas é necessária à TAJ. (Atienza, 2013, pp. 185-186)

Concepção Material

Enquanto na perspectiva formal, a argumentação é percebida como um conjunto articulado de enunciados lógicos, na dimensão material ela é concebida como o oferecimento de razões sobre o mundo material ou sobre como alguém deve nele atuar, coincidindo, de certa forma, com o que se convencionou chamar lógica material. Pode-se apontar o conceito de tópica em Viehweg (1953)¹⁶⁰, no qual o tópico

¹⁶⁰ Segundo Roesler (2009), a tópica de Viehweg mais se ajusta à concepção pragmática, nos moldes da TAJ.

não é uma inferência¹⁶¹, mas sim o que permite efetuar uma inferência, a força justificativa das razões em Summers (1978), as razões justificativas para a ação em Raz (1975) ou, enfim, a distinção entre princípios e regras em Dworkin (1977). (Atienza, 2013, pp. 275-276)

Assinalam-se raciocínios teóricos (compondo enunciados descritivos, da linguagem-ao-mundo), dirigidos ao conhecimento, e raciocínios práticos (compondo normas, do-mundo-à-linguagem), visando à ação, como conceitos básicos para os estudos sobre argumentação. Ambos fomentam a ideia de compromisso, mas, em Aristóteles, von Wright e Searle, o raciocínio prático envolve um antecedente de ação exterior ao discurso.

Dificulta-se, dessa maneira, a separação contexto de descoberta - contexto de justificação. Além disso, dado que o raciocínio jurídico é, essencialmente, um tipo de raciocínio prático, o dual razão explicativa-razão justificativa é incompreendido pela prática da magistratura, à qual a motivação é entendida em sentido material.

A justificação de ações, que engloba a noção de raciocínio prático, pode ser caracterizada como justificação instrumental/técnica (aproximando-se de desejos ou interesses) ou como justificação em sentido estrito (cujas premissas são normas deônticas ou valores). Assim sendo, a diferença está em que as normas e os valores (diferentemente dos desejos, das preferências e dos interesses) têm uma dimensão objetiva, no sentido de que a respeito delas não se coloca apenas a questão de sua existência, mas sim a de sua validade (Atienza, 2013, p. 278)

As razões dos argumentos são as premissas entendidas como fatos (elaborando uma conexão entre discurso e realidade fático), podendo ser do-mundo-à-linguagem, razões operativas em Raz (1975), ou da-linguagem-ao-mundo, razões auxiliares em Raz (1975). Consequentemente, razões completas nada mais são que o conjunto de premissas não supérfluas em determinado raciocínio prático válido. (Atienza, 2013, p. 279)

¹⁶¹ A noção de inferência de Viehweg parece se aproximar do silogismo retórico (entimema) tal como desenvolvido e trabalhado pelos autores e autoras da Mainzer Schule (Escola de Mainz formada a partir de Theodor Viehweg, Ottmar Ballweg e Katharina von Schlieffen) e por João Maurício Adeodato. Nesse sentido, evidenciamos um ponto cego na TAJ de Manuel Atienza, uma vez que ela considera a Retórica tão somente como técnica discursiva mediante a qual, juntamente com a dialética, se coloca a dimensão pragmática da argumentação.

Sobre as razões especificamente jurídicas¹⁶², recai sobre elas o caráter sistemático quando se referem ao ordenamento compreendido como sistema normativo. As definições e distinções feitas aqui devem ser vistas de maneira flexível, de modo que normas reguladoras - regras e princípios - e normas constitutivas - razões auxiliares - são modais não peremptórios. Além disso, em todos os contextos em que se argumenta juridicamente, utilizam-se premissas que não consistem em enunciados que integram o sistema jurídico (Atienza, 2013, pp. 280-282).

As razões variam conforme pesos adesivos e relevância contextual. Como boa parte dos conceitos aqui tratados, a relevância não se restringe a questões formais, de aplicabilidade subsuntiva, compreendendo a interpretação (que, por sua vez, depende de uma teoria da interpretação que conduza num processo adequado o material normativo bruto até a premissa normativa adequada à argumentação do caso) e a validade (normativamente relacionada aos critérios internos ao sistema e faticamente situada entre questões epistemológicas e probatórias).

Por outro lado, sobre o peso das razões este se coloca com mais vigor nos casos difíceis, quando ocorre um vazio no nível das regras do sistema, suscitando critérios materialmente apreensíveis (uma vez que, sob a ótica da lógica dedutiva, não faz sentido colocar uma questão com a do peso das premissas) como universalidade, coerência, adequação das consequências e, enfim, uma filosofia moral e política adequada. (Atienza, 2013, pp. 283-284)

Summers (1978) separa as razões em autoritativas (apelo ao precedente, à lei etc.), substantivas (moral, economia, política, sociedade etc.), finalistas (objetivo valioso), de correção (moral válida aplicável à situação) e institucionais, tratando em cada uma delas as diversas forças/pesos. Atienza, contudo, ressalta a impossibilidade de se estabelecer uma hierarquia definitiva, optando por uma prioridade *prima facie* típica de uma hierarquia fraca estruturalmente mais adequada às várias nuances suscitadas pelo fenômeno jurídico.

¹⁶² Considerando que o peso das razões depende, em última análise, de uma filosofia moral e política, não parece ser o caso de se estender aos diversos EDDs os elementos tipicamente euro-centrados. Dessa maneira, parece que a própria TAJ expõe-se inaplicável, sem as devidas traduções, a contextos normativos e sociais diferenciados como a América Latina, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o Brasil ou as diversas experiências epistêmicas que podem ser percebidas inclusive no interior de um EDD contemporâneo.

O autor, diferentemente de Alexy com a tese do caso especial, entende que a razão prática afeita ao raciocínio jurídico não é completamente independente daquele de caráter moral, de maneira que uma característica peculiar ao Direito seria seu caráter institucional. A partir daí, Nino (1984) coloca que o raciocínio jurídico funciona em um nível institucional, que articula razões legitimadoras da prática social fundada na Constituição, e em um segundo nível no qual se excluem razões justificativas que sejam incompatíveis com a Constituição.

Portanto, há um filtro institucional na tessitura aberta do direito que obsta a entrada no sistema de argumentos/razões somente moralmente justificadas (Atienza, 2013, pp. 285-286). Finalmente, a regra de reconhecimento tal como concebida por Hart (1961) serve aqui para escoimar a unidade da razão prática, dado que as razões que possam ser dadas para justificar que se deva obedecer ao Direito não podem ser outra coisa senão razões morais.

Concepção Pragmática

A História das ideias passou por dois giros: o linguístico, que aproximou a reflexão teórica dos estudos da linguagem, e o pragmático, que deu protagonismo aos atores da argumentação, aos objetivos perseguidos e às regras do discurso. Há referências dessa transição, todavia, em obras clássicas como os Tópicos, as Refutações Sofísticas e a Retórica (Aristóteles). Há, ainda, forte vinculação entre a pragmática, o Direito e a Democracia. O Córax, primeiro tratado de Retórica, tem origem judicial. (Atienza, 2013, p. 136)

A pragmática, compreendida na junção entre retórica e dialética, impescinde das demais dimensões da linguagem¹⁶³. A partir da concepção da linguagem como atividade, desenvolveram-se diversas lógicas dialéticas, como a de Rescher (1977)¹⁶⁴. Finalmente, sob o aspecto material a ênfase recai no diálogo e no consenso como fatores para se alcançar a verdade e a correção (Atienza, 2013, p. 365).

¹⁶³ O Professor de Alacant faz aqui uma crítica a Toulmin e Perelman, por postularem a separação das perspectivas dialética e retórica.

Como veremos, esse é um dos pontos mais frágeis de sua TAJ.

¹⁶⁴ Há referências que tratam de complexidades afeitas ao dinamismo e ao contextualismo (como a derrotabilidade e a não-monotonia das proposições)

Teorias gerais/filosóficas da Argumentação costumam separar três perspectivas no estudo dos argumentos: a lógica, a dialética e a retórica (Atienza, 2013, p. 365). Por conseguinte, é mais própria ao campo jurídico a preocupação com a perspectiva material (preocupação com a verdade/justiça) e a junção entre dialética-retórica.

A dialética (atividade dialógica e contraditiva) está mais vinculada à filosofia, a retórica (atividade monológica e persuasiva) à literatura, à psicologia e à política. Apesar das diferenças, ambas enfatizam a argumentação como prática social orientada a certos fins. Melhor, portanto, enxergar os discursos mediante tipos ideais weberianos (desde os diálogos platônicos até o gênero epidídico) (Atienza, 2013, p. 366).

As partes da argumentação não seriam, assim, enunciados, mas sim momentos em que se sucedem atos de linguagem regidos por regras procedimentais, inferenciais e metodológicas (Atienza, 2013, p. 367). Em certos contextos argumentativos da vida social e jurídica, as regras do diálogo racional (que é apenas um dentre vários tipos) não se cumprem e não geram reações evidentes. Exemplo disso é o debate parlamentar.

Atienza entende possível a conciliação entre uma postura realista (que reconheça outras formas de discurso) e o discurso racional mediante a abertura justificativa de outros discursos menos racionalistas dentro do discurso crítico racional (Atienza, 2013, pp. 367-368). Diferentemente de Platão, Aristóteles via a Retórica como necessária - sobretudo por não ser possível uma argumentação puramente científica sobre todo e qualquer tema - e possível - pois o verdadeiro e bom teriam mais força que os contrários.

Partindo da percepção das falácias nas concepções formal, material e pragmática, estas últimas as consideram como atividades praticadas pelos agentes do discurso. Falácias formais são detectadas mediante o instrumental teórico das lógicas. As falácias materiais decorrem de erros/variações na metodologia de estabelecimento de premissas entre o discurso e o mundo. Todavia, em alguma medida todas as falácias são pragmáticas, sendo campo-dependentes e contextuais (Atienza, 2013, pp. 370-371). As falácias dependem de uma noção mais ou menos sofisticada de racionalidade.

As TAJs surgiram como reação à lógica formal dedutiva com a intenção de sintetizar aquela dimensão com uma racionalidade prática própria. MacCormick (1978) utiliza a concepção formal nos casos fáceis, esta somada a elementos da concepção material (universalidade, consistência, coerência e adequação consequencial), mas limita bastante o papel da dimensão pragmática (Atienza, 2013, p. 372).

Alexy (1989) faz uma teoria semelhante à de MacCormick, mas destaca bastante a pragmática, trabalhada como pragmática universal/transcendental. Ainda, enfatiza o resultado em detrimento do processo argumentativo e o faz num plano demasiado abstrato e formal (próprio da junção Círculo de Viena - Pragmática Transcendental). (Atienza, 2013, p. 372) Ademais, tese do caso especial reduz a argumentação jurídica, em todas as suas modalidades, ao discurso racional. Finalmente, uma TAJ exclusivamente pragmática e que desconsidere as demais dimensões é inadequada tanto descritiva quanto normativamente.

O Giro Linguístico (quando a filosofia passou a dedicar mais reflexão ao discurso e à língua humana como elementos do mundo) e o Giro Pragmático (quando a filosofia se deu conta da complexidade dos temas interacionais e passou a recorrer mais propriamente à dimensão contextual) foram basilares para o desenvolvimento de Teorias da Argumentação tanto na Filosofia quanto no Direito. Nesse sentido, o estudo da Retórica clássica e da Dialética representam interessantes pontos reflexivos sobre a prática jurídica contemporânea, fortemente vinculada ao Estado Democrático de Direito, tanto sob o ponto de vista descritivo quanto normativo.

Com a retomada desses temas, enxergamos um alto grau de relevância na repercussão do desenvolvimento da concepção pragmática da argumentação, além de enfoques diferenciados que correlacionem a Dialética e a Retórica numa pragmática mais centrada em comunidades epistêmicas, o que nos parece de extrema importância no contexto do Constitucionalismo Periférico.

2.2. A Escolha dos Precedentes

Como já nos referimos anteriormente, este trabalho pretende contribuir com a resolução dos ruídos jurídicos entre a CtIDH e as Cortes Constitucionais.

Eventualmente, ambas se deparam com casos bastante análogos sob o aspecto material, ou seja, quanto aos direitos fundamentais/direitos humanos sob escrutínio. Nessas situações, não são incomuns graves dificuldades de compatibilização entre as decisões, o que prejudica a efetivação dos direitos, o cumprimento das sentenças e põe em xeque a dogmática jurídica.

Com isso em mente, é necessário reiterar: a escolha dos precedentes objeto da análise deve obedecer a alguns critérios, especialmente a correspondência casuística¹⁶⁵ entre as decisões internas e supranacionais. Portanto, sugerimos o diálogo entre as cortes, primeiramente sob o ponto de vista descritivo.

Feitas as considerações acerca da escolha das decisões a se analisar, passamos a explicar em que consiste a metodologia de análise de decisões judiciais e a justificar-lhes a utilização.

Dada a complexidade da representação adequada da estrutura, das razões e dos elementos pragmáticos, haveria duas opções: a) um modelo de análise extremamente complexo e pouco funcional; b) um modelo razoavelmente simples e completo. De frente a esse problema, os autores clássicos da Teoria Standard optaram por uma metodologia concentrada na lógica formal clássica, que reduz substancialmente a complexidade e acaba sendo eficiente, mas ao mesmo tempo não dá conta nem do fluxo argumentativo (pois se centra no resultado), da diferente força das razões nem da variedade dos atos de linguagem. (Atienza, 2013, pp. 424-425)

Da mesma maneira, não seria adequado adotar a perspectiva material, a qual terminaria gerando incompreensão por desconsiderar os demais enfoques da argumentação. Desse modo, que se torna mais interessante recorrer à dimensão pragmática e a partir dela, passar às outras duas. Exemplos dessa correlação dimensional são os modelos Toulmin (1958), Wigmore (1937) e Twining (2005) (Atienza, 2013, p. 425).

Apresenta-se um método de análise que combina pontos de Toulmin (1958) e Wigmore (1937), buscando superá-los nas deficiências, e dando conta da diferença entre argumentação - conjunto de passos, atos de linguagem e enunciados entre o

¹⁶⁵ Desse modo, não se trata de um estudo sobre os casos específicos, mas de uma pesquisa quanto aos limites e possibilidades da TAJ na resolução casuística no contexto multinível. O interesse aqui é vislumbrar e aferir o grau de racionalidade no diálogo das cortes (CtIDH e Cortes Constitucionais). Não se trata, portanto, de um estudo sobre anistias na América Latina.

problema e a solução -, argumento - determinada razão, a favor ou contra uma tese específica- e linhas argumentativas - conjunto de argumentos orientados em um certo sentido (Atienza, 2013, pp. 425-426).

A representação de uma argumentação não inclui apenas a sua forma, sua estrutura, mas também as razões utilizadas em cada uma (seus diversos tipos, seu peso, sua força persuasiva etc.), além dos seus elementos pragmáticos (dialéticos e retóricos)¹⁶⁶. Esse método está baseado na utilização de diagramas e setas que busca representar a passagem de uns argumentos a outros e os diversos tipos de atos ilocucionários¹⁶⁷ que são realizados em cada uma dessas passagens inferenciais no interior de uma linha argumentativa.

O ponto de partida consiste em conceber a argumentação como um fluxo de informação cuja origem reside na colocação de um problema e na consequente necessidade de se argumentar até a solução. Esse fluxo pode ser representado por linhas (representando os passos não inferenciais) ou por setas (quando se tratar de um argumento a favor ou contra uma determinada tese). As setas se bifurcam ou se unificam conforme as razões utilizadas estejam relacionadas entre si; o peso maior ou menor dos argumentos é representado pelo uso de sinais de "+" e "-".

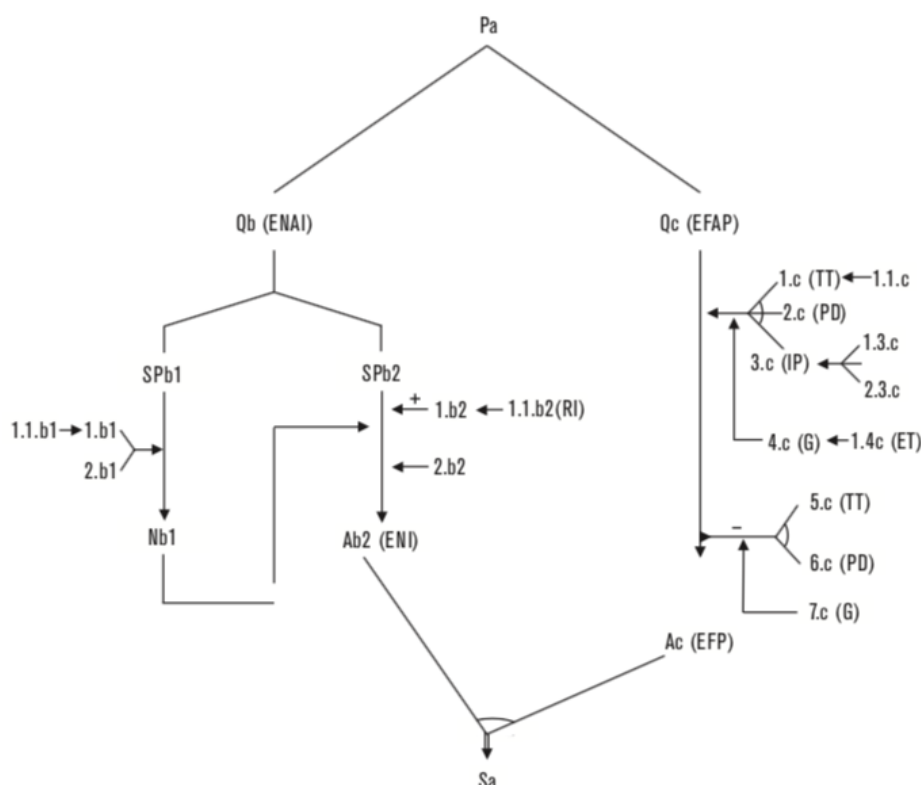
A argumentação parte da colocação do Problema - P - com Conteúdo Proposicional - a - e parte para duas Questões - Q -, sendo uma de tipo interpretativo (ENAI: Enunciado Normativo a ser interpretado) e outra de tipo probatório (EFAP: Enunciado Fático que tem de ser provado). Em seguida, à esquerda temos duas Suposições - SP -, sendo a primeira negada por um argumento complexo com três

¹⁶⁶ Como discutiremos à frente, esse noção da dimensão/concepção pragmática n9a TAJ adotada acaba por reduzi-la excessivamente, restringindo-se aos aspectos dialéticos da argumentação e à retórica estratégica (Adeodato, 2009). Deixa de lado, portanto, aspectos relevantes dentro da retórica na perspectiva jurídica da Mainzer Schule (Escola de Mainz) e dos desenvolvimentos feitos por Adeodato, Ferraz Jr., Roesler e Reis. Por exemplo, há de se considerar como elementos argumentativos também a retórica material e a retórica analítica. Ademais, estudos feitos a partir das contribuições da filosofia da linguagem, da filosofia analítica, da psicologia cognitiva, entre outros campos, sugere a ampliação substancial da pragmática. Isso pode ser ajustado ao escopo da TAJ e do direito com os estudos de Viehweg (1951).

¹⁶⁷ Segundo a contribuição de Searle (1969), os atos do discurso podem ser estudados em três níveis:

- 1) Atos Locucionários: atos de pronúncia de determinado enunciado comunicativo;
- 2) Atos Ilocucionários: pronúncia de determinado enunciado intencionalmente orientado e situado;
- 3) Atos Perlocucionários: efeitos gerados no receptor de outro ato.

razões e a segunda afirmada por uma regra de interpretação - RI - e ressaltada por uma razão simples. A Questão Fática, à direita, compreende atos probatórios testemunhais - TT -, documentais - PD - e periciais - IP. Além disso, há espaço para enunciados geral (por exemplo, uma máxima de experiência) e enunciados teóricos (por exemplo, uma doutrina dogmática). Finalmente, a justificação interna combina o Enunciado Normativo Interpretado (ENI) com um Enunciado Fático Provado (EFP). (Atienza, 2013, pp. 427-429)



A análise, contudo, não se esgota na aplicação do modelo tendo de dar conta da distinção entre os vários elementos do discurso, os quais podem ser vistos na tradição do Legal Reasoning: citation, facts, issues, holding/ruling, rationale e judgment¹⁶⁸. (Atienza, 2013, pp. 429-431)

¹⁶⁸ A TAJ desdobra o Judgment da Legal Reasoning em duas partes: Solución e Decisión. Tal postura cumpre uma função prática, qual seja a de facilitar a visualização da linha argumentativa, identificando com mais clareza a decisão final e a necessária solução.

Legal Reasoning	TAJ
Citation	Narración de hechos
Facts	Problemas planteados
Issues	Cuestiones y subcuestiones
Holding	Respuestas a las cuestiones
Rationale	Razones
Judgment	Solución
	Decisión

A partir dos elementos da argumentação, importa identificar o tipo de questão em que consiste a controvérsia. Recorrendo à tipologia de casos difíceis (vistos por meio da doutrina dos estados de causa) elaborada por MacCormick (1978), Atienza adota oito questões: processuais, probatórias, qualificatórias, de aplicação, de validade, interpretativas, de discricionariedade e ponderativas (Atienza, 2013, pp. 431-432).

01) Questões processuais

Consideram-se autônomas as questões processuais - assim inovando em relação à tipologia de MacCormick (1978) - por tratar-se de normas constitutivas (e não-regulativas como as de direito material), as quais suscitam ao juiz um raciocínio diferenciado.

02) Questões de prova

Aqui se trata das questões chamadas conjecturais pela tradição retórica dos estados da causa. Há uma série de dificuldades na confiabilidade dos meios de prova e na conseqüente tradução deles pelo Direito, o qual combinando a gestão racional da prova, da indução, com o direito probatório, parte de uma indução e de uma generalização para atingir um fato juridicamente conclusivo.

03) Questões de qualificação

A distinção entre problemas de qualificação e de interpretação é particularmente difícil, a ponto de MacCormick só considerá-la possível retoricamente. Entretanto, nos problemas de qualificação, argumenta-se partir de definições, ao passo que nos problemas de interpretação, os argumentos se dirigem à conclusão.

Assim, há uma zona de penumbra na qual se verifica um sério sincretismo entre as duas questões, mas é possível distingui-las pela ênfase às premissas (qualificação) ou às conclusões (interpretação).

04) Questões de aplicação

Estas questões coincidem com as chamadas por MacCormick (1978) de Questões de Relevância e consistem em se estabelecer a existência e a própria norma aplicável ao caso. Aqui há uma preocupação especial com a proliferação de sistemas de fontes mais abertos típicos do pluralismo jurídico, além de uma referência à metodologia do Direito Internacional Privado, o qual tem por objeto central a determinação da norma adequada em situações de aplicação de ordenamentos estrangeiros.

05) Questões de validade

Mais uma vez considerando a permeabilidade entre questões, aqui entre questões de validade, de aplicação e de interpretação, definem-se as primeiras como referentes ao respeito da norma casuística aos critérios estabelecidos no ordenamento para sua validade. Em geral, esses critérios decorrem de normas constitutivas, embora, possa recair sobre o próprio conteúdo normativo, por exemplo em matéria de constitucionalidade.

06) Questões de interpretação

Posto que Em um sentido mais amplo, pode-se dizer que todos os problemas normativos são questões de interpretação (e também questões de prova), toma-se por Questões de Interpretação aquela decorrente do texto normativo, de modo a tornar imprescindível a utilização de alguma Teoria da Interpretação (a qual ocupa o lugar de backing no esquema Toulmin (1958)).

07) Questões de discricionariedade

Chama-se de Questões de Discricionariedade as relacionadas à interpretação de normas de fim (Princípios ou Regras, Alexy (1986)), de maneira que o comportamento discricionário é aquele que quem pretende seguir normas de fim deve

realizar, o que supõe escolher os meios adequados e, em cada caso, ponderar adequadamente os fins.

08) Questões de ponderação

Não haveria discricionariedade nas Questões de Ponderação, por não se tratar da concreção de um objetivo, mas da opção por um ou outro conjunto de bens. Passa-se de Princípios a Regras diante de alguma lacuna normativa ou axiológica no nível das regras. Levando-se mais uma vez em conta que o ponto controvertido seja complexo e suscite uma pluralidade de questões, combinando questões em zonas de penumbra metodológica, a identificação desses pontos a debater é fundamental tanto ao entendimento da argumentação quanto ao seu exercício. (Atienza, 2013, pp. 439)

2.2. O corpus jurisprudencial da CtIDH

Para possibilitar algum nível de comparação entre os casos, devemos adotar critérios metodológicos na escolha deles¹⁶⁹. Dessa maneira, partimos da seguinte linha de raciocínio: A) Pesquisa exploratória quanto aos precedentes da CtIDH¹⁷⁰, focando as decisões de mérito/fondo; B) Comparação preliminar daqueles com eventuais casos julgados pelas cortes constitucionais dos respectivos países¹⁷¹; C) Revisão e aprofundamento da decisão da CtIDH e da correspondente nacional.

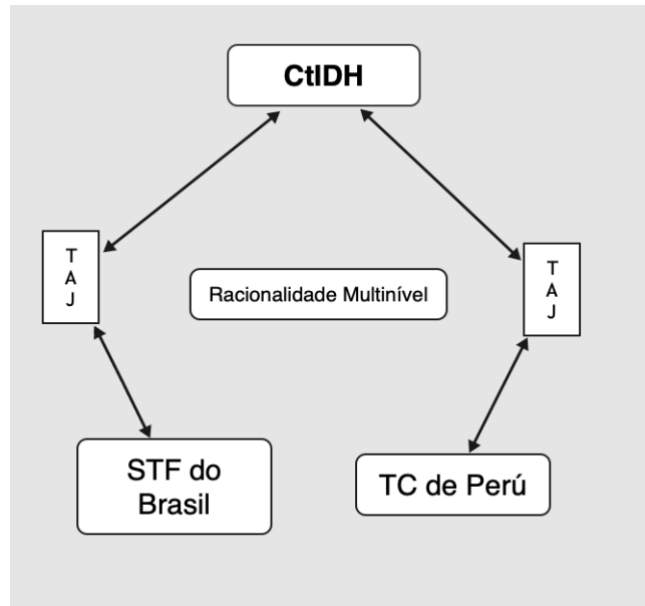
¹⁶⁹ A pesquisa não se pretende restringir às questões de fato tampouco ao mérito das decisões. Trata-se, apenas, de um filtro formal que possibilite a análise e a avaliação dos casos para efeitos comparativos.

¹⁷⁰ <http://www.corteidh.or.cr/>

¹⁷¹ Nosso objetivo aqui é encontrar casos análogos aos julgados pela CtIDH, sendo esse o critério principal.

Peru, Argentina, Chile, Equador, Bolívia, Brasil, Uruguai e El Salvador possuem no topo de seus ordenamentos cortes constitucionais, cada qual com suas particularidades, mas todas com o mesmo mister: tutelar a Supremacia da Constitucional e, para nossos fins, dos Direitos Fundamentais.

Comentamos neste trabalho a manutenção ou o abandono à distinção entre DHs e DFs.



Dada a riqueza de casos julgados pela CtIDH¹⁷² e os critérios acima, chegamos aos 11 casos seguintes, todos sobre leis de anistia:

1. Caso Barrios Altos vs. Perú (Sentença de 14.03.2001);
2. Caso Bulacio vs. Argentina (Sentença de 18.09.2003);
3. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile (Sentença de 26.09.2006);
4. Caso La Cantuta vs. Perú (Sentença de 29.11.2006);
5. Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador (Sentença de 22.11.2007);
6. Caso Ibsen Cárdenas y Ibsen Peña vs. Bolívia (Sentença de 01.09.2010);
7. Caso Gomes Lund y otros vs. Brasil (Sentença de 24.11.2010);
8. Caso Gelman vs. Uruguay (Sentença de 24.02.2011);
9. Caso Vera Vera y otro vs. Ecuador (Sentença 19.05.2011);
10. Caso Masacre de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador (Sentença de 25.10.2012);
11. Caso Argüelles y otros vs. Argentina (Sentença de 20.11.2014);
12. Caso Herzog y otros vs. Brasil (Sentença de 15.03.2018).

¹⁷² Nossa pesquisa exploratória se deparou com mais de 350 casos adequados aos critérios de comparação multinível desde a formalização do Projeto de Pesquisa até a conclusão deste trabalho.

Em seguida, estabelecemos a comparação preliminar entre os seguintes casos: Caso 01: La Cantuta vs. Perú; Caso 02: Sentencia Del Tribunal Constitucional EXP Nº 679-2005 PA/TC; Caso 03: Gomes Lund vs. Brasil; Caso 04: ADFP 153;

Composição da CtIDH	
Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil Sentença em 24.11.2010	Caso La Cantuta vs. Perú Sentença em 29.11.2006
Diego García-Sayán	Sergio García Ramirez
Leonardo A. Franco	Alirio Abreu Burelli
Manuel E. Ventura Robles	Antônio A. Cançado Trindade
Margarette May Macaulay	Cecilia Medina Quiroga
Rhasys Abreu Blondet	Manuel E. Ventura Robles
Alberto Pérez Pérez	Fernando Vidal Ramírez (ad hoc)
Eduardo Vio Grossi	
Roberto de Figueiredo Caldas (<i>ad hoc</i>)	

D1

D3

2.3. Os casos correspondentes nas Cortes Constitucionais

D2

Realizada essa análise dos argumentos de cada um dos casos, a pesquisa poderá então proceder à comparação entre elas. O próprio autor (Atienza, 2013, pp. 463 e seguintes), ao exemplificar a aplicação de seu modelo de análise e avaliação a uma decisão do Tribunal Constitucional Peruano sobre a (in)validade da Lei de Anistia do país, enunciou a estrutura argumentativa que julgamos conveniente abordar aqui.

EXP Nº 679-2005-PA/TC Sentencia de 02.03.2007
Alva Orlandini
Bardelli Lartirigoyen
Gonzales Ojeda
García Toma
Vergara Gotelli
Landa Arroyo

No caso exemplo, o demandante foi processado no contexto do Caso La Cantuta pois integrada o grupo la Colima e era suspeito de haver realizado execuções extrajudiciais, homicídios coletivos, desaparecimentos forçados e torturas durante o período Fujimori¹⁷³. A Sala Revisora de la Junta Militar determinou o arquivamento do processo sob a aplicação da Lei de Anistia. Após a fase recursal, o processo chegou à Corte Suprema.

Segundo Atienza (2013, p. 463), a decisão (2) depende de duas questões principais: uma processual quanto à admissibilidade (2.1); outra de mérito, que consiste em se aferir a validade das leis de anistia (2.2). Desse modo, caso inválidas as leis de anistia, não se poderia falar em coisa julgada e a demanda resultaria infundada.

Os critérios empregados para realização do juízo de validade da Lei de Anistia decorre do DIDH e do Direito Constitucional peruano, os quais se devem interpretar de modo conjugado, harmônico e integrado, sem que propugne a primazia de qualquer um perante o outro. Segundo a própria corte constitucional, essa relação entre DIDH e Direito Constitucional existe por conta da confluência teleológica que deriva da proteção efetiva dos Direitos Fundamentais dos peruanos(2.2.1).

A CtIDH no Caso Barrios Altos vs. Perú (03.09.2001) e La Cantuta vs. Perú (29.12.2006) entendeu que as leis de anistia são incompatíveis com a CADH, conseqüentemente, carecem de efeitos jurídicos¹⁷⁴. A corte constitucional, baseada nos precedentes da CtIDH, entendeu que as decisões da CtIDH têm alcance geral (funds. 40-43) e caráter vinculante (funds. 44-49), de modo a se aplicarem plenamente ao caso objeto de julgamento (2.2.2).

Em seguida, o Tribunal Constitucional Peruano enfrentou questões especialmente relevantes a outros casos¹⁷⁵ no Cone Sul. Pode-se dizer em oposição ao DIDH que a Constituição Peruana estabelece como uma das atribuições do Poder Legislativo, na figura do Congresso Nacional, a edição de leis de anistia. Ademais, não há limites expressos a essa atribuição constitucional, de modo que seriam válidos

¹⁷³ Anos. Comentários.

¹⁷⁴ Embora não sejam *leading cases* quanto ao Controle de Convencionalidade, foi exatamente o que acontecem em ambos julgados. Portanto, a estrutura consiste em declarar a incompatibilidade de um ato normativo de direito interno em função de um parâmetro de DIDH.

¹⁷⁵ Como veremos, estas razões foram consagradas como *ratio decidendi* no caso da ADPF 153, julgado pelo STF em 2010.

os atos normativos. Contudo, evidenciou a corte que isso não implica na inexistência de limites (funds. 19-34), sendo eles dados pelos direitos fundamentais e pela obrigação estatal de lhes tutelar. Nesse sentido, são inválidas disposições normativas¹⁷⁶ contrárias aos mínimos patamares protetivos da dignidade da pessoa humana (fund. 30) e à subsequente investigação e persecução criminal de graves violações de DHs ¹⁷⁷ (fund. 33) (2.2.3).

¹⁷⁶ No caso, as leis de anistia, mas também qualquer outro ato legislativo, executivo ou judiciário.

¹⁷⁷ *Grave breaches* (Graves Violações) são matéria de *jus cogens*, como descritas nas Convenções de Genebra de 1949 e nos respectivos Protocolos Adicionais: **I Convenção de Genebra (CG) Art. 50.** As infrações graves as quais alude o artigo anterior são as que abrangem qualquer dos atos seguintes, quando cometidos contra pessoas ou bens protegidos pela Convenção: o homicídio intencional, a tortura ou outros tratamentos desumanos, incluindo as experiências biológicas, o fato de causar intencionalmente grande sofrimento ou de atentar gravemente contra a integridade física ou a saúde, a destruição e a apropriação não justificadas de bens por necessidades militares e executadas em grande escala, de forma ilícita e arbitrária. **II CG Art 51.** As infrações graves as quais alude o artigo anterior são as que abrangem qualquer dos atos seguintes, quando cometidos contra pessoas ou bens protegidos pela Convenção: homicídio intencional, tortura ou outros tratamentos desumanos, incluindo as experiências biológicas, o fato de causar intencionalmente grandes sofrimentos ou ofender gravemente a integridade física ou a saúde, destruição e apropriação de bens, não justificadas por necessidades militares e executadas em grande escala, de forma ilícita e arbitrária. **III CG Art 130.** As infrações graves as quais alude o artigo anterior são as que abrangem qualquer dos atos seguintes, quando cometidos contra pessoas ou bens protegidos pela Convenção: homicídio intencional, tortura ou outros tratamentos desumanos, incluindo as experiências biológicas, o fato de causar intencionalmente grandes sofrimentos ou ofender gravemente a integridade física ou a saúde, obrigar um prisioneiro de guerra a servir nas forças armadas da Potência inimiga, ou privá-lo de seu direito de ser julgado regular e imparcialmente segundo as prescrições da presente Convenção. **IV CG Art 147.** As infrações graves as quais alude o artigo anterior são as que abrangem qualquer dos atos seguintes, quando cometidos contra pessoas ou bens protegidos pela Convenção: homicídio intencional, tortura ou outros tratamentos desumanos, incluindo as experiências biológicas, o fato de causar intencionalmente grandes sofrimentos ou ofender gravemente a integridade física ou a saúde, deportação ou transferência ilegais, detenção ilegal, obrigar uma pessoa protegida a servir nas forças armadas da Potência inimiga ou privá-la de seu direito de ser julgada regular e imparcialmente nos termos da presente Convenção, tomada de reféns, destruição e apropriação de bens não justificada por necessidades militares e executadas em grande escala, de modo ilícito e arbitrário. **Protocolo Adicional (PA) I Artigo 11 – Pessoas Protegidas** [...] 4. A saúde e a integridade física ou mental das pessoas em poder da Parte adversa que estiverem internadas, detidas ou de qualquer outra forma privadas da liberdade em virtude de uma situação mencionada no artigo 1 não devem ser comprometidas por nenhum ato ou omissão injustificados. Em consequência, é proibido submeter as pessoas referidas no presente artigo a um ato médico que não seja motivado por seu estado de saúde e que não esteja de acordo com as normas médicas geralmente reconhecidas que a Parte responsável pelo ato aplicaria, em circunstâncias médicas análogas, a seus próprios nacionais em gozo de sua liberdade. [...] **PA I Artigo 85 – Repressão das infrações ao presente Protocolo** [...] 2. Os atos qualificados como infração grave nas Convenções constituem infrações graves ao presente Protocolo se forem cometidos contra pessoas em poder de uma Parte adversa, protegidas pelos artigos 44, 45 e 73 do presente Protocolo, ou contra feridos,

Por outro lado, suscitou o argumento de que as leis de anistia já tinham sido declaradas válidas pelo TCP (2.2.4). Esse ponto foi tratado em duas linhas pela corte. Primeiramente, aduziu que a sentença havia declarado a improcedência da demanda, mas não apreciara o mérito, portanto não houve cognição judicial acerca da constitucionalidade/convencionalidade (2.2.4.1). Embora se presuma a atuação constitucional, legítima e válida do legislador, percebe-se que a *mens legislatoris* foi a de afastar a responsabilidade penal de autores de graves violações de DHs no generalizado contexto de exceção (funds. 52-53).

enfermos e náufragos da Parte adversa protegidos pelo presente Protocolo, ou contra o pessoal sanitário ou religioso, unidades sanitárias ou meios de transporte sanitário que estiverem sob controle da Parte adversa e forem protegidos pelo presente Protocolo. 3. Além das infrações graves definidas no artigo 11, são considerados infrações graves ao presente Protocolo os seguintes atos, quando forem cometidos intencionalmente, violando as disposições pertinentes do presente Protocolo e que causem a morte ou constituam atentados graves à integridade física ou à saúde: Submeter a população civil ou civis a um ataque; Lançar um ataque indiscriminado, que atinja a população civil ou bens de caráter civil, sabendo que esse ataque causará perdas de vidas humanas, ferimentos em civis ou danos em bens de caráter civil, que sejam excessivos nos termos do artigo 57, parágrafo 2, alínea (a), (iii); Lançar um ataque contra obras ou instalações contendo forças perigosas, sabendo que esse ataque causará perdas de vidas humanas, ferimentos em civis ou danos em bens de caráter civil, que sejam excessivos nos termos do artigo 57, parágrafo 2 (a), (iii); Submeter a um ataque localidades não-defendidas ou zonas desmilitarizadas: Submeter uma pessoa a um ataque sabendo que ela está fora do combate; Utilizar perfidamente, em violação do artigo 37, o emblema distintivo da cruz vermelha, do crescente vermelho ou leão-e-sol vermelho, ou outros sinais protetores reconhecidos pelas Convenções e pelo presente Protocolo. 4. Além das infrações graves definidas nos parágrafos precedentes e nas Convenções, os seguintes atos são considerados infrações graves ao Protocolo, quando cometidos intencionalmente e em violação das Convenções ou do presente Protocolo: Transferência pela Potência ocupante de uma parte de sua própria população civil para o território que ela ocupa, ou deportação ou transferência no interior ou fora do território ocupado, da totalidade ou de parte da população desse território, em violação ao artigo 49 da IV Convenção; Qualquer demora injustificada no repatriamento dos prisioneiros de guerra ou dos civis; As práticas de *apartheid* e as outras práticas desumanas e degradantes, baseadas na discriminação racial, que deem lugar a ultrajes à dignidade da pessoa; Dirigir ataques contra monumentos históricos, obras de arte ou lugares de culto claramente reconhecidos, que constituam o patrimônio cultural ou espiritual dos povos e aos quais uma proteção especial foi concedida em virtude de acordo especial, por exemplo no âmbito de uma organização internacional competente, provocando assim sua destruição em grande escala, quando não existir qualquer prova de violação pela Parte adversa do artigo 53, alínea (b), e os monumentos históricos, obras de arte e lugares de culto em questão não estiverem situados na proximidade imediata dos objetivos militares; Privar uma pessoa protegida pelas Convenções ou mencionada pelo parágrafo 2 do presente artigo de seu direito de ser julgada regular e imparcialmente.

Nesse mesmo sentido, a CtIDH reconheceu essa pretensão estatal pela impunidade dos agentes da repressão, tendo-a provado anteriormente (fund. 55). Por isso, devem os tribunais nacionais reconhecer a validade dos fatos provados em instâncias internacionais de proteção de direitos humanos (fund. 56). Desse modo, a lei congressual é contrária à Constituição peruana e carece de validade (2.2.4.2).

Finalmente, a conclusão é que as leis de anistia são nulas e não produzem efeitos jurídicos ab initio, de modo que não se pode falar em coisa julgada no caso em concreto (3), sendo, portanto improcedente (4).

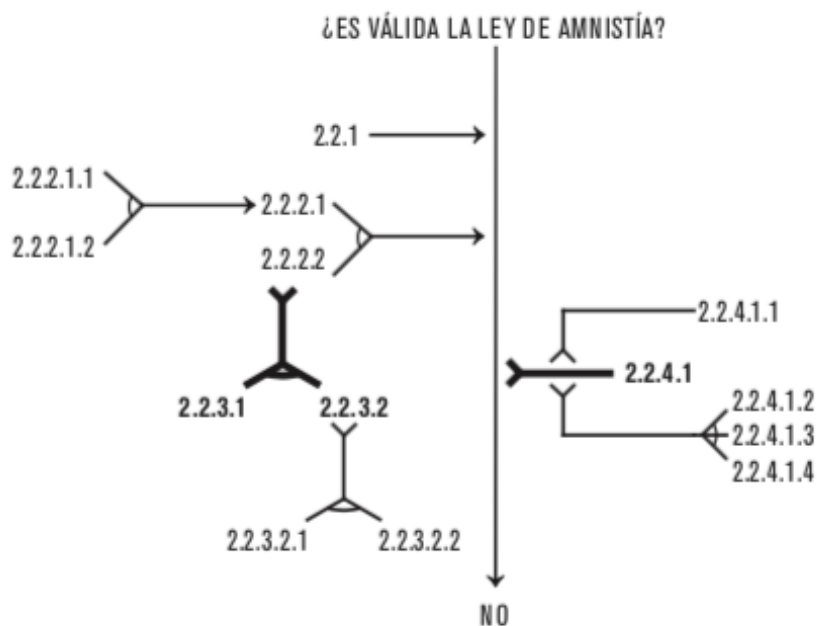
Segundo Atienza (2013), os diagramas de análise argumentativa jurídica consistem na representação gráfica de um processo complexo de justificação decisória. Como já mencionado, a TAJ não desconsidera o que deixa de fora de seu esquema, mas se concentra nos elementos mais fundamentais¹⁷⁸ como uma radiografia que representa toda a estrutura óssea, sem enfocar demais componentes orgânicos e sistêmicos. Além disso, a representação gráfica é apenas um momento¹⁷⁹ que objetiva simplificar o entendimento da argumentação.

Assim, indicamos abaixo um zoom da análise gráfica completa já explicada, porquanto se tratar do centro argumentativo da *ratio decidendi*. Conforme o Atienza em obra que sofisticou suas propostas de análise e avaliação em TAJ (2009, pp. 42-43), as cabeças das setas fechadas indicam a convergência de argumentos a favor da tese principal. Por outro lado, as forquilhas representam o inverso, ou seja, argumentos contrários.



¹⁷⁸ E operacionalmente estruturáveis.

¹⁷⁹ Inclusive dispensável diante de outros instrumentos e percursos analíticos.



A partir do item 2.2.2, as leis de anistia são incompatíveis com a CADH (2.2.2.1), conforme decisões da CtIDH nos casos *Barrios Altos vs. Perú* (03.09.2001) e *La Cantuta vs. Perú* (29.12.2006) (2.2.2.1.1); e ambas sentenças têm caráter geral (funds. 40-43), caráter vinculante (funds. 44-49) e se aplicam ao caso (2.2.2.1.2).

Se uma lei nacional peruana é incompatível com a CADH não pode ser válida (2.2.2.2). Entretanto (2.2.3), a Constituição peruana (Art. 102.6) determina entre as atribuições do Congresso a edição de leis de anistia (2.2.3.1), não havendo limite textual explícito ao exercício desse poder (2.2.3.2). Apesar de nenhum limite implícito, há um limite oculto derivado da obrigação de respeitar os direitos fundamentais e, em especial, o parâmetros mínimos de proteção da dignidade da pessoa humana (fund. 30) (2.2.3.2.1). Ademais, as disposições legais que impedem a investigação e a eventual sanção penal diante de graves violações de direitos humanos como a tortura, execuções sumárias e desaparecimentos forçados transgridem esse limite implícito (2.2.3.2.2).

Outrossim (2.2.4), as leis de anistia foram consideradas constitucionais pelo TCP¹⁸⁰ (2.2.4.1), embora a referida sentença tenha indicado a improcedência da demanda judicial de inconstitucionalidade promovida contra as leis de anistia, não se pode aduzir conclusivamente que se confirmou a constitucionalidade delas, uma vez

¹⁸⁰ Sentença de 28.04.1997.

não ter havido pronunciamento de mérito (fund. 51) (2.2.4.1.1). Do mesmo modo, a despeito da presunção constitucional de legitimidade dos atos normativos aprovados pelo Congresso democraticamente instituído, essa premissa se desfaz em caso de se pretender o encobrimento de delitos de lesa-humanidade (funds. 52 e 53) (2.2.4.1.2). A CtIDH já se pronunciou quanto a essa presunção do parlamento peruano (fund. 55) (2.2.4.1.3). Conclusivamente, os tribunais nacionais devem reconhecer a validade dos fatos e dos direitos decididos perante as instâncias internacionais, especialmente as de DIDH¹⁸¹ (fund. 56) (2.2.4.1.4).

D4

ADPF 153 Acórdão de 29.04.2010
Eros Grau
Cezar Peluzo
Cármem Lúcia
Ellen Gracie
Gilmar Mendes
Marco Aurélio
Celso de Mello
Ayres Britto
Ricardo Lewandowski

2.4. The Matrix: Direitos Humanos vs. Direitos Fundamentais

A CRFB/88 menciona 07 vezes Direitos Humanos e dedica todo o título II¹⁸² aos Direitos e Garantias Fundamentais, além de outras ocorrências ao longo de trechos diversos. Pode-se perceber, desse modo, uma diferenciação entre o DHs, dotados de interpretação nacionalista, e os Direitos Fundamentais, dotados de interpretação local, sendo uma divergência entre esses direitos.

DHs são o conjunto de direitos considerados essenciais para uma vida do ser humano pautada da liberdade, igualdade e dignidade. A essencialidade desses

¹⁸¹ No caso, poderíamos falar em pelo menos dois sistemas de proteção diretamente aplicáveis aos países da América Latina, no caso, o Peru. Claramente, o Sistema Interamericano determina uma ampla rede de proteção com normas de direito material (especialmente a CADH), instituições (especialmente a CIDH e a CtIDH) e procedimentos. Além do sistema regional, há ainda o sistema global onusiano, o qual vincula a atividade dos estados componentes.

¹⁸² Artigos 5º ao 17.

direitos é, portanto, sua primeira característica, a qual conduz à idéia de sua superioridade normativa. Ademais, é característica desses direitos sua abertura ou força expansiva¹⁸³. Os DH são também universais, sendo esta sua terceira característica.

A diferenciação entre DHs e DFs vem da doutrina europeia, segundo a qual os DH, por virem do DI, teriam força normativa menor¹⁸⁴, em contraposição aos direitos fundamentais, que tinham o braço do Estado. Com o tempo houve aproximação dos dois, o que fez com que a doutrina unisse os dois temas, a exemplo de Comparato, que os chama de DH Fundamentais. No Brasil, essa unificação ganha respaldo na EC 45/2004, que acrescentou o §3º ao Art. 5º da CRFB/88.

Paradoxalmente, no entanto, o século XXI aponta para uma manutenção da diferenciação. Isso porque o termo “DH” denota interpretação internacionalista, a qual leva a um universalismo em concreto, enquanto os direitos fundamentais, por terem matriz constitucional, são interpretados internamente, sofrendo de relativismo.

2.5. Análise

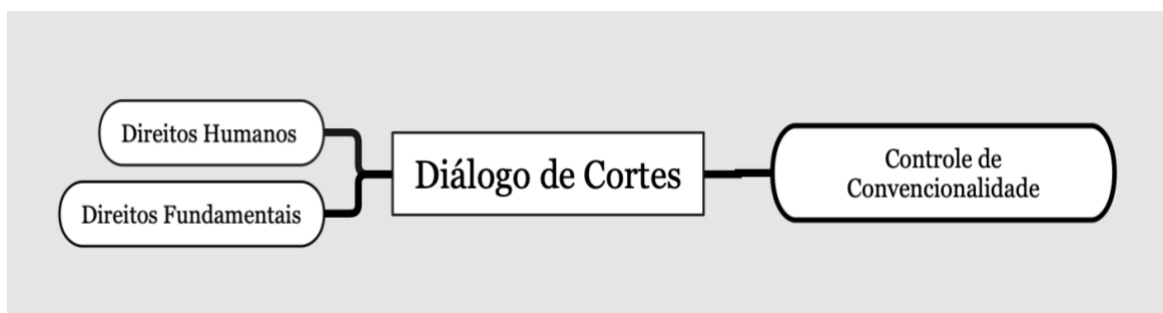
Como bem alerta Roesler (2018, p. 37), a TAJ é uma teoria da justificação, ou seja, da racionalidade dos discursos judiciais. Não se trata, portanto, de explicar (Atienza, 1990) como e porquê a magistrada adota tal postura ou de descrever eventuais pré-decisões posteriormente justificadas na sentença. Esse momento não interessa à TAJ.

Quando se estabelece determinado modelo de estudo em TAJ, tem-se de antemão um objetivo específico e por limite os textos decisórios. Podemos inquirir, por exemplo, acerca da agenda de poder institucional, das cooperações e dos conflitos entre magistrados, ou entre eles e as partes¹⁸⁵ entre outros pontos aptos a alterar processos decisórios. Esse, entretanto, não é o campo teórico da TAJ, mas sim de Teorias da Decisão.

¹⁸³ O Art. 5º, §2º da CRFB/88, trata do princípio da não-exaustibilidade dos DHs.

¹⁸⁴ Trata-se da fase nacionalista dos Direitos Humanos, na qual os sistemas de proteção internacional eram apenas perspectivas futuras e os estados ocupavam o protagonismo.

¹⁸⁵ No caso da CtIDH, entre estados, por exemplo.



Neste trabalho, pretendemos verificar a utilização de premissas, argumentos e razões para decisões X ou Y e, principalmente, como essas linhas se articulam reciprocamente na rede contextual multinível.

Nossos resultados apontam para: a) o baixo grau de diálogo racionalmente apreensível (Atienza, 2013) no âmbito das instituições partes do SIDH; b) a dificuldade de compreensão teórica da TAJ dos elementos pragmáticos do discurso jurídico em contexto multinível (Atienza, 2012).

Diante das análises até agora desenvolvidas, parece-nos que a TAJ desenvolvida por Manuel Atienza funciona de maneira relativamente satisfatória para o contexto aqui enunciado. No quadro teórico, Atienza atenta para a necessidade de se empreender as devidas adequações aos diferentes contextos e cenários jurídicos passíveis de estudo mediante a TAJ. Ele aponta para as peculiaridades concernentes às cortes constitucionais, as quais desempenham funções diferenciadas nos Estados Democráticos, aproximando-se em maior ou menor grau de argumentações eminentemente valorativas e políticas.

Assim, esse contexto carece de adequações tanto nos modelos de análise quanto de avaliação (Vale, 2015). Entretanto, apesar de sinalizar para o contexto ainda mais diferenciado atinente às cortes regionais de direitos humanos, a TAJ ainda não desenvolveu as necessárias adequações (ou testes) para esse cenário especial. Por conta desse quadro teórico (e das múltiplas consequências e dificuldades práticas), sugerimos aqui um modelo diferenciado adequado a essa análise comparativa de decisões judiciais.

C03.CONCLUSÕES, PERSPECTIVAS E ORIENTAÇÕES

“O nascimento de uma alma é coisa demorada
não é partido ou jazz em que se improvise
não é casa moldada laje que suba fácil
a natureza da gente não tem disse me disse.”

(O Rappa, 2003, Papo de Surdo e Mudo)

3.1. Possíveis Conclusões

A Argumentação nos órgãos colegiados já abre por si só um incremento à TAJ. Trata-se aqui de um cenário bastante peculiar, no qual se devem considerar também elementos estratégicos no argumentar judicial a ponto de ganhar a adesão dos demais membros da Corte. Reitera-se que a própria distinção entre o contexto da descoberta e o contexto da justificação é difícil, se não impossível, de ser estabelecida quando a argumentação é propriamente uma interação social¹⁸⁶ (Atienza, 2013, p. 653).

Partindo da formulação de procedimento deliberativo de Vega Reñon e Olmos (2012), coloca-se uma série de peculiaridades ao contexto de argumentação colegiada: a estabilidade da composição e o número pequeno de magistrados determina um esforço na manutenção de boas relações entre pares; há um ideal cooperativo pela aplicação correta do direito; há constrangimentos pela agilidade e procedimentalização do processo decisório; há um ideal pelo aperfeiçoamento institucional em detrimento do destaque pessoal.

Finalmente, destaca-se que as características anteriores parecem situar a deliberação judicial ao lado do discurso crítico racional e, ao mesmo tempo, existem fatores que parecem empurrar num sentido contrário, os quais, não prejudicariam a regra da discussão racional. (Atienza, 2013, p. 655)

¹⁸⁶ Os resultados verificados sustentam que o Contexto Multinível contribui à relativização da dicotomia Contexto de Descoberta – Contexto de Justificação. Daí exsurge uma vasta série de consequências e possibilidades teóricas e metodológicas que, entretanto, superam os limites deste trabalho. Há que se aprofundar nessa temática a partir do Contexto Multinível.

Por outro lado, se evidencia um elevado grau de coerência interna à jurisprudência da CtIDH. Veja-se, por exemplo, a constante reafirmação das teses fixadas no Caso Barrios Altos vs. Peru.

Desse modo, no âmbito do SIDH teria se formado um bloco de convencionalidade próximo¹⁸⁷ cuja observância decorreria do controle de convencionalidade interno. Tradicionalmente¹⁸⁸, a CtIDH identifica como parâmetro do controle de convencionalidade a CADH e sua jurisprudência (interpretação internacionalista)¹⁸⁹.

Posteriormente¹⁹⁰, se incluíram nesse rol os tratados e as convenções temáticas e o Protocolo Adicional em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador). Contudo, podemos ainda acrescentar como parâmetros do bloco de convencionalidade próximo no SIDH: a DADDH, a Carta da OEA e resoluções como, por exemplo, a Carta Democrática Interamericana. Desse modo, há um amplo *corpus* imperativo e/ou persuasivo¹⁹¹ que deve ser endereçado ao longo do processo decisório para que haja efetivo controle de convencionalidade¹⁹².

Na ADPF 153, é muito curioso que ao julgar um assunto dessa magnitude e que tendo a corte interamericana uma jurisprudência forte sobre o tema, o STF não

¹⁸⁷ Podemos aduzir, em respeito aos princípios de DIDH como o caráter objetivo, além das especificidades da sociedade jurídica global, que há um bloco ainda mais amplo aplicável ao controle de convencionalidade. Esse bloco tem em seu núcleo o que a doutrina enuncia por Carta Internacional de Direitos Humanos, composta pela Carta da ONU (1945), pela DUDH (1948), pelo PIDCP (1966), pelo PIDESC (1966), seus respectivos protocolos facultativos (1966 e 2008), bem como pelos tratados temáticos (LISTA). Os denominados big nine.

¹⁸⁸ La Cantuta. 2006.

¹⁸⁹ Princípios do DIDH.

¹⁹⁰ Precedente.

¹⁹¹ Especialmente o *soft law*, que, embora não consagre regra imperativa no Direito Internacional Público, constitui-se em relevante fonte persuasiva do DIDH. Nesse sentido, muito se discutiu acerca da normatividade da Declaração Universal do Direitos Humanos, que não nasceu como tratado imperativo, mas ocupou ao longo dos anos um patamar de fundamentação geral dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais ao redor do globo. Portanto, a normatividade se destaca das categorias tradicionais de norma imperativa típicas do positivismo, sendo também norma jurídica aquela dotada de persuasão jurídica elevada, decorrente tanto da história dos institutos, mas, principalmente, da repercussão normativa que alcança.

¹⁹² Como já mencionado, além da imperatividade do DIDH e das relações com a *matrix* de Direitos Fundamentais, o estado realiza o controle de convencionalidade no âmbito interno, no mínimo, para não incidir em ato ilícito sujeito a responsabilização internacional.

tenha sequer dialogado com o tribunal que detém a “última palavra” acerca do controle de convencionalidade no sistema de proteção interamericano. O relator, Ministro Eros Grau, ignorou completamente os diplomas internacionais e a jurisprudência da CtIDH. Por outro lado, aparecem algumas alusões ao SIDH no voto do Ministro Celso de Mello, mas nada com a técnica adequada, somente alusões superficiais. O que se pretende não é aduzir a obediência irrestrita aos precedentes da CtIDH¹⁹³, mas se espera que haja um engajamento no debate.

Desse modo, conclusões que se retiram da proposta são: a) a análise empírica de decisões constitui um interessante campo de estudo para responder ao problema da racionalidade do Direito; b) o SIDH em diálogo com as respectivas CCs oferece uma perspectiva pragmática identificável e apreensível que pode lançar novas luzes no modo como os atores jurídicos se comportam na práxis¹⁹⁴.

Argumentar bem não é, portanto, uma questão exclusivamente técnica, havendo também um sério componente ético no discurso jurídico a ponto de as regras deontológicas, em suma, serem também, em algum sentido, regras argumentativas. Por isso, o componente ético se vincula à noção discursiva de *ethos* como qualidade do orador, qual seja, a comunidade retórica do SIDH¹⁹⁵.

¹⁹³ Quando os casos não tratem exatamente das mesmas questões, mas numa afinidade temática entre ordenamentos jurídicos diferentes. Nos casos analisados, contudo, o STF deveria com mais razão apreciar o julgado da CtIDH, uma vez que ambos cuidavam do mesmo tema no mesmo Estado.

¹⁹⁴ Percebi depois de algum tempo sem utilizar minha língua-mãe que pouco ou nenhuma influência negativa isso teve na minha capacidade linguística. Provavelmente isso não chega ao ponto de provar a hipótese Sapir-Wolf (relativismo linguístico), mas sem dúvida demonstra que outras estruturas do cérebro continuam sendo utilizadas a ponto de me permitir manter a estrutura linguística na chave brasileira.

Lembrei-me, então, dos pontos teóricos em Perelman e Tyteca acerca da deliberação de um auditório particular, que chamaram deliberação consigo-mesmo. É interessante pensar que boa parte dos nossos dias passamos em silêncio, no máximo raciocinando e deliberando conosco em nossas cabeças. Pinker e as pesquisas na psicologia cognitiva talvez possam nos ajudar a aclarar algumas consequências desses recursos diários.

Futuramente, talvez sejamos capazes de propor alguns avanços quanto ao modo de pensar e a tomada de decisões judiciais. De volta ao meu caso, acredito que por mais que a transição de países e de contextos de fala nos quais sempre utilizo os idiomas locais, meu mindset permaneceria brasileiro, de modo que por mais que assumo papéis diferenciados adaptando-me aos contextos, tenho ainda forte vinculação com meus pensamentos locais.

¹⁹⁵ Aristóteles é o primeiro a tratar dos três níveis do discurso: *ethos*, *pathos* e *logos*. (2012).

3.2. Uma racionalidade distinta para o nosso tempo

Contudo, quanto ao diálogo casuístico entre cortes componentes de sistemas regionais de direitos humanos, a prática parece apontar para ruídos de racionalidade. Segundo Roesler (2009, p. 48), compreende-se o processo de comunicação como procedimento construtivo e fragmentado, tanto como relacionamento cooperativo quanto numa vertente combativa. Não por outro motivo, reitera-se que o controle racional seria realizado, portanto, a partir do próprio discurso e dos procedimentos adotados pelo partícipe.

Theodor Viehweg assevera podermos considerar a positivação dos DHs nas constituições escritas como fixação de uma teoria do direito material (1995, p. 20). Tomando por certo que o conhecimento jurídico completo se articula num equilíbrio dinâmico entre a entropia zetética e a entalpia dogmática (Viehweg, 1995, p. 39), temos uma sinalização ainda mais clara da insuficiência de modelos prontos e, conseqüentemente, do conceito moderno de ciência.

As questões aqui levantadas sugerem uma visão cosmopolita crítica do Direito, conseqüentemente parece positivo que os tribunais considerem decisões internacionais¹⁹⁶, para normas constitucionais e para o Direito comparado. Primeiro porque aprendemos com erros e acertos do outro; ganhamos perspectiva, elemento até então ocultos, argumentos não vislumbrados, porque já foram objeto de discussão em outros países. Daí, a legitimidade do recurso ao Direito comparado e mais ainda, ao Direito internacional, para interpretação da constituição.

O STF, por exemplo, afirmava que os tratados sobre DHs, afora a convenção das pessoas com deficiência (que foi aprovada com o procedimento do art. 5º, parágrafo 3º) têm hierarquia supralegal¹⁹⁷. Emerge, então, a questão da última palavra. Flávia Piovesan e André de Carvalho Ramos determinam que a CtIDH dá a

¹⁹⁶ Não mencionamos aqui as imperativas como as do SIDH ao Brasil. Trata-se, por exemplo, de decisões persuasivas como as do diálogo horizontal ou misto conforme a tipologia de Slaughter (2003).

¹⁹⁷ Não é então estranho dizer que é preciso interpretar a constituição se o tratado está abaixo da constituição? O curioso é estarmos pensando em pirâmide em meados do século XXI. É natural que ao interpretar, por exemplo, liberdade de expressão, que se analise as práticas internacionais, o que os órgãos internacionais recomendam. É importante buscar consensos internacionais sobre conteúdos de direitos. Não só em uma perspectiva pragmática, de evitar punições, condenações por órgãos internacionais, mas em uma perspectiva de aprender com o outro, com a experiência acumulada.

última palavra em matéria de DHs¹⁹⁸. Por outro lado, Barroso e Mendes deferem essa prerrogativa ao STF. Nenhuma das posições nos parece acertada, diante de todo o contexto multinível.

O diálogo é dos dois lados e o aprendizado é recíproco. A CtIDH, por exemplo, tem uma orientação ensimesmada, de que o direito interno é fato, não o considerando juridicamente¹⁹⁹. Essa postura é totalmente contrária à perspectiva jurídica contemporânea e fecha qualquer canal dialógico. Em estados democráticos em tese, se deve presumir engajamento de boa fé em um esforço de ler os direitos e adotar a sua leitura.

Sobre o tema, Daniel Sarmento defende um cosmopolitismo ético na relação entre Direito constitucional e DIDH: uma abertura para o diálogo, através do que se chama “fertilizações recíprocas”. Também é positivo o diálogo com outras fontes do direito comparado. Mas dito que é positivo, temos que tomar cuidado para evitar o complexo de imitação, a emulação acrítica de tudo que vem de fora, algo infelizmente não incomum à cultura brasileira. O direito comparado pressupõe o cotejo não apenas dos ordenamentos, mas também das realidades sociais.

Há que se traduzir decisões de Direito Comparado no diálogo horizontal sempre que se for trazê-las como argumento ou como elemento de linha argumentativa. Veja-se, por exemplo, os precedentes da Corte Constitucional Colombiana e da África do Sul podem suscitar experiências bem mais adequadas ao Direito brasileiro. Contudo, as decisões²⁰⁰ das potências centrais são os mais citados²⁰¹: principalmente, Alemanha e EUA. Essa referência perene tem mais de argumento de autoridade e colonialismo que de diálogo. Ocorre na prática quase que um diálogo neocolonial. O que deve haver é um diálogo com posicionamento de aprendizado recíproco.

Uma das razões pelas quais se fala que o judiciário tem um papel importante na proteção de minorias é porque ele não precisa agradar a maioria (é como se o defeito virasse virtude). No caso do sistema penitenciário, a técnica do Estado de Coisas Inconstitucional dificilmente se originaria do Congresso Nacional ou do Poder Executivo (ambos eleitos), mas coube ao Poder Judiciário adotar uma agenda

¹⁹⁸ Controle de Convencionalidade Internacionalista.

¹⁹⁹ Esse posicionamento tem fundamento tanto convencional (CVDT) quanto doutrinário (Kelsen, 2016).

²⁰⁰ Bem como os ordenamentos como um todo.

²⁰¹ Atecnicamente, como vimos.

estrutural de reformas do sistema. Trata-se de uma decisão política evidentemente contramajoritária. Em outras palavras, o fato de o judiciário não depender do voto, lhe dá condições de fazer isso, ao passo que se esperar que órgãos eleitos se engajem em medidas necessárias constitucionalmente, mas impopulares, perpetuará lesões sistêmicas.

Então, esse tipo de consideração é importante para se superar a ideia de que somente o Poder Judiciário pode interpretar a constituição. Todos interpretam, mas a interpretação que o juiz faz, pode e deve ser diferente em determinadas questões. Ele pode e está autorizado a atuar, pisando mais no acelerador em alguns assuntos e retirando o pé do acelerador em outros assuntos.

A interpretação no plano judicial é diferente, os argumentos precisam ser racionalmente acessíveis e aceitáveis para todos os envolvidos no pacto constitucional. Dentro da filosofia constitucional, há uma disputa que vem desde sempre, que dentro da lógica da tensão entre constitucionalismo e democracia, há quem puxe mais para a democracia e quem puxe mais para o constitucionalismo.

3.3. Orientação

Sugerimos uma crise na Teoria do DIDH apta a nos levar de volta aos primeiros anos do século 20, antes da projeção de uma ordem internacional? Pedimos licença para alterar o sentido textual uma última vez. Agora falaremos um pouco sobre a zoologia de uma espécie fundamental ao equilíbrio ambiental. As abelhas formam interessantíssimas comunidades com funções bem delimitadas geneticamente. Cada uma das classes executa suas atividades em nome do bem comum. Assim nos ensinaram, correto?

Há uma rainha, um zangão e uma vasta série de operárias. Como é a vida do Zangão (Lima, 2000)? O auge da vida do zangão é quando ele vai copular com abelha rainha. Nesse momento a abelha o mata e come. Então, esse momento é o ápice e também o fim. Então, o jusnaturalismo, no momento em que seus valores foram acolhidos pelo Direito positivo, na era das codificações (por exemplo, com o Código Civil de Napoleão), teria desaparecido. Ou pelo menos ele teria se tornado uma corrente contra-hegemônica.

Então, no contexto de pluralismo ficou difícil fundamentar a imperatividade das normas com base no Direito natural, já que as pessoas não tinham mais a mesma

religião, as mesmas compreensões de mundo. Houve uma tendência da hegemonia do positivismo jurídico. É a ideia de que direito e moral não são ligados por uma relação necessária, que o Direito pode até acolher princípios com força moral, mas o Direito pode ser imoral, porque Direito e moral são campos distintos.

Esse momento poderia ser visto como a origem da crise que desembocou na fase nacionalista do DIDH²⁰², uma vez morto o “Zangão” do direito natural, o Direito se separou da moral, deixando à ordem positiva a tecnicidade de uma estrutura totalmente derivada da ciência jurídica.

O positivismo assumiu roupagens muito variadas, que vão desde a escola da Exegese na França²⁰³, passando pelo positivismo analítico de Hart²⁰⁴ ou o positivismo do Hans Kelsen²⁰⁵. O que esse positivismo de todos têm em comum é a negação da existência de uma relação necessária entre Direito e moral.

Pois bem. O positivismo era absolutamente hegemônico e aí vem a Segunda guerra mundial. Não é que na Alemanha da segunda guerra mundial o positivismo tenha sido a doutrina adotada. Ao contrário, isso não aconteceu, os positivistas foram perseguidos. Kelsen teve de fugir da Alemanha. A filosofia jurídica hegemônica no nazismo era certo modelo de Jusnaturalismo hegeliano autoritário. Os historiadores do Direito hoje mostram muito claramente isso. Mas uma coisa é inequívoca: ficou difícil sustentar o positivismo depois do nazismo.

O positivismo em geral diz que o Direito não tem uma conexão necessária com a moral, então o Direito é uma forma que pode ter qualquer conteúdo. Esse é um tema que ganhou destaque no tribunal de Nuremberg. No julgamento dos criminosos de guerra se utilizou como tese defensiva o fato de não poderem ser punidos, porquanto estavam apenas cumprindo as leis do seu Estado.

Depois do nazismo houve um período de ressurreição do jusnaturalismo. Gustav Radbruch cunhou a fórmula²⁰⁶ que é conhecida como „Fórmula de Radbruch”:

²⁰² O que lhe retiraria o „I”, portanto: Direito Nacional dos Direitos Humanos = Direito Constitucional.

²⁰³ Principalmente com a Escola da Exegese.

²⁰⁴ Que reconhece discricionariedade judicial.

²⁰⁵ Segundo o qual todo ato de interpretação é um ato de criação do Direito.

²⁰⁶ Nesse sentido, lembra as fórmulas clássicas do Direito Romano, sem as quais o ato não teria valor jurídico. Tratava-se ali do sincretismo Direito-Religião, o que, de certa maneira se aproxima da noção de Radbruch. Diga-se ainda, que a Teoria dos Direitos Fundamentais e a TAJ em Alexy tomam por fundamento a figura teórica de Radbruch. Alexy esteve na FD/UnB em Maio/2017, quando enunciou em palestra no Auditório Joaquim Nabuco seu entendimento de

“o Direito injusto é direito, mas o Direito radicalmente injusto não é mais direito”. Enquanto São Tomás de Aquino dizia que o direito injusto não é direito, Radbruch determina que o direito radicalmente injusto já não é mais direito. Assim, qual seria o limite da “injustiça”? Segundo o contexto multinível, há diferenças em cada comunidade retórica.

Então, o positivismo entra em crise também. Mas em um contexto de pluralismo, de sociedades fragmentadas, em que as pessoas não compartilham necessariamente das mesmas compreensões religiosas, metafísicas, é muito difícil fundamentar em um direito natural. Então, o pós-positivismo²⁰⁷ não abriria mão dessa conquista da positividade do Direito, mas buscaria alguma ligação entre Direito e moral.

Saliente-se, contudo, que dentro do que se chama pós-positivismo há muitas correntes²⁰⁸. Por exemplo, temos as linhas do chamado positivismo inclusivo, que diz que a ligação entre Direito e moral não é necessária, mas o Direito pode incorporar parâmetros morais. E é possível vermos que quase todas as constituições contemporâneas incorporaram esses parâmetros morais. E na medida em que esses parâmetros morais são incorporados pelas constituições passa a ser sim tarefa do Direito, do juiz, enveredar na argumentação moral. A argumentação moral entra no Direito. Uma constituição que menciona um princípio da moralidade,²⁰⁹ obviamente gera a discussão moral. Moralidade, liberdade, igualdade, dignidade são quase um convite a algum tipo de reflexão moral. O pós-positivismo seria uma espécie de superação do positivismo tradicional, mas sem recair no jusnaturalismo.

Mas no que é chamado de pós-positivismo temos as vertentes das mais variadas, sendo sempre comum a abertura da argumentação jurídica para a moral e

que a fórmula de Radbruch consiste em dos cinco pontos básicos de sua compreensão do Direito.

²⁰⁷ Concordamos com Atienza quanto ao complexo teórico que se tornou o epíteto pós-positivismo. Nesse rótulo, se colocaram várias perspectivas conflitivas. Desse modo, preferimos a noção de constitucionalismo.

²⁰⁸ Dentro do pós-positivismo temos, por exemplo, autores que concordam com a forte hegemonia do Poder judiciário (a exemplo de Dworkin) e outros que discordam disso veementemente (como em Habermas). O Habermas não pode ser posto dentro do Neoconstitucionalismo, por que ele é totalmente contra a judicialização da política. Mas ele também é contra positivismo, é contra o Jusnaturalismo. Ele busca de alguma maneira articular essas coisas.

²⁰⁹ Embora nesta ocorrência (Art. 37, CRFB/88) se trate de típico princípio do Regime Jurídico Administrativo, não deixa de consistir em interessante sinal de que ao Direito foi dada a ligação com a Moral.

a valorização de princípios que em geral estão impregnados de conteúdo moral. Eles passam a ser centrais na argumentação jurídica. E com isso a metodologia também acaba se tornando muito mais aberta.

Daniel Sarmento (2009) chama atenção para os riscos de um encantamento irrefletido com o neoconstitucionalismo e com o neopositivismo²¹⁰. Normalmente causa admiração um argumento jurídico impregnado por elementos morais, mas isso gera um risco de paternalismo jurídico, de acabar com a previsibilidade do Direito, de o juiz achar que é o sábio de plantão e que pode reescrever o Direito de acordo com o que ele acha que é justo²¹¹. Há um perigo de certa hegemonia judicial, que pode significar uma ameaça para a democracia etc.²¹² No mesmo sentido, Neves (2015).

Ressalte-se, ainda, que o conjugado multinível a partir da Retórica e da TAJ não se trata de uma postura relativista. O ponto fundamental nesse processo de comunicação é (...) *a dialeghestai, a discutibilidade das opiniões trazidas ao debate, de modo que cada partícipe possui o dever de provar as suas afirmações*. (Roesler, 2009, p. 48). Contudo, recusa-se a possibilidade de que premissas e conclusões sejam inatacáveis e verdades auto-evidentes. Discursos não são todos iguais em importância (nem em contexto) e suas conclusões são sempre relativas, mas nenhum discurso é produtor de uma verdade absoluta. (Roesler, 2009, p. 48).

O DIDH consagra uma vanguarda jurídico-pragmática cujos reflexos vão se sedimentando progressivamente nos respectivos estados. O próprio direito brasileiro reflete um caminhar rumo aos direitos humanos positivados logo após a segunda guerra. Igualdade no casamento (Art. 16.1²¹³, DUDH), Igualdade entre filhos (Art.

²¹⁰ De modo semelhante, Neves (2014) alerta para os riscos de se levar atencionalmente o conceito de princípio jurídico em detrimento das regras.

²¹¹ No *Gattopardo*, de 1958, Giuseppe Lampedusa traz uma passagem na qual o príncipe siciliano discutia com um interlocutor e lhe dizia que precisariam mudar tudo para que elas continuassem a ser como elas sempre foram. Então, o “neo” do Neoconstitucionalismo, essa mudança, a ideia da força normativa de princípios, em um país que tem uma cultura muito fluida de jeitinho, de compadrio, como é o caso do Brasil, pode acabar servindo para favorecer aos de sempre. Sob a fachada da mudança podemos ter embutido um mecanismo obscuro de perpetuação do status quo. Não sei, estou dizendo que isso pode ser um risco.

²¹² Em relação ao Brasil, Oscar Vieira Vilhena (2008) aponta para os problemas de se garantir ao STF amplos poderes para revisar o texto, e conseqüentemente as normas, constitucionais.

²¹³ Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução.

25.2²¹⁴, DUDH) são exemplos desse percurso. Assim, há um lento caminhar em direção aos direitos, com avanços e retrocessos.

A perspectiva dialógica ao direito contemporâneo funciona na manutenção de um perene diálogo construtivo entre TAJ e Retórica na qual a soma entre Palavra, Expressão, Democracia, Razão, Vida Cultural e Desenvolvimento Integral descortinam estruturas jurídicas mais ajustadas a esferas pragmáticas, tal qual exemplificamos no SIDH.

A orientação é seguir buscando aprimorar instrumentos contextuais, sem perder a vida do zangão e sem descerrar a topografia do terror. O diálogo continua sendo a única instância de controle, mas para que ele ocorra há que se assegurar vozes críticas também no Sul.

²¹⁴ A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. (2015) Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel: el caso interamericano.
- ADEODATO, João Maurício. Retórica como metódica para estudo do direito. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, v. 29, n. 56, p. 55–82, 14 set. 2010.
- ALEXY, Robert. Teoria Discursiva do Direito. Tradução. s.l. Grupo Editorial Nacional, 2014.
- ANGHIE, A. (2004). *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. Cambridge University Press.
- ARAÚJO, N. M. (2011). *Aprender para o futuro: memória e liberdade republicana no Direito internacional dos direitos humanos: um estudo do caso do Chile*: Dissertação de Mestrado. PPGD-UnB.
- ARENDT, H. (1973). *The Origins of Totalitarianism*: Mariner Books.
- ARENDT, H. (2006). *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil*: Penguin Books.
- ARISTÓTELES. (2012). *Retórica*: Martins Fontes.
- ATIENZA, M. (2003). *As Razões do Direito*: Landy.
- ATIENZA, M. (2013). *Curso de Argumentación Jurídica*: Trotta.
- ATIENZA, Manuel. Curso de Argumentação Jurídica. Tradução Claudia Rosane Roesler. 1ª edição. Curitiba: Editora Alteridade, 2017.
- ATIENZA, Manuel. Curso de Argumentación Jurídica. 1ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2013.
- ATIENZA, Manuel. El derecho como argumentación: concepciones de la argumentación. Barcelona: Editorial Ariel. 2016.
- BALLWEG, O. (2009). *Analytische Rhetorik: Rhetorik, Recht und Philosophie*: Peter Lang.
- BALLWEG, Ottmar. Analytical Rhetoric, Semiotic and Law. In: SCHLIEFFEN, VON, K. G. (Ed.). *Science, Prudence et Philosophie du Droit*. Frankfurt am Main: P. Lang, 2009.
- BARTELSON, J. The Language of Law and the Laws of Language. *Millennium: Journal of International Studies*, v. 44, n. 2, p. 250–257, 17 nov. 2015.
- BARTELSON, J. The trial of judgement: A note on Kant and the paradoxes of internationalism. *International Studies Quarterly*, v. 39, n. 2, p. 255, 1 jun. 1995.

BAUER, M. & GASKELL, G. (2007). *Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som: Vozes*.

BOBBIO, N. (2004). *A Era dos Direitos*: Elsevier.

BOURDIEU, P. (2010). *O Poder Simbólico*: Bertrand Brasil.

BOURDIEU, Pierre. Force of Law. *Hastings Law Journal*, v. 38, n. 5, p. 805–853, 1987.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (2010). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153*. Inteiro Teor do Acórdão. Relator Ministro Eros Grau. Abril.

BRETON, P. & GAUTHIER, G. (2001). *História das teorias da argumentação*: Editorial Bizâncio.

BRUNKHORST, H. (2014). *Critical Theory of Legal Revolutions. Evolutionary perspectives*: Bloomsbury.

BUCK-MORSS, S. Hegel e Haiti. *Novos Estudos - CEBRAP*, v. 65, n. 90, p. 131–171, jul. 2011.

CANFORA, L. (2007). *Crítica da Retórica Democrática*: Estação Liberdade.

CARVALHO RAMOS, A. (2011). *Crimes da ditadura militar: a ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos*. In: GOMES, L. F. & MAZZUOLI, V. O. *Crimes da Ditadura Militar – Uma análise à luz da Jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos*: Editora RT.

CARVALHO RAMOS, A. (2012). *A relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno no contexto da pluralidade das ordens jurídicas*. In: BRANDT, L. N. C. *VII Anuário Brasileiro de Direito Internacional*.

CARVALHO RAMOS, A. (2015). *Curso de Direitos Humanos*: Saraiva.

CARVALHO RAMOS, A. (2015). *Processo Internacional de Direitos Humanos*: Saraiva.

CARVALHO RAMOS, A. (2015). *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*: Saraiva.

CARVALHO, J. M. (1990). *A formação das almas: o imaginário da República do Brasil*: Companhia das Letras.

CARVALHO, J. M. (2014). *Cidadania no Brasil: o longo caminho*: Editora Civilização Brasileira.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2006). *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2010). *Caso Gomes Lund y otros vs. Brasil*.

DEBORD, G. (2012). *The Society of the Spectacle: Bread and Circuses*. Amazon digital services Inc.

FAORO, R. (2012). *Os Donos do Poder*. Biblioteca Azul.

FERRAZ JR, T. S. (2015). *Direito, Retórica e Comunicação: Atlas*.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Direito, Retórica e Comunicação*. Tradução. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

GALEANO, E. (2014). *Las Venas Abiertas de América Latina*: Siglo XXI Editores.

GOODRICH, P. (1990) *Languages of Law: From Logics of memory to nomadic masks*. London: Weidenfeld and Nicolson.

HUNT, Lynn (2008) *Inventing Human Rights: A History*. W. W. Norton & Company.

KANT, I. (2015). *Kritik der praktischen Vernunft*. Anaconda.

KANT, I. (2015). *Kritik der reinen Vernunft*. Anaconda.

KANT, I. (2015). *Kritik der Urteilskraft*. Anaconda.

KELSEN, H. (2016). *Teoria Geral do Direito e do Estado*: Martins Fontes.

KOH, H. H. (1996). *Transnational Legal Process*. In: *Nebraska Law Review*, vol.75, 181-207.

KOSKENNIEMI, M. (2009). *The Politics of International Law 20 years later*. In: *European Journal of International Law*, v. 20, n. 1, 7-19.

LUHMANN, N. (2011). *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Vozes.

LUHMANN, N. (2016). *O Direito da Sociedade*: Martins Fontes.

MACCORMICK, N. (2006). *Argumentação jurídica e teoria do direito*: Martins Fontes.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Tradução. Rio de Janeiro: Elsevier: Campus, 2008.

MORTARI, C. A. (2001). *Introdução à Lógica*: Editora Unesp.

NEVES, M. (2005). *A Força Simbólica dos Direitos Humanos*. In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, N. 04.

NEVES, M. (2009). *Transconstitucionalismo*: Martins Fontes.

NEVES, M. (2011). *A Constitucionalização Simbólica*: Martins Fontes.

NEVES, M. *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992.

NEVES, M. (2015). *Entre Hidra e Hércules*: Martins Fontes.

- NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.
- NEVES, Marcelo. A Força Simbólica dos Direitos Humanos. Revista Eletrônica de Direito do Estado, 2005.
- NEVES, Marcelo. Os Estados no centro e os Estados na Periferia. Revista da Informação Legislativa, v. 52, pp. 111–136, 1 abr. 2015.
- NEVES, Marcelo. Teoria da inconstitucionalidade das leis. São Paulo: Saraiva, 1988.
- NIETZSCHE, F. *Über Wahrheit und Lüge im außermoralischen Sinne*. Disponível em: <http://gutenberg.spiegel.de/buch/3243/1>. Acesso em 14 ago. 2016.
- OLIVEIRA, M. A. (1997). *Reviravolta Linguístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea*: Loyola.
- PERELMAN, C. & OLBRECHTS-TYTECA, L. (1996). *Tratado da Argumentação*: Martins Fontes.
- PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- REBOUL, O. (2004). *Introdução à Retórica*: Martins Fontes.
- REIS, I. (2013). *Limites à Legitimidade da Jurisdição Constitucional – Análise Retórica das Cortes Constitucionais do Brasil e da Alemanha*. Tese de Doutorado. PPGD-UFPE.
- REIS, Isaac. *Análise Empírico-Retórica do Discurso Constitucional*. 2014.
- REIS, Isaac. *Limites à Legitimidade da Jurisdição Constitucional - Análise Retórica das Cortes Constitucionais do Brasil e da Alemanha*. PPGD-UFPE. 2013.
- ROESLER, C. R. (2013). *Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: tópica, discurso, racionalidade*: Arraes Editores.
- ROESLER, C. R. & SENRA, L. C. M. (2012). *Lei de Anistia e Justiça de Transição – a releitura da ADPF 153 sob o viés argumentativo e principiológico*. Revista Sequência, n. 64, 131-160.
- ROESLER, C. R. *Between the Paroxysm of Reasons and no Reason at all: Paradoxes of a Legal Practice*. Revista de Direito da Universidade de Brasília. PPGD. Vol. 2, N. 1 (jan./abr. 2016).
- ROESLER, C. R. O Papel De Theodor Viehweg Na Fundação Das Teorias Da Argumentação Jurídica. Revista Eletrônica Direito e Política, v. 4, n. 3, p. 36–54, 2009.

- ROESLER, Claudia; REIS, Isaac. HARTMANN, Fabiano (Org.). *Retórica e argumentação jurídica: Modelos em Análise*. Curitiba: Alteridade, 2018.
- ROESLER, Claudia. *Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: tópica, discurso, racionalidade*. 2013.
- SALA-MOLINS, Louis. *The Dark Side of the Light: Slavery and the French Enlightenment*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2006.
- SANTOS, M. F. P. (2015). *Retórica, Teoria da Argumentação e Pathos – O Problema das Emoções no Discurso Jurídico*: Dissertação de Mestrado. PPGD-UnB.
- SARMENTO, D. & SOUZA NETO, C. P. (2014). *Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho*: Fórum.
- SCHOPENHAUER, A. (1997). *Como vencer um debate sem precisar ter razão*: Topbooks.
- SCHOPENHAUER, A. (2009). *Die Welt als Wille und Vorstellung*. Anaconda.
- SCHRECKENBERGER, W. (1987). *Semiótica del Discurso Jurídico*: UNAM.
- SCHRECKENBERGER, Waldemar. *Semiótica del Discurso Jurídico*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. México: Universidad Nacional de México, 1987.
- SINGER, P. (1993). *A Companion to Ethics*: Blackwell.
- SOBOTA, Katharina. Don't mention the norm! *International Journal for the Semiotics of Law*, v. 4, n. 1, p. 45–60, fev. 1991a.
- SOBOTA, Katharina. Rhetorisches Seismogramm. *Juristenzeitung*, v. 47, n. 5, p. 231–237, 1992.
- SOBOTA, Katharina. System and Flexibility in Law. *Argumentation*, v. 5, n. 3, p. 275–282, ago. 1991b.
- SOBOTH, K. (1992). The Rhetorical Construction of Law. In: *International Journal for the Semiotics of Law*. Vol. 13.
- SOBOTH, K. (1992). *The Rhetorical Construction of Law*. In: *International Journal for the Semiotics of Law*. Vol. 13.
- SPIVAK, Gayatri Chakravorty. *Can the subaltern speak?* Basingstoke: Macmillan, 1988.
- TEUBNER, G (2012). *Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization*. Oxford University Press.
- THORNHILL, C. (2014). *Rights and Constituent Power in the Global Constitution*: *International Journal of Law in Context* 10.

- TORELLY, M. (2016). *Governança Transversal dos Direitos Fundamentais – Experiências Latino-Americanas*: Tese de Doutorado. PPGD-UnB.
- TORELLY, M. (2016). *Transnational Legal Process and Fundamental Rights in Latin America: How Does the Inter-American Human Rights System Reshape Domestic Constitutional Rights?* In: Boratti, Larissa et al. *Law and Policy in Latin America: Transforming Courts, Rights, and Institutions*: Palgrave MacMillan, 01-12.
- TOULMIN, S. (2003). *The Uses of Argument*. Cambridge University Press.
- TOULMIN, S. (1958) *The uses of argument*. Cambridge University Press.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Os tribunais internacionais contemporâneos*. Brasília; FUNAG, 2013. 3224kb.; ePUB.
- VALE, André Rufino do. *Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais*. 2015.
- VIEHWEG, T. (1995). *Rechtphilosophie und Rhetorische Rechtstheorie – Gesammelte kleine Schriften*: Nomos Verlagsgesellschaft Baden-baden.
- VIEHWEG, T. (1995). *Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*: Verlag C. H. Beck München.
- WAGNER, A. (2016) *A space in-between - legal translation as third space*. *Journal of Civil Law Studies*.
- WALDRON, J. (1999). *Law and disagreement*. Oxford University Press.
- WITTGENSTEIN, L. (2012). *Tractatus Logico-Philosophicus*: Wilder Publications.
- WITTGENSTEIN, L. (2014). *Investigações Filosóficas*: Vozes.