

JURIS MPES

Ano 2023, n.º 5 – V.4

75
ANOS

DECLARAÇÃO
UNIVERSAL
DOS DIREITOS
HUMANOS



Ministério Público do Estado do Espírito Santo
Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

JURIS MPES

V.4, N.5, 2023



Luciana Gomes Ferreira de Andrade
Procuradora-Geral de Justiça

Elda Márcia Moraes Spedo
Subprocuradora-Geral de Justiça Administrativo

Josemar Moreira
Subprocurador-Geral de Justiça Judicial

Alexandre José Guimarães
Subprocurador-Geral de Justiça Institucional

Gustavo Modenesi Martins da Cunha
Corregedor-Geral do MP-ES

Humberto Alexandre Campos Ramos
Ouvidor do Ministério Público

Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF)

Dirigente / Editor Responsável
Hermes Zaneti Junior

Equipe técnica e editorial
Ana Carolina Bouchabki Puppim
Elisa Fafa Destefani
Giordano Bruno Barone Thebaldi
Júlia Ruy Bragatto
Tatiane Aurora de Moura Puck

Arte e diagramação
Bruno Alves Moure
Bárbara da Costa Serafim Maciel
Yan Carlos Zache Dallapicola

JURIS MPES – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Espírito Santo.

V. 4, N.5, 2023

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.

Conselho editorial

Adriana Pereira Campos	Jaceguara Dantas da Silva Passos
Alexander Araujo de Souza	Luíz Fernando Calil de Freitas
Alexandre José Guimarães	Marcellus Polastri Lima (In Memoriam)
Ana Teresa Silva de Freitas	Maria Carolina Silveira Beraldo
Antônio do Passo Cabral	Mauro Fonseca Andrade
Antônio Henrique Graciano Suxberger	Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers
Carmen Hein de Campos	Ramos
Cássius Guimarães Chai	Paulo César Busato
Catarina Cecin Gazele	Pedro Ivo de Sousa
Eduardo Augusto Salomão Cambi	Robson Renault Godinho
Emerson Garcia	Rogério Greco
Flavio Cardoso Pereira	Samia Saad Gallotti Bonavides
Gregório Assagra de Almeida	Samuel Meira Brasil Júnior
Henrique Ribeiro Cardoso	Valéria Diez Scarance Fernandes
Hermes Zaneti Junior	Valter Shuenquener de Araújo
Humberto Dalla Bernardina de Pinho	

Conselho emérito

Alexandre de Moraes	Marco Gambardella
Antonela Massaro	Marco Ruotolo
Antonio Herman de Vasconcelos e Benjamim	Mairizio Fioravanti
Carla Amado Gomes	Nicolás Rodriguez-Garcia
Dian Schefold	Pasquale Bronzo
Jorge Manuel Moura Loureiro de Miranda	Peter Häberle
José Casalta Nabais	Reynaldo Soares da Fonseca
Luís Roberto Barroso	Rogério Schietti Cruz
	Sergio Luíz Kukina

Sumário

INTRODUÇÃO	4
A EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: UMA ANÁLISE À LUZ DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS E DA ADPF 460 <i>Bernardo Ferreira Delanos</i> <i>Geovany Cardoso Jeveaux</i>	6
JUSTIÇA E GÊNERO: UMA REFLEXÃO ACERCA DA TEORIA DE AXEL HONNETH <i>Camila Carlesso Pin</i>	21
VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E SUA DIMENSÃO PSÍQUICA: INTERSEÇÃO CRIMINOLÓGICA ENTRE DIALÉTICA FREUDIANA E FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO PENAL <i>Graziella Maria Deprá Bittencourt Gadelha</i> <i>Lara Carrera Arrabal Klein</i>	36
POR QUE OS JUÍZES DEVEM SE PREOCUPAR COM A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: RECOMENDAÇÃO CNJ 123/2022 <i>Vitor Fonseca</i>	57
PUNIR COMO <i>STANDARD</i> DE DIREITOS HUMANOS: CENTRALIDADE DE PROTEÇÃO DAS VÍTIMAS NO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO <i>Valério de Oliveira Mazzuoli</i> <i>Antônio Sergio Cordeiro Piedade</i>	79
O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL <i>Eduarda Azevedo de Oliveira</i> <i>Osmar Mendes Paixão Côrtes</i>	112
PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE NO CONTROLE DIFUSO E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO CONTROLE DIFUSO NO CPC BRASILEIRO <i>Hermes Zaneti Júnior</i> <i>Geovany Cardoso Jeveaux</i>	136
ENTRE DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS: A TUTELA JURÍDICA DOS DIREITOS HUMANOS-FUNDAMENTAIS NO PARALELISMO DE ORDENS JURÍDICAS PARA PAÍSES EMERGENTES <i>Eduardo Cambi</i> <i>Letícia de Andrade Porto Nosaki</i>	157
O PROCEDIMENTO DE CITAÇÃO EM AÇÕES DE RESPONSABILIZAÇÃO DE CORPORações TRANSNACIONAIS POR VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: O CASO UNIÃO V. INDÚSTRIA DO TABACO <i>Leonardo de Camargo Subtil</i> <i>Vinicius de Azevedo Fonseca</i>	179

INTRODUÇÃO

A Edição Especial da Revista JURIS MPES homenageia os 75 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

A iniciativa para a chamada de artigos temáticos partiu dos Núcleos de Proteção aos Direitos Humanos Norte e Sul (NPDH-NORTE e NPDH-SUL) com o apoio do NPDH e do Serviço de Pesquisa (SEPE) do Ministério Público do Estado do Espírito Santo.

A trajetória dos últimos 75 anos destaca a necessidade de renovar o compromisso com a proteção dos direitos humanos, reconhecendo a interconexão entre as experiências individuais e coletivas. Em um mundo que testemunhou transformações extraordinárias, desafios complexos e avanços notáveis desde o ano de adoção da Declaração, é preciso lembrar que os princípios fundamentais delineados no documento são os alicerces para a edificação de uma sociedade mais justa, livre, fraterna, solidária e democrática até os dias de hoje.

Foram reunidos artigos nesta coletânea para celebrar os 75 anos da pedra angular dos direitos fundamentais, que continua a ecoar como um farol que orienta a luta incessante pela justiça, igualdade e liberdade. Neste conjunto de artigos, é explorada a relevância atemporal da Declaração e seu impacto na evolução do entendimento global dos direitos humanos e dos sistemas de justiça.

Cada contribuição oferece uma perspectiva única sobre os desafios contemporâneos e as oportunidades de aprimorar o respeito pelos direitos fundamentais em um mundo em constante mudança, sendo apresentados diversos temas que tocam os direitos humanos, abrangendo diferentes áreas de relevância. A exemplo, em matéria penal, há questões sobre as raízes da violência contra a mulher e a proteção às vítimas de crimes à luz das garantias internacionais reconhecidas pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos e pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Ainda, é feita uma abordagem sobre o controle de convencionalidade como um controle de validade de normas nacionais em relação aos compromissos internacionais de direitos humanos assumidos pelo país perante a comunidade internacional; outro tema tratado é o da educação em direitos humanos dentro da realidade brasileira e outras questões profundas como as relativas a gênero, e os refugiados, entre outros assuntos.

Todos estes assuntos possuem grande relevância no sistema jurídico brasileiro, o que é reforçado sobretudo pelas recomendações e resoluções do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público. A saber, a **Recomendação nº 123/2022 do CNJ**

dispõe sobre a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana. Na mesma linha, o CNMP editou a **Recomendação 96/2023**, que segue apenas a este volume, determinando a prioridade do cumprimento das decisões em direitos humanos e o controle de convencionalidade pelos membros do Ministério Público, inclusive com o uso da “*res interpretata*”, das decisões da Corte IDH como precedentes que formam o bloco de convencionalidade, parâmetro de controle da adequação dos atos de todos os poderes, públicos e privados, perante nossos compromissos internacionais.

Dignas de destaque também a Resolução nº 364/2021 do CNJ que propõe a criação de uma unidade específica voltada para fiscalizar e monitorar as decisões e deliberações da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Resolução nº 201/2023 do CNMP que implementa diretrizes para atuação do Ministério Público no interesse da proteção das vítimas de delitos. Nota-se, pois, a preocupação com as questões relacionadas à aplicação e efetivação dos tratados de Direitos Humanos.

Ao comemorar este aniversário significativo, convidamos o leitor a se juntar a nós nesta jornada, em que são compartilhadas análises e perspectivas para inspirar reflexões e promover o diálogo crítico.

A questão é tão relevante que as métricas da taxonomia foram ajustadas para acompanhar o cumprimento das decisões da Corte IDH, a saber, o assunto Corte Interamericana de Direitos Humanos registrado no nº 15104. Encontra-se também o assunto Medidas Provisórias da Corte Interamericana de Direitos Humanos (15106) que compreende: Caso da Unidade de Internação Socioeducativa, Espírito Santo (15125), Caso do Complexo Penitenciário de Pedrinhas, Maranhão (15122), Caso do Complexo Penitenciário do Curado, Pernambuco (15123) e Caso do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, Rio de Janeiro (15124). Ainda, há Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos (15105), com os casos e os respectivos números. Todos estes criados com base na Resolução CNJ n. 364 e na Recomendação CNJ n. 123.

Esta coletânea, portanto, não apenas celebra os progressos, mas também convoca à ação contínua, para rememorar a responsabilidade coletiva de perseverar na proteção dos direitos fundamentais de todos os indivíduos, em todas as dimensões sociais, políticas, econômicas. Este momento de reflexão não apenas convida à celebração das conquistas, mas também à reafirmação do papel coletivo na promoção da justiça e na salvaguarda da dignidade de cada ser humano.

A EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: UMA ANÁLISE À LUZ DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS E DA ADPF 460

L'ÉDUCATION AUX DROITS HUMAINES AU BRÉSIL: UNE ANALYSE À LA LUMIÈRE DE LA DÉCLARATION UNIVERSELLE DES DROITS DE L'HOMME ET DE L'ADPF 460.

Bernardo Ferreira Delanos¹

Geovany Cardoso Jeveaux²

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A Declaração Universal dos Direitos Humanos. 3. A Educação em Direitos Humanos: Da Pólis à Universalidade. 4. Tutela da Educação em Direitos Humanos pelo Supremo Tribunal Federal: ADPF 460. 5. Considerações Finais. 6. Referências Bibliográficas.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar a educação em direitos humanos, prevista na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), na perspectiva da realidade brasileira. Como norteador central da discussão, tem-se a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 460, na qual são denunciadas graves desconformidades relativas aos direitos humanos, que ameaçam ingressar em nosso ordenamento jurídico habitualmente. Do ponto de vista qualitativo, foram feitas revisões bibliográficas das produções legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema. Como resultado, foi possível observar uma crescente tendência em coibir a educação em direitos humanos no Brasil, principalmente por meio de leis inconstitucionais. O STF atua assim como um importante freio a tais manifestações.

Palavras-chave: Educação em direitos humanos; Declaração Universal de Direitos Humanos; ADPF 460.

RÉSUMÉ: Cet article vise à analyser l'éducation aux droits de l'homme, prévue dans la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH), du point de vue de la réalité brésilienne. Comme guide central pour la discussion, il y a l'allégation de non-respect d'un précepte fondamental (ADPF) 460, dans laquelle les non-conformités graves liées aux droits de l'homme sont dénoncées, qui menacent d'entrer habituellement dans notre système juridique. D'un point de vue qualitatif, des revues bibliographiques de productions législatives, doctrinales et jurisprudentielles sur le sujet ont été réalisées. En conséquence, il a été possible d'observer une tendance croissante à freiner l'éducation

¹ Estudante de graduação em Direito na UFES. Membro do grupo de pesquisa Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo (FPCC). Bolsista pela FAPES.

² Mestre (PUC/RJ), Doutor (UGF/RJ) e Professor da UFES (graduação e mestrado).

dans le domaine des droits de l'homme au Brésil, principalement par le biais de lois anticonstitutionnelles. Le STF agit donc comme un frein important à de telles manifestations.

Mots-clé: Educação aux droits de l'homme; Déclaration universelle des droits de l'homme; ADPF 460.

1. INTRODUÇÃO

Há 75 anos, com a vigência da DUDH³, a educação em direitos humanos tem sido amparada e difundida nas diversas fontes do direito internacional. Além do mais, a temática ganhou *status* constitucional no ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, tais avanços não acompanharam a perspectiva social sobre o assunto, que acontece aquém das inovações jurídicas sobre o tema.

O panorama brasileiro tem se inclinado a obstruir os processos educativos que formam cidadãos plenamente conscientes de seus direitos e obrigações enquanto ser humano. Intercede-se por uma escola sem “um partido”, mas com um vácuo de racionalidade, com um silêncio à diversidade social. Um silêncio tão barulhento ao ponto de ensurdecer a cognição ética e cidadã dos estudantes.

Os óbices à construção de uma educação em direitos humanos podem ser afastados por via de ADPF, ao mesmo tempo em que os currículos pedagógicos assumem o papel de efetivar não só as medidas asseguradas na DUDH, como também a plena tutela dos direitos humanos fundamentais.

O foco do presente trabalho será a origem, função e importância da Declaração, bem como as referências à educação que ela abrange. Após isso, os estudos assentam-se na relação entre o Brasil e a educação em direitos humanos, com destaque aos desafios a sua manutenção. Por fim, a partir da delimitação dos objetos supracitados, a discussão terá como enfoque as ADPFs, expondo os empecilhos da educação em direitos humanos no Brasil a partir de referidas ações.

³ ONU. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 21 ago. 2023.

2. A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

Os impactos da Segunda Guerra Mundial inauguraram na comunidade global a consciência de que não são apenas Estados os sujeitos de Direito internacional, mas também a pessoa humana⁴. A estimativa de 40 milhões de óbitos decorrentes do conflito⁵, o holocausto enquanto proclamado projeto de subjugação de povos inferiores e o lançamento da bomba atômica sobre Hiroshima e Nagasaki permitiram à comunidade global vislumbrar o apocalipse⁶. A partir de então, o homem brincava de Deus e tinha o condão de destruir toda a forma de vida terrestre. Diante de tais manifestações, a DUDH surge como ação reflexa da comunidade internacional, visando ao fortalecimento da cooperação global em prol da paz e a afirmação de uma base política-moral sobre a pessoa humana⁷.

As declarações exprimem os sentimentos majoritários da Assembleia Geral das Nações Unidas, as quais registram, por meio de um programa, a perspectiva pública mundial e, concomitantemente, atestam o insucesso da comunidade internacional em concretizar este programa⁸. Tais sentimentos não têm força vinculativa, ressaltando inclusive a indispensabilidade da criação de meios legais para a efetivação dos princípios sobre as liberdades fundamentais do homem ali expressos.

No documento, a natureza humana é concebida à luz da inspiração kantiana, a qual compreendia o homem enquanto fim em si mesmo, em detrimento à vil percepção deste enquanto meio para outros fins, comum nos séculos anteriores⁹. Nesse sentido, a declaração muniu-se da dignidade humana como mais alta aspiração individual, além de integrar de modo indivisível todos os direitos humanos num único bloco¹⁰. A partir daí seu caráter atestatório motiva e norteia os Estados na criação de obrigações jurídicas que

⁴ SORTO, Freddy Orlando. A Declaração Universal dos Direitos Humanos no seu sexagésimo aniversário. **VerbaJuris**, ano 7, n. 7, p. 9-34, jan./dez. 2008.

⁵ ONU NEWS. Nações Unidas lembram os mortos da Segunda Guerra Mundial. Disponível em:

<https://brasil.un.org/pt-br/126610-na%C3%A7%C3%B5es-unidas-lembram-os-mortos-da-segunda-guerra-mundial> Acesso em: 03/10/2023.

⁶ LAFER, Celso. A ONU e os direitos humanos. **Estudos Avançados**, v. 9 n. 25, p. 169-185, 1995.

⁷ LAFER, 1995.

⁸ ANTUNES, Muylaert Eduardo. Natureza Jurídica da Declaração Universal dos Direitos Humanos. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**, v. 6, n. 2, p. 607-624, 2011.

⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. rev e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

¹⁰ SORTO, 2008.

integrem os preceitos da DUDH em seus ordenamentos, almejando sempre a tutela mais assertiva dos direitos humanos¹¹. E assim tem sido feito.

A Declaração é, ao longo de seus 75 anos, um importante referencial teórico da atividade legiferante brasileira¹², além de embasar notáveis julgados das nossas cortes supremas, como será apresentado abaixo. A unicidade inaugural de um rol de direitos num único documento difundiu-se na sociedade, trazendo à DUDH o título de documento mais traduzido do mundo, fazendo-se presente em mais de 500 idiomas. Apesar de seu septuagésimo aniversário, a DUDH mostra-se perfeitamente atual e relevante frente às novas tendências da sociedade, como os avanços biotecnológicos, a inteligência artificial e a globalização¹³, que acirram a importância do documento.

Por óbvio, seu aspecto holístico atribuiu à educação não apenas o caráter de direito humano, mas também a reconheceu enquanto processo indispensável para a efetivação dos demais direitos. Logo, é fundamental a análise deste atributo na declaração.

3. A EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS: DA PÓLIS À UNIVERSALIDADE

Já na escola de Crátilo, o delineamento de uma educação voltada à solidariedade apresentava suas manifestações a partir dos ensinamentos de Platão¹⁴, o qual atribuiu ao processo educacional a responsabilidade de formar pessoas republicanas, que colocasse a sociedade enquanto bem comum e acima das individualidades. Seu discípulo, Aristóteles,

¹¹ O sistema internacional de proteção de direitos humanos apresenta instrumentos de âmbito global e regional, como também de âmbito geral e específico. Adotando o valor da primazia da pessoa humana, esses sistemas se complementam, interagindo com o sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais. A sistemática internacional, como garantia adicional de proteção, institui mecanismos de responsabilização e controle internacional, acionáveis quando o Estado se mostra falho ou omissivo na tarefa de implementar direitos e liberdades fundamentais. (PIOVESAN, 2022, p. 32)

¹² É válido mencionar o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Desarmamento e o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

¹³ A tendência atual é a da constituição de uma nova geração de direitos fundamentais. Nesse sentido, Norberto Bobbio (1992) afirma que a manipulação do patrimônio genético individual traz efeitos traumáticos os quais renovam as exigências no que tange à tutela dos direitos humanos. Para além disso, Paulo Bonavides (2008) entende os efeitos da globalização neoliberal como explosão informacional, pluralismo e a própria democracia como precursores de novos direitos humanos. Na visão de Artur Barbosa da Silveira (2020), Bonavides enxerga a democracia enquanto direito humano em espécie, à medida que possibilita a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais -bem como assegura tal aplicação pelo controle de constitucionalidade-, além de possibilitar o exercício do poder àqueles escolhidos por vontade popular.

¹⁴ MONDIN, Battista. *Curso de Filosofia*. v. 1. 10 ed. São Paulo: Paulus, 1981.

complementou a perspectiva platônica; o Estagirita entendia a educação como fulcral à sobrevivência do homem, uma vez que apenas por meio dela os indivíduos inserem-se na sociedade, atingindo a plenitude de suas existências¹⁵.

Na esteira das visões atenienses, retiram-se dois entendimentos: (i) a educação deve servir a um bem comum que se traduz na plenitude social; (ii) na educação se constrói a cidadania. Coaduna-se às referidas linhas de raciocínio o homem inconcluso do professor Paulo Freire¹⁶, que se traduz na incompletude humana, que obstrui a autonomia dos indivíduos, os quais têm na educação a principal fonte de libertação visando à existência autônoma¹⁷. Para Freire¹⁸, a formação integral do educando deve nortear a educação, onde, a partir do fortalecimento de suas cidadanias, os indivíduos são membros plenos de uma comunidade política apta a enfrentar problemáticas sociais notáveis¹⁹.

Desse modo, o ato de educar conscientiza o sujeito de direito, o qual torna-se efetivamente membro da sociedade a partir do conhecimento. É por meio e por consequência da noção de pertencimento que esses cidadãos conquistam melhorias para a sociedade, assim como para grupos específicos²⁰, como mulheres, negros, crianças etc. Assim, ao mesmo tempo que amplia a cidadania, a educação em direitos humanos efetiva os direitos universais.

Nesse cenário, o ordenamento jurídico internacional, ao pacificar os entendimentos acerca dos direitos humanos na DUDH, atestou a educação como meio vital à satisfação de uma ética solidária universal e de exercício da cidadania²¹. Mais

¹⁵ ARISTÓTELES. **A Política**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

¹⁶ FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia: saberes necessários à prática educativa**. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

¹⁷ Conforme enuncia Vicente Zatti (2007), o homem não nasce homem, mas se forma homem a partir da educação.

¹⁸ FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

¹⁹ Tais como: exclusão de minorias étnicas, modelos de produção insustentáveis e altamente suscetíveis às crises econômicas, bem como inibidores de um desenvolvimento social mais humano, baixo controle efetivo da população sobre a administração pública, especialmente no que tange às contravenções corruptas (Júnior e Medeiros, 2020).

²⁰ RODRIGUES, Alexnaldo; RODRIGUES, Alexandre; AZEVEDO, Eulalia (coord.). Cidadania e Direitos Humanos: Qual o papel do(a) professor(a)? In: RODRIGUES, T. A. et al. **Educação e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2020

²¹ **Art. 26 - 2**. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do ser humano e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. (ONU, 1948).

adiante, instituiu-se, de 1995 a 2004, a “Década das Nações Unidas para a Educação em Direitos Humanos”, em que se consolidou a definição de educação em direitos humanos²². Assim, é evidente que os organismos internacionais veem a educação enquanto mecanismo essencial à efetividade dos direitos humanos universais.

Sob tal perspectiva, a consciência universal acerca dos direitos humanos desenvolvida ao final da Segunda Guerra, que se traduz nas resoluções e tratados internacionais, não garante, sozinha, a plenitude dos direitos fundamentais. A difusão e o fortalecimento de uma cultura universal de direitos humanos por meio dos processos educativos não só preparam individualmente seus receptores para o exercício da cidadania, como promovem condutas baseadas em princípios éticos de valorização dos direitos e deveres fundamentais da pessoa humana²³. Traduz-se, logo, o binômio educativo ateniense na perspectiva do direito legal.

Fica evidente, ainda, que este efeito dúplice do processo educativo se dá ciclicamente, uma vez que o mesmo mecanismo educativo que dissemina as bases de uma cultura -que almeja ser universal- catalisa o alcance dos direitos e deveres desta cultura, culminando numa relação meio-fim, que fortalece o pleno desenvolvimento da personalidade humana.

O respaldo e a conceituação da educação em direitos humanos pelo direito internacional ensejaram a vigência de normas supranacionais, no Brasil, que reverberam a temática. O contexto de positivação nacional só foi possível graças às comissões de direitos humanos que brigaram para incorporar a temática, como resistência à ditadura, nas lutas políticas do plano nacional²⁴. A resistência ao regime militar ensejou o

²² “[...] treinamento, disseminação e esforços de informação objetivando a construção de uma cultura universal de direitos humanos através da partilha de conhecimento, competência e habilidades e da moldagem de atitudes, que são direcionados ao fortalecimento do respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais; ao desenvolvimento completo da personalidade humana e de seu senso de dignidade; à promoção da compreensão, tolerância, igualdade entre os sexos e amizade entre todas as nações, pessoas e grupos raciais, nacionais, étnicos, religiosos e lingüísticos; à capacitação de todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre; à ampliação de atividades das Nações Unidas para a manutenção da paz”. (ONU, 1995).

²³ CARVALHO, José Sérgio Fonseca de (coord.) Uma ideia em formação continuada em direitos humanos. In: SILVEIRA, R. M. G. et al. **Educação em direitos humanos: fundamentos teórico-metodológicos**. João Pessoa: Editora Universitária/UFPB, 2007.

²⁴ Tais comissões tinham a presença de membros da igreja católica, de movimentos sociais, jurista e professores, os quais incorporaram a temática nos debates, nas denúncias, na mídia e em teses acadêmicas, fomentando a discussão do tema (SADER, 2020).

acolhimento do tema nos currículos escolares, ainda que de forma generalizada, possibilitando uma ampliação da conscientização sobre o modelo político.

Findada a ditadura militar, a Constituição Federal seguiu as tendências internacionais e aderiu às definições internacionais, conferindo status constitucional à relação entre educação e direitos humanos. Nesse sentido, preceitua a Lei Maior que a educação visa o pleno desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania. Além disso, assegura-se o pluralismo de ideias e a liberdade de cátedra no ensino²⁵.

Tendo em vista os princípios respaldados na Constituição, a legislação infraconstitucional especializou o entendimento de educação em direitos humanos. Assim, a Lei 9.394 de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação)²⁶ ressaltou a importância de uma educação plural e o dever de vinculação aos princípios de uma educação em direito humanos. Outrossim, uma resolução de 2012 do Conselho Nacional de Educação desenvolveu o conceito de educação em direitos humanos²⁷.

Nesse sentido, é nítida a posição brasileira -ao menos legalmente- de defensora de uma educação plural, tendente a fortalecer o amplo entendimento das múltiplas perspectivas de mundo. Além disso, respalda-se a interdisciplinaridade dessa modalidade educativa, que deve ocorrer também informalmente. Somente o esforço coletivo entre Estado e família, engajado com os princípios fundamentais, fortalece uma cultura

²⁵ **Art. 205.** A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

- I. Igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
- II. Liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;
- III. Pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;(BRASIL, 1988).

²⁶ **Art. 3º** O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

- I. Igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
- II. Liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber;
- III. Pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas;
- IV. Respeito à liberdade e apreço à tolerância;
- V. Coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

²⁷ **Art. 3º** A Educação em Direitos Humanos, com a finalidade de promover a educação para a mudança e transformação social, fundamenta-se nos seguintes princípios:

- I. Dignidade humana;
- II. Igualdade de direitos;
- III. Reconhecimento e valorização das diferenças e das diversidades;IV - laicidade do Estado;
- IV. Democracia na educação;
- V. Transversalidade, vivência e globalidade; [...] (BRASIL, 2012)

universal de direitos humanos, que impulsiona a cidadania e inibe as violações à autonomia individual.

A despeito de toda orientação -internacional e nacional- supracitada, as potencialidades de uma educação em direitos humanos encontram complexos impasses na realidade brasileira. Discussões que vão desde a função precípua da educação em preparar a população para o mercado de trabalho até a utópica escola sem partido²⁸ refletem os óbices na efetivação da universalidade dos direitos humanos.

Desde logo, deve-se atribuir tais empecilhos ao atomismo neoliberal. Conforme afirma a professora Lisa Kretz²⁹, o neoliberalismo tem assumido o controle de instituições educacionais e vinculado seus discentes a perspectivas atomistas, individualistas e ocidentais³⁰. Nesse sentido, os estudantes têm funcionado como armazéns de informação, de modo que o acúmulo de conteúdo é diretamente proporcional às suas competitividades no mercado de trabalho.

No que se refere ao atomismo, Gargarella³¹ o define enquanto o “eu” antes do mundo. A partir da doutrina contratualista do século XVIII, a sociedade é enxergada como um agregado de indivíduos que se orientam em prol de objetivos individuais. Tal corrente entra em contraste com a perspectiva comunitarista, a qual entende na diversidade social a base para a formação das identidades individuais³².

O comunitarismo é fundamental para a implementação assertiva de uma cultura universal de direitos humanos. Nesse sentido, sua inviabilização no espaço escolar em detrimento a uma perspectiva individualista não só freia uma mobilização global em prol da universalidade cognitiva nos direitos fundamentais, como também desencontra o ordenamento jurídico internacional e nacional.

²⁸ As problemáticas do movimento censorador já se iniciam na hipócrita retórica de suas premissas; as quais advogam por educação isenta de partidarismo enquanto o próprio movimento representa uma vertente altamente atomista da ideologia neoliberal. Logo, é paradoxal que se pleiteie um vácuo pedagógico por meio de uma bandeira altamente ideológica (CICILIO, FERNANDES E GOMES, 2020).

²⁹ Além disso, afirma a autora: “*An atomistic construal of the self (independent, isolated, impenetrable) remains crucial to neoliberal conceptualizations of the self, in which freedom of the individual remains central*” (Kretz, 2014).

³⁰ KRETZ, Lisa. Ecological Identity in Education: Subverting the Neoliberal Self. **Leadership in Research in Education**, v,1, p. 4-21, mai, 2014.

³¹ GARGARELLA, Roberto. As teorias da justiça depois de Rawls. Um breve manual de filosofia política. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

³² José Sérgio Fonseca de (coord.) Liberdade de Cátedra, Escola sem Partido e Vedação à Censura Prévia. In: CICILIO, T.; FERNANDES, C.; GOMES, D.; . Educação em direitos humanos: fundamentos teóricos-metodológicos. João Pessoa: Editora Universitária/UFPB, 2007.

A partir disso, é fundamental que se entenda as manifestações dessa tendência de esvaziamento político nas instituições escolares, delimitando os agentes responsáveis por tal ilegalidade que lesiona 75 anos de comprometimento jurídico-social em prol da pessoa humana. Além disso, é pertinente aprofundar o entendimento da atuação da Suprema Corte brasileira em resguardar o amparo constitucional à educação em direitos humanos.

4. TUTELA DA EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ANÁLISE DA ADPF 460

Para Bonavides³³, duas globalizações políticas se desenvolvem concomitantemente na atual configuração do mundo: a globalização neoliberal e a globalização dos direitos fundamentais. Enquanto aquela atua debilitando o Estado nacional e doutrinando uma falsa despolitização da sociedade, esta humaniza e legitima princípios que têm como ápice o direito à democracia.

No contexto da globalização dos direitos fundamentais, a democracia é carro-chefe de todas as outras gerações³⁴ de direitos, uma vez que só a partir dela a fiscalização de aplicação desses direitos enunciados se desdobra. Nesse contexto, cabe ao cidadão legitimado a busca pela efetivação desses direitos na instância suprema, nos moldes compatíveis com a democracia direta.

A atuação da nossa instância suprema, especialmente no que diz respeito à educação em direitos humanos, tem sido crescente. Conforme exposto, os movimentos neoliberais têm lutado para esvaziar os currículos pedagógicos, tornando-os restritos às disciplinas convencionais.

Nessa atuação especializada, destacam-se vários julgados³⁵, entre eles a ADPF 460³⁶. Nessa ação, movida pela Procuradoria Geral da República, demanda-se a declaração de inconstitucionalidade do artigo 2º, parágrafo único, da Lei 6.496/2019³⁷ do

³³ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros, 2008.

³⁴ “Já, na democracia globalizada, o Homem configura a presença moral da cidadania. Ele é a constante axiológica, o centro de gravidade, a corrente de convergência de todos os interesses do sistema”. (BONAVIDES, 2008)

³⁵ ADPFs 467, 526 e 567, por exemplo.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 460 - DF*. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, 26 jun. 2020. 76p. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5204904>.

³⁷ Art. 2º São diretrizes do PNE que orientam as metas e estratégias do PME - Cascavel.[...]

Município de Cascavel - PR, que aprova o Plano Municipal de Educação (PNE) para o período entre 2015 e 2025. O ato normativo municipal, ao legislar sobre diretrizes e bases da educação, veda a adoção de processos educativos que promovam o entendimento e debate à diversidade de gênero, bem como a implementação ou o desenvolvimento de qualquer ensino ou abordagem referente à ideologia de gênero e orientação sexual, obstruindo a inserção de qualquer temática -ou mesmo a menção à palavra 'gênero'- nos currículos pedagógicos.

O relator da ação, Ministro Luiz Fux, acolhendo integralmente o pedido da PGR, dividiu seu voto nos vícios de constitucionalidade formal e material do objeto controlado. Quanto à inconstitucionalidade formal, destacou o STF a competência conferida, na Constituição, à União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional³⁸. Conforme enuncia José Afonso da Silva, aos Estados e ao Distrito Federal reserva-se uma competência suplementar, em que a atividade legiferante restrinja-se ao desdobramento dos princípios assegurados na Lei Maior, ou ao suprimento no caso da inobservância desses³⁹. O referido ato normativo não só estabelece obrigações negativas aos docentes, como estabelece diretrizes incompatíveis com a Constituição, exorbitando os limites impostos pela Lei federal e usurpando tal competência privativa da União.

No que diz respeito à inconstitucionalidade material, a Corte constitucional ecoa os entendimentos legais quanto à contribuição escolar na concretização da cultura universal dos direitos humanos. Nesse entendimento, reverbera-se a importância da liberdade, enquanto precursora da cidadania, e do pluralismo de perspectivas e ideias, consoante os artigos 205 e 206 da Carta Magna⁴⁰. Ao impedir o debate de gênero e orientação sexual no ambiente escolar em prol de uma neutralidade ideológica, o legislador municipal, para além da manifesta desconformidade com o ordenamento jurídico, esconde suas verdadeiras intenções.

Parágrafo Único - Além das diretrizes previstas nos incisos de I a X deste artigo, fica vedada a adoção de políticas de ensino que tendam a aplicar a ideologia de gênero, o termo 'gênero' ou 'orientação sexual'." (CASCAVEL,2019)

³⁸ À luz da CRFB: **Art. 22**. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XXIV - diretrizes e bases da educação nacional; [...]

Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo. (BRASIL, 1988).

³⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 22ª edição, 2003, Malheiros.

⁴⁰ Brasil, 1988.

Nesse cenário, o eminente relator destaca que o mito da neutralidade política coaduna-se com uma ideologia conservadora dotada de pré-compreensões valorativas do mundo, as quais serão aplicadas mediante a isenção de diversidade das concepções onde atuarem⁴¹. No contexto escolar, a dinâmica funciona a partir da vedação ao pluralismo de ideais aos alunos, os quais, uma vez incapacitados de aprender sobre os valores morais, políticos e ideológicos da sociedade, têm a plenitude de sua cidadania e de seu comportamento solidários obstados.

No caso em tela, é nítida a intenção do legislador municipal de esvaziar o silogismo político dos discentes, visando atender anseios pessoais atomistas e conservadores, por meio da construção de um espaço escolar -e conseqüentemente de uma sociedade- intolerante e cega. O caminho adequado para o combate à doutrinação ideológica sempre será o de ampliar o acesso à informação, nunca de restringi-lo.

Assim, o parágrafo único do dispositivo mostrou-se inconstitucional, por violação à liberdade, enquanto pressuposto para a cidadania, ao pluralismo político e à função da educação no preparo para o pleno exercício da cidadania⁴². Para além dos vícios de constitucionalidade, observa-se incompatível a legislação municipal frente às premissas da DUDH e às próprias normas infraconstitucionais brasileiras expostas no presente trabalho.

Para além da mera constatação da inconstitucionalidade, o Tribunal teceu importantes ponderações quanto à colisão entre educação em direitos humanos e a educação familiar, ambas previstas pela Constituição. Acertadamente, na referida matéria, o relator destacou a importância dos docentes e da preservação às suas liberdades de cátedra. Nessa perspectiva, a despeito da responsabilidade dúplice de familiares e professores na educação de crianças, os profissionais aliam sua expertise com a impessoalidade, fulcrais a uma formação ampla dos alunos.

Portanto, ficou instituído que a lei municipal estabeleceu uma censura ao profissional da educação, que contraria a liberdade constitucional de ensino, vedando o

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 460 - DF*. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, 26 jun. 2020. 76p. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5204904>.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 460 - DF*. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, 26 jun. 2020. 76p. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5204904>.

professor de abordar uma problemática latente da realidade mundial, relativa à diversidade sexual e à discriminação de minorias sexuais⁴³. Tal condição desencontra o que a Lei maior determina para um ambiente escolar, o qual deve resguardar a liberdade de aprender, ensinar, fomentar o pluralismo de perspectivas e concepções pedagógicas, a fim de obter-se o pleno exercício da cidadania e formar uma sociedade solidária, norteadas por uma ética universal.

Cristaliza-se, ainda, um importante entendimento do STF que deve orientar o direito brasileiro: a autonomia da vontade familiar não pode ditar os termos em que os profissionais da educação exercerão seu trabalho, ficando configurado o abuso do poder familiar, nesses casos. A vontade dos pais, nessa linha de raciocínio, deve ser coadjuvante à liberdade de ensinar e adequada ao que a Lei federal determina como valores de princípios da educação. Nesse sentido, a educação em direitos humanos não está a cargo de um juízo de razoabilidade familiar, tampouco pode ser impedida pelos responsáveis. Por fim, o relator destacou que se deve zelar para que não falte espaço para a proteção das minorias nos currículos pedagógicos nos quais sob o falso pretexto de nulidade, ignorem os mandamentos da DUDH e de toda uma construção teórica-jurídica ao longo dos últimos 75 anos. Atualmente, com o crescimento de movimentos intolerantes, mais efusivos que a comoção pela inclusão social, o contato de educandos com a diversidade ganha ainda mais relevância.

Sem tal apreço, frustraria-se uma perspectiva, que vem desde a Grécia Antiga, de educação para a cidadania e para o respeito às diversidades, em prol de uma cultura universal de direitos humanos. Assim, a função do ensino em ministrar conteúdos sob os mais diversos pontos de vista, ainda que em desacordo com a forma como os pais enxergam, deve guiar a educação em direitos humanos no Brasil⁴⁴.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 460 - DF*. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, 26 jun. 2020. 76p. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5204904>.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 460 - DF*. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, 26 jun. 2020. 76p. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5204904>.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto, a educação visando à formação de cidadãos tem imediata relevância no estímulo à participação política, na formação do aluno e nos outros valores essenciais à educação, como a concretização de uma ética solidária universal. Tal concepção delimitou-se em diversas situações ao longo da história, que vão desde a Pólis até seu respaldo no ordenamento jurídico internacional.

A crescente autoritária, visando a estabelecer um modelo atomista e conservador na educação, inviabiliza os entendimentos seculares e legais da temática, almejando a formação de indivíduos destituídos de um raciocínio plural. Travestida de uma neutralidade ideológica, a atuação de tais forças representa uma faceta negativa do neoliberalismo, que busca inibir seres republicanos e solidários de resguardar sua autonomia individual, uma vez que tal formação multimodal apta os educandos a participarem ativamente da sociedade política, opinando e questionando, tal qual o entendimento platônico.

Todavia, é assertiva a atuação do STF no resguardo à educação em direitos humanos. O tribunal reverberou as concepções respaldadas nos ordenamentos jurídicos e reconhece, também, que tal atributo do processo educativo tem sido gravemente ameaçado com o passar dos anos.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Muylaert Eduardo. Natureza Jurídica da Declaração Universal dos Direitos Humanos. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**, v. 6, n. 2, p. 607-624, 2011.

ARISTÓTELES. **A Política**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 460 - DF**. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, 26 jun. 2020. 76p. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5204904>.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **A quinta geração dos Direitos Fundamentais.** *Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 3, abr.-jun. de 2008a.

_____. **Curso de Direito Constitucional.** 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CARVALHO, José Sérgio Fonseca de (coord.) Uma ideia em formação continuada em direitos humanos. In: SILVEIRA, R. M. G. et al. **Educação em direitos humanos: fundamentos teórico-metodológicos.** João Pessoa: Editora Universitária/UFPB, 2007.

CICILIO, Tiago; FERNANDES, Carlos; GOMES, Daniel (coord.). Cidadania e Direitos Humanos: Liberdade de Cátedra, Escola Sem Partido e Vedação à Censura Prévia. In: RODRIGUES, T. A. et al. **Educação e Direitos Humanos.** Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2020.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 3 ed. rev e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia: saberes necessários à prática educativa.** São Paulo: Paz e Terra, 1996.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls. Um breve manual de filosofia política.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

JÚNIOR, Geraldo; MEDEIROS, Fran. (coord.). Educação para o Exercício da Cidadania In: RODRIGUES, T. A. et al. **Educação e Direitos Humanos.** Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2020.

KRETZ, Lisa. Ecological Identity in Education: Subverting the Neoliberal Self. **Leadership in Research in Education**, v,1, p. 4-21, mai, 2014.

LAFER, Celso. A ONU e os direitos humanos. **Estudos Avançados**, v. 9 n. 25, p. 169-185, 1995.

Ministério de Educação e Cultura. LDB - **Lei nº 9394/96, de 20 de dezembro de 1996.** Estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Brasília: MEC, 1996.

Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. **Resolução nº 01, de 30 de maio de 2012.** Brasília: Conselho Nacional de Educação, 2012. Disponível em: rcp001_12 (mec.gov.br). Acesso em: 09 out. 2023.

MONDIN, Battista. **Curso de Filosofia.** v. 1. 10 ed. São Paulo: Paulus, 1981.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

RODRIGUES, Alexnaldo; RODRIGUES, Alexandre; AZEVEDO, Eulalia (coord.). Cidadania e Direitos Humanos: Qual o papel do(a) professor(a)? In: RODRIGUES, T.

A. et al. **Educação e Direitos Humanos.** Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2020.

SADER, Emir (coord.) Contexto histórico e educação em direitos humanos no Brasil. In: SILVEIRA, R. M. G. et al. **Educação em direitos humanos: fundamentos teórico-metodológicos**. João Pessoa: Editora Universitária/UFPB, 2007

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 22ª edição, 2003, Malheiros.

SILVEIRA, Artur Barbosa da. As Cinco Dimensões dos Direitos Fundamentais e a Problemática Envolvendo a Dificuldade de Implementação da Democracia Participativa nos Moldes Propostos por Paulo Bonavides. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 117, p. 83-102, jan.-fev. 2020.

SORTO, Freddy Orlando. A Declaração Universal dos Direitos Humanos no seu sexagésimo aniversário. **Verba Juris**, ano 7, n. 7, p. 9-34, jan./dez. 2008.

ONU. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 21 ago. 2021.

ONU NEWS. Nações Unidas lembram os mortos da Segunda Guerra Mundial. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/126610-na%C3%A7%C3%B5es-unidas-lembram-os-mortos-da-segunda-guerra-mundial>. Acesso em: 03/10/2023.

ZATTI, Vicente. **Autonomia e Educação em Immanuel Kant e Paulo Freire**. Porto Alegre: EDI PUC RS, 2007

**JUSTIÇA E GÊNERO:
UMA REFLEXÃO ACERCA DA TEORIA DE AXEL HONNETH**

*JUSTICE AND GENDER:
A REFLECTION ON AXEL HONNETH'S THEORY*

Camila Carlesso Pin¹

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Afinal, o que é gênero? 3. Justiça Social na luta por reconhecimento. 4. Gênero, justiça e reconhecimento. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas.

RESUMO: A problemática que envolve o presente estudo parte da análise da teoria de Axel Honneth, por meio de uma reflexão sobre justiça e gênero, dado o contexto comemorativo dos 75 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Como objetivo, busca evidenciar o conceito de Reconhecimento envolto à justiça social, para conectar-se com os aspectos da crítica jurídica frente às teorias de gênero. Como método, baseou-se em pesquisa bibliográfica. Como resultado, demonstra-se que a teoria de Axel Honneth traz elementos essenciais para repensar a questão da justiça voltada às questões de gênero no Brasil, e, que as legislações e o direito brasileiro, são escassos ao trabalhar o tema e a proteção dos grupos sociais de gênero.

Palavras-chave: Gênero. Justiça. Reconhecimento.

ABSTRACT: *The issue surrounding this present study begins with an analysis of Axel Honneth's theory through a reflection on justice and gender, given the commemorative context of the 75th anniversary of the Universal Declaration of Human Rights. The goal is to highlight the concept of recognition intertwined with social justice in order to connect with aspects of legal criticism in relation to gender theories. The methodology employed is based on bibliographic research. As a result, it is demonstrated that Axel Honneth's theory brings essential elements to rethink the issue of justice focused on gender issues in Brazil, and that Brazilian legislation and law are scarce when working on the theme and the protection of gender social groups.*

Keywords: *Gender. Justice. Recognition.*

¹ Bacharel em Filosofia pela Universidade Federal do Espírito Santo - UFES (2019). Mestre em Ensino de Humanidades pelo Instituto Federal do Espírito Santo - IFES (2022). Atualmente bacharelanda em Direito pela Faculdade de Ensino Superior de Linhares - FACELI, com previsão para formação em 2025. Estagiária de Graduação do 4º Gabinete Cível da Promotoria de Justiça de Linhares do Ministério Público Estadual - MPES.

1. INTRODUÇÃO

A problemática que envolve o presente estudo, busca abordar as contribuições conceituais de Axel Honneth quando relacionadas às temáticas de justiça social e gênero. Sendo assim, o objetivo geral concentrou-se em evidenciar de que forma o conceito de Reconhecimento envolto à justiça social, conecta-se com os aspectos da crítica jurídica frente às teorias de gênero.

A importância deste estudo justifica-se pela necessidade de superação da aversão social quanto às questões de gênero. Constantemente, os debates sobre gênero são alvos de ataques por parte de radicalistas, extremistas e conservadores, que têm por objetivo, na maior parte das vezes, aniquilar o direito de liberdade e existência dos sujeitos que não se reconhecem pelos padrões impostos socialmente.

Um caso não tão recente, mas, que demonstra a forte presença do conservadorismo brasileiro, ocorreu no ano de 2017, quando a filósofa e Professora da Universidade da Califórnia, Judith Butler, ao desembarcar no Brasil para dar a palestra “*Os fins da Democracia*”, foi agredida e perseguida por um grupo no aeroporto de Congonhas². Butler é conhecida internacionalmente pelas contribuições nos estudos em gênero, sexualidade e democracia.

Chamamos atenção, ainda, para um fato ocorrido nos últimos meses no Brasil, que, apesar da Declaração dos Direitos Humanos ter completado 75 anos, ainda é necessário lutar pelas garantias básicas quanto o assunto é gênero e sexualidade. A Comissão de Previdência, Assistência Social, Infância e Família, aprovou, ano de 2023, o projeto de Lei nº 5167/09, com objetivo de proibir que relações entre pessoas do mesmo sexo, equipare-se ao casamento. Uma afronta aos direitos Constitucionais e às garantias legais do povo LGBTQI+ no Brasil³.

² G1. Filósofa Judith Butler é agredida em aeroporto de SP e mulher leva tapa ao defendê-la. Jornal Globo, 2017. <https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/filosofa-judith-butler-e-alvo-de-ofensas-em-aeroporto-de-sp-e-mulher-e-agredida-ao-defende-la.ghtml>.

³ G1. Comissão da Câmara aprova projeto para proibir casamento entre pessoas do mesmo sexo. Jornal Globo, 2023. <https://g1.globo.com/politica/noticia/2023/10/10/comissao-da-camara-aprova-projeto-para-proibir-casamento-entre-pessoas-do-mesmo-sexo.ghtml>.

Da mesma forma, contrariando a Decisão do Supremo Tribunal Federal, que, em 2011, reconheceu a união homoafetiva como núcleo familiar, por meio do julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132⁴.

Nesse sentido, o artigo foi dividido em três partes: a primeira, buscou discutir o que é gênero, aspectos e as principais discussões que permeiam a temática; no segundo momento, a Reconhecimento de Axel Honneth, relacionando-se com a justiça social; e, no terceiro momento, a crítica jurídica envolvendo justiça, gênero e reconhecimento.

Quanto aos métodos, este estudo realizou pesquisa bibliográfica, por meio da leitura das obras do filósofo, e, por consultas realizadas nas bases de pesquisa com confiabilidade, como a Plataforma *Scielo*, Biblioteca Digital de Teses e Dissertações e Google Acadêmico, por meio dos descritores: gênero; justiça; e, reconhecimento.

Como resultado, constatou-se que o gênero e a sexualidade são categorias potentes para análise e crítica do direito, de forma que, por meio da teoria do Reconhecimento de Honneth, demonstrou-se que os grupos sociais, ante a ausência de reconhecimento, travam lutas sociais para fins de garantir os seus direitos, inclusive, por meio da justiça.

2. AFINAL, O QUE É GÊNERO?

A frase “*Ninguém nasce mulher, torna-se mulher*” de Simone de Beauvoir, levou as mulheres das mais diferentes posições, a repeti-la para indicar seu modo de ser e estar no mundo, forma que não resultava em um único ato, mas que se constituía pela construção, em que, fazer-se mulher dependia de marcas, gestos, comportamentos, preferências e desgostos, com base nos valores culturais e normas, que lhes eram ensinados e reiterados cotidianamente⁵.

No ano de 1940, quando Beauvoir publicou a obra o *Segundo Sexo*, o fazer-se mulher foi transformado e pluralizado, de modo que, a frase alcançou o masculino, que,

⁴ STF. Supremo Reconhece União Homoafetiva. Brasília, 2011. <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931&ori=1>.

⁵ LOURO, Guacira Lopes. Gênero e sexualidade: pedagogias contemporâneas. Dossiê: Educação, Gênero e Sexualidade. Revista Pro-Posições, v. 19, n. 2. Rio Grande do Sul, 2008. <https://doi.org/10.1590/S0103-73072008000200003>;

decididamente, fazer de alguém um homem, requer, da mesma forma, investimentos continuados, não sendo natural – mas, constituído na própria cultura⁶.

Com relação à terminologia gênero, inicialmente, no campo da discussão teórica, em sentido gramatical, referia-se aos indivíduos de sexo diferente, orbitando entre o masculino e o feminino, mas, nas últimas décadas, a literatura foi responsável por atribuir novas possibilidades ao conceito, por meio da noção de cultura disposta na própria esfera social⁷. Desta forma, ampliou-se o reconhecimento das identidades, trazendo a possibilidade de abrangência da categoria.

Com Judith Butler, apesar da teoria feminista presumir a existência de uma identidade definida, compreendida pela categoria mulheres, em que, o sexo seria natural, e o gênero, discursivo, Butler pretendeu questionar o conceito de mulheres como sujeito do feminismo, superando a dualidade existente entre gênero/sexo⁸.

Para Butler, o sujeito mulheres seria inexistente, e, assim, defendeu que sexo e gênero são arbitrários, sendo discursivos e culturais, de forma que, não é a biologia que se torna um destino, mas a própria cultura⁹.

A filósofa defende que a verdadeira identidade é revelada no sexo, no gênero e no desejo, deixando o campo da identidade em aberto, acreditando que, o feminismo teria criado seus próprios sujeitos, e, passou a restringi-los, reduzindo a liberdade e representação¹⁰.

Não há, portanto, uma identidade por trás das expressões de gênero, já que, toda identidade seria uma *performance*, e, a saída encontrada por Butler, seria o fortalecimento das teorias *Queer*, como os movimentos gays, lésbicas e transgêneros, combatendo a dualidade entre o sexo e o gênero¹¹.

⁶ LOURO, Guacira Lopes. Gênero e sexualidade: pedagogias contemporâneas. Dossiê: Educação, Gênero e Sexualidade. Revista Pro-Posições, v. 19, n. 2. Rio Grande do Sul, 2008. <https://doi.org/10.1590/S0103-73072008000200003>;

⁷ ARAÚJO, Maria de Fátima. Diferença e Igualdade nas relações de gênero: revisitando o debate. Revista Psicologia Clínica, v. 17, n. 2. Rio de Janeiro, 2005. p. 41-52. <https://doi.org/10.1590/S0103-56652005000200004>.

⁸ BUTLER, Judith. Problemas de Gênero – Feminismo e Subversão da identidade. Rio de Janeiro: Editora Civilização, 2003.

⁹ RODRIGUES, Carla. Butler e a desconstrução do gênero. Revista de Estudos Feministas, v. 13, n. 1. Florianópolis, 2015. p. 179-199. <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2005000100012>.

¹⁰ RODRIGUES, Carla. Butler e a desconstrução do gênero. Revista de Estudos Feministas, v. 13, n. 1. Florianópolis, 2015. p. 179-199. <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2005000100012>.

¹¹ BUTLER, Judith. Problemas de Gênero – Feminismo e Subversão da identidade. Rio de Janeiro: Editora Civilização, 2003.

O movimento *Queer* nasceu de sujeitos que se sentiam acorrentados pela perspectiva biológica, e, assim, criaram desobediências às ordens e regras sociais, sendo constantemente alvo de pedagogias que tinham como objetivo a correção e disciplina, na tentativa de recuperá-los para o seu gênero e sua sexualidade legítima¹².

A pedagogia *Queer*, teria por objetivo, para além de promover a tolerância às diferenças de gênero, sexo e etnia, questionaria a polarização existente entre a hetero/homossexualidade, combatendo a homofobia¹³.

Com a atribuição do gênero no nascimento, é esperado que os sujeitos realizem os papéis sociais de acordo com a *performance*, e, quando um corpo manifesta novas formas de agir, a sociedade se sente incomodada¹⁴.

É necessário produzir discursos que sejam capazes de negar a primazia do biológico, compreendendo que, é fazendo o gênero que se desfaz o gênero, ou seja, atualizando as práticas hegemônicas de construção do gênero, é que se permite um avanço da desconstrução do gênero, superando o sexo biológico como natural e imutável¹⁵.

3. JUSTIÇA SOCIAL NA LUTA POR RECONHECIMENTO

Axel Honneth é um filósofo e sociólogo alemão, nascido em 1949, que faz parte da chamada terceira geração da escola de Frankfurt. Foi aluno de Jürgen Habermas, e, junto ao filósofo, também se baseou nos conceitos de Immanuel Kant e Georg Wilhelm Friederich Hegel.

Honneth, na obra *Luta por Reconhecimento*, apostou na ideia de que a luta entre os sujeitos e grupos sociais, é uma luta por reconhecimento¹⁶. Para o filósofo, o conceito de reconhecimento é posto na ideia em que, os indivíduos e grupos sociais reivindicam o direito para ter a sua identidade reconhecida na sociedade.

¹² LOURO, Guacira Lopes. *Um corpo estranho: ensaios sobre sexualidade e a teoria queer*. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

¹³ LOURO, Guacira Lopes. *Um corpo estranho: ensaios sobre sexualidade e a teoria queer*. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

¹⁴ MAÇÃO, Izabel Rizzi; ALVIM, Davis Moreira; RODRIGUES, Alexsandro. Desfazendo o sexo: uma genealogia dos conceitos de sexo biológico e gênero. *Revista Kínesis*, v. 13, n. 34. Rio Grande do Sul, 2021. p. 231-252. <https://doi.org/10.36311/1984-8900>.

¹⁵ MAÇÃO, Izabel Rizzi; ALVIM, Davis Moreira; RODRIGUES, Alexsandro. Desfazendo o sexo: uma genealogia dos conceitos de sexo biológico e gênero. *Revista Kínesis*, v. 13, n. 34. Rio Grande do Sul, 2021. p. 231-252. <https://doi.org/10.36311/1984-8900>.

¹⁶ HONNETH, Axel. *Luta por Reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2023.

O direito, de acordo com Honneth, é uma prática social que regulamenta e regula as relações entre os sujeitos, e, a partir dela, são consideradas e abrangidas o maior número de diferenças individuais, de forma a atuar como um agente garantidor da igualdade social, ao menos em teoria¹⁷.

O Reconhecimento intersubjetivo é aquele, pelo qual, os indivíduos e grupos sociais formam sua identidade numa relação de reciprocidade, ou seja, o sujeito reconhece a si mesmo e reconhecem aos outros indivíduos¹⁸.

Para Honneth, três são as formas de Reconhecimento: o amor, as relações jurídicas e a solidariedade social, compondo a formação da identidade dos sujeitos¹⁹.

O amor seria advindo da estima nos primeiros anos de vida dos sujeitos, que, refletiria no desenvolvimento da autoconfiança dos indivíduos, garantindo a capacidade de tomar decisões na vida pública²⁰. Nas relações jurídicas, o autorrespeito é desenvolvido quando o sujeito se autocompreende como autônomo e moralmente imputável, pertencendo a sua comunidade²¹. Na solidariedade social, o sujeito é aceito pelas suas particularidades e qualidades individuais, sendo possível medir o seu valor a partir do que faz e do que representa socialmente²².

Para o filósofo, as relações são solidárias na medida em que os sujeitos desenvolvem tolerância com as particularidades individuais dos outros sujeitos²³. E, a origem dos conflitos sociais, é explicada pela motivação moral que leva os sujeitos a lutarem por reconhecimento, pois, existiria na sociedade uma luta permanente entre grupos que buscam elevar o valor das suas capacidades para encontrar o reconhecimento social²⁴.

¹⁷ HONNETH, Axel. Luta por Reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. Tradução Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2023.

¹⁸ HONNETH, Axel. Luta por Reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. Tradução Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2023.

¹⁹ HONNETH, Axel. Luta por Reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. Tradução Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2023.

²⁰ HONNETH, Axel. Luta por Reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. Tradução Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2023.

²¹ HONNETH, Axel. Luta por Reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. Tradução Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2023.

²² HONNETH, Axel. Luta por Reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. Tradução Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2023.

²³ HONNETH, Axel. Luta por Reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. Tradução Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2023.

²⁴ HONNETH, Axel. Luta por Reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. Tradução Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2023.

A justiça social surge na medida em que há a negação do reconhecimento dos membros sociais, que, implicam na perturbação e ofensa da relação do sujeito consigo mesmo e com os demais membros da sociedade²⁵.

No caso da violência, Honneth retrata que, ao exemplo, a violência física, seria o apoderamento do corpo de outra pessoa em contraposição à sua vontade, representando um grau de humilhação que fere o reconhecimento e a relação do sujeito consigo mesmo, atingindo a autoconfiança²⁶.

O desrespeito social seria a exclusão da posse de determinados direitos, isto é, os sujeitos são privados do exercício do mesmo direito que possuem os membros da coletividade²⁷. Já a degradação moral, que ofende ou humilha as formas pelas quais os sujeitos buscam viver, afetam a autoestima, pois o sujeito enxerga sua vida como irrelevante para a sociedade²⁸.

Honneth discorre que, na maioria das vezes, os sujeitos que possuem os seus direitos negados, estão ligados às questões identitárias, culturais, os aspectos de gênero, religião e cor da pele²⁹.

Na ausência de reconhecimento e dos direitos, os sujeitos passam a buscar que a sociedade os reconheça, em prol dos direitos e liberdades que deveriam ser a eles inerentes³⁰. As experiências de desrespeito, são, para Honneth, os motores que levam os indivíduos a buscarem pela luta social³¹.

²⁵ HONNETH, Axel. *Luta por Reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2023.

²⁶ HONNETH, Axel. *Luta por Reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2023.

²⁷ HONNETH, Axel. *Luta por Reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2023.

²⁸ HONNETH, Axel. *Luta por Reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2023.

²⁹ HONNETH, Axel. *Luta por Reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2023.

³⁰ HONNETH, Axel. *Luta por Reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2023.

³¹ HONNETH, Axel. *Luta por Reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2023.

4. GÊNERO, JUSTIÇA E RECONHECIMENTO

O movimento feminista, surgido no século XX, iniciado com estudo sobre as mulheres, e, posteriormente, de gênero e teorias feministas, produziram aproximações com perspectivas liberais – reclamando a expansão dos direitos das mulheres; no marxismo – promovendo análises de gênero e classe; com o pensamento negro – reivindicando o exame interseccional entre gênero e opressões de raça; com as tendências pós-estruturalistas – sob os projetos de subjetivação das micro relações de poder; com o movimento *Queer* – denunciando a heteronormatividade e a invisibilização dos corpos e vivências plurais; e, com as críticas coloniais ou pós-coloniais – pelas relações persistente de colonização dos saberes e subalternização de mulheres³².

A questão inicial do feminismo, foi a de ser mulher em um mundo dominado por homens, desdobrando-se e expandindo-se em nas múltiplas dimensões, conduzidas por indagações mais amplas e complexas do que significa e como são estruturadas as relações de gênero, pelas circunstâncias econômicas, raciais, sexuais e outras³³.

O feminismo continua a examinar, denunciar e lutar contra o sexismo, contra a falta de igualdade e liberdade em todos os aspectos³⁴. Assim, transformado em um instrumento poderoso para entender a opressão e a desigualdade, repensando a história, as instituições e as relações de poder³⁵.

Não só a história tem sido contada por homens, mas também as instituições de produção do conhecimento e dos saberes, e, as normas têm sido elaboradas por eles³⁶. Se a política constrói o gênero, o gênero também constrói a política, isto é, como permeia todas as relações sociais, como as instituições o incorporam, quaisquer pressuposições e

³² RAMOS, Marcelo Maciel. Teorias Feministas e Teorias Queer do Direito: gênero e sexualidade como categorias úteis para a crítica jurídica. Revista Direito e Práxis, v. 12, n.3. Belo Horizonte, 2021. <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/50776>.

³³ RAMOS, Marcelo Maciel. Teorias Feministas e Teorias Queer do Direito: gênero e sexualidade como categorias úteis para a crítica jurídica. Revista Direito e Práxis, v. 12, n.3. Belo Horizonte, 2021. <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/50776>.

³⁴ RAMOS, Marcelo Maciel. Teorias Feministas e Teorias Queer do Direito: gênero e sexualidade como categorias úteis para a crítica jurídica. Revista Direito e Práxis, v. 12, n.3. Belo Horizonte, 2021. <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/50776>.

³⁵ RAMOS, Marcelo Maciel. Teorias Feministas e Teorias Queer do Direito: gênero e sexualidade como categorias úteis para a crítica jurídica. Revista Direito e Práxis, v. 12, n.3. Belo Horizonte, 2021. <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/50776>.

³⁶ RAMOS, Marcelo Maciel. Teorias Feministas e Teorias Queer do Direito: gênero e sexualidade como categorias úteis para a crítica jurídica. Revista Direito e Práxis, v. 12, n.3. Belo Horizonte, 2021. <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/50776>.

organizações, entendimentos das opressões e desigualdades, será incompleto sem a análise de gênero³⁷.

Qualquer crítica radical do direito, que seja comprometida com a superação das superestruturas e dos mecanismos de dominação, exploração, marginalização, deve basear-se nas análises de gênero³⁸. Isto, porque, no caso do direito, não estamos diante somente de estruturas institucionais de produção e aplicação das leis (parlamento, tribunais, aparato policial, repartições públicas), e, dos instrumentos que regulam a vida e as soluções dos conflitos (leis, sentenças judiciais, contratos, doutrinas), mas também das relações que produzem as instituições e os dispositivos jurídicos, assim, o gênero também constrói o direito³⁹.

O pensamento jurídico feminista surgiu na década de 70, nos cursos e disciplinas nos Estados Unidos, que tinham como título “Mulheres e o Direito”, “Discriminação Social” e “Teoria do Direito Feminista”, buscando discutir o tratamento desigual das mulheres pelo direito e pela sociedade⁴⁰. As primeiras disciplinas tinham como foco a promoção dos direitos das mulheres, através de reformas legais ou litígios judiciais, passando, na década de 80, a discutir a construção do patriarcado, confrontando a neutralidade da lei, decisões dos tribunais e doutrinas jurídicas⁴¹.

Em síntese, os problemas mais abordados pelo feminismo jurídico são: a) o reconhecimento pleno das mulheres como sujeitos de direitos; b) a proteção jurídica contra o feminicídio; c) a violência doméstica; d) o estupro; e) a pornografia; f) a exploração sexual; g) o tráfico internacional de mulheres; i) direitos sexuais e reprodutivos; j) direitos relativos ao divórcio; k) o poder parental; l) a maternidade; m) os

³⁷ RAMOS, Marcelo Maciel. Teorias Feministas e Teorias Queer do Direito: gênero e sexualidade como categorias úteis para a crítica jurídica. *Revista Direito e Práxis*, v. 12, n.3. Belo Horizonte, 2021. <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/50776>.

³⁸ RAMOS, Marcelo Maciel. Teorias Feministas e Teorias Queer do Direito: gênero e sexualidade como categorias úteis para a crítica jurídica. *Revista Direito e Práxis*, v. 12, n.3. Belo Horizonte, 2021. <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/50776>.

³⁹ RAMOS, Marcelo Maciel. Teorias Feministas e Teorias Queer do Direito: gênero e sexualidade como categorias úteis para a crítica jurídica. *Revista Direito e Práxis*, v. 12, n.3. Belo Horizonte, 2021. <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/50776>.

⁴⁰ RAMOS, Marcelo Maciel. Teorias Feministas e Teorias Queer do Direito: gênero e sexualidade como categorias úteis para a crítica jurídica. *Revista Direito e Práxis*, v. 12, n.3. Belo Horizonte, 2021. <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/50776>.

⁴¹ RAMOS, Marcelo Maciel. Teorias Feministas e Teorias Queer do Direito: gênero e sexualidade como categorias úteis para a crítica jurídica. *Revista Direito e Práxis*, v. 12, n.3. Belo Horizonte, 2021. <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/50776>.

salários e oportunidades iguais de trabalho; e, n) participação política⁴². Os debates concretam-se nos tratamentos jurídicos desiguais, à parcialidade, à falsa neutralidade e o caráter patriarcal ou sexista do direito, aos limites e ambiguidades das leis antidiscriminatórias e protetivas⁴³.

Até os anos 2000, as teorias feministas eram inexistentes no contexto brasileiro, contudo, nos últimos anos, ocorreu a multiplicação das iniciativas ligadas aos direitos das mulheres no Brasil e da produção científica no campo das teorias jurídicas⁴⁴.

As teorias *Queer* também passaram a enfrentar a questão do pensamento jurídico, denunciando a cumplicidade do próprio movimento LGBTQI, buscando reconhecimento e ampliação dos direitos, instrumentalizando políticas identitárias, reforçando estruturas e dispositivos que ampliam a diversidade e liberdades radicais⁴⁵. A própria história do movimento LGBTQI, foi marcada por lutas identitárias, e, no campo do direito, foram empreendidos esforços nas pautas de lutas pelo casamento, adoção, criminalização da LGBTfobia⁴⁶.

Queer é um elemento disruptivo das práticas e teorias do direito, em que, o direito seria uma força anti-queer, na medida em que criminaliza, estabelece desvantagens para condutas sexuais não heterossexuais, ou, na medida em que se recusa a reconhecer, tratar e proteger, de forma igualitária, os LGBTQI⁴⁷.

Para um direito que envolva o público *Queer*, deveria: a) lutar contra os estereótipos heteropatriarcais de sexualidade e gênero; b) produzir um saber jurídico interdisciplinar; c) empregar narrativas e contra narrativas capazes de capturar a

⁴² RAMOS, Marcelo Maciel. Teorias Feministas e Teorias Queer do Direito: gênero e sexualidade como categorias úteis para a crítica jurídica. Revista Direito e Práxis, v. 12, n.3. Belo Horizonte, 2021. <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/50776>.

⁴³ RAMOS, Marcelo Maciel. Teorias Feministas e Teorias Queer do Direito: gênero e sexualidade como categorias úteis para a crítica jurídica. Revista Direito e Práxis, v. 12, n.3. Belo Horizonte, 2021. <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/50776>.

⁴⁴ RAMOS, Marcelo Maciel. Teorias Feministas e Teorias Queer do Direito: gênero e sexualidade como categorias úteis para a crítica jurídica. Revista Direito e Práxis, v. 12, n.3. Belo Horizonte, 2021. <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/50776>.

⁴⁵ RAMOS, Marcelo Maciel. Teorias Feministas e Teorias Queer do Direito: gênero e sexualidade como categorias úteis para a crítica jurídica. Revista Direito e Práxis, v. 12, n.3. Belo Horizonte, 2021. <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/50776>.

⁴⁶ RAMOS, Marcelo Maciel. Teorias Feministas e Teorias Queer do Direito: gênero e sexualidade como categorias úteis para a crítica jurídica. Revista Direito e Práxis, v. 12, n.3. Belo Horizonte, 2021. <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/50776>.

⁴⁷ RAMOS, Marcelo Maciel. Teorias Feministas e Teorias Queer do Direito: gênero e sexualidade como categorias úteis para a crítica jurídica. Revista Direito e Práxis, v. 12, n.3. Belo Horizonte, 2021. <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/50776>.

complexidade dos *Queer*; d) construir sensibilidades atentas aos aspectos ideológicos e culturais das normas e aspectos jurídicos; e) demonstrar que a sexualidade é construção social; f) promover a posicionalidade, aspecto relacional e análise interseccional das múltiplas dimensões da discriminação⁴⁸.

Nesta toada, observa-se que os grupos minoritários e de gênero, vêm, ao longo das décadas, buscando visibilidade por meio de lutas, que, podem ser caracterizadas como lutas por reconhecimento e justiça social, tais como exemplificadas por Honneth.

Com a afirmação de novas identidades, jovens, estudantes, negros, mulheres, minorias sexuais e étnicas, vêm reafirmando o seu direito de existir e denunciando as formas vexatórias a que são constantemente alvos.

Estes grupos questionam conceitos, teorias, criam linguagens e constroem novas práticas sociais, protagonizando movimentos com objetivo de tornar-se visíveis, a partir do seu modo de viver, estética, ética, história e experiências⁴⁹. As lutas decorrem do direito de falar por si e sobre si, como autorrepresentação, entendendo que, o acesso e controle dos espaços sociais, como mídia, cinema, jornais e currículos, eram fundamentais para que pudessem serem vistos, destoando com as vozes dominantes e incontestáveis⁵⁰.

A busca de Honneth foi pela construção de uma teoria da justiça que baseada no concreto, nas práticas sociais e nas instituições, para a realização da liberdade individual⁵¹. Desta forma, reorientou a teoria normativa em direção ao mundo social, de forma a provocar uma guinada social no debate contemporâneo sobre justiça, e, fazendo isso por meio de uma reconstrução da trajetória sócio-histórica dos âmbitos da vida social, com a promessa de testar o grau de realização da liberdade⁵².

⁴⁸ RAMOS, Marcelo Maciel. Teorias Feministas e Teorias Queer do Direito: gênero e sexualidade como categorias úteis para a crítica jurídica. *Revista Direito e Práxis*, v. 12, n.3. Belo Horizonte, 2021. <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/50776>.

⁴⁹ LOURO, Guacira Lopes. *Um corpo estranho: ensaios sobre sexualidade e teoria Queer*. 2. Ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

⁵⁰ LOURO, Guacira Lopes. *Um corpo estranho: ensaios sobre sexualidade e teoria Queer*. 2. Ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

⁵¹ MARQUES, Stanley Souza. Justiça, gênero e famílias em O direito da liberdade, de Axel Honneth: elementos para uma contribuição ao projeto honnethiano. *Revista Sociologias*, ano 24, n. 61. Belo Horizonte, 2022. p. 226-259. <http://doi.org/10.1590/18070337-122543>.

⁵² MARQUES, Stanley Souza. Justiça, gênero e famílias em O direito da liberdade, de Axel Honneth: elementos para uma contribuição ao projeto honnethiano. *Revista Sociologias*, ano 24, n. 61. Belo Horizonte, 2022. p. 226-259. <http://doi.org/10.1590/18070337-122543>.

Seu objetivo é destilar reivindicações normativas das esferas da ação, de forma a alargar os campos sociais submetidos à investigação democrática, e, combater o monopólio jurídico, apresentando os domínios da intimidade e das famílias como esferas da efetivação da liberdade social, devendo serem libertas da submissão às figuras da tutela privada⁵³.

Honneth debruça-se no centro do debate sobre justiça, levando em consideração o amor, a intimidade, cuidado e sexualidade, pois, para o filósofo, todas estas estariam condicionadas à autodeterminação democrática⁵⁴.

Para tanto, a análise feita pela teoria do Reconhecimento, demonstra que, quando as desigualdades são presentes, as experiências de desrespeito/violência/vexações são motores que motivam e movem os sujeitos a travar lutas sociais, buscando o seu reconhecimento.

Quando o sujeito é capaz de identificar suas próprias vulnerabilidades, é também esperado que reconheça as vulnerabilidades de seus pares, de forma que, possibilite a existência de confiança, respeito e estima entre tais.

O que se observa, no caso estudado, é que os grupos sociais, mais especificamente, de gênero, constantemente travam lutas por reconhecimento, inclusive no campo do direito. Atualmente, denota-se que o judiciário brasileiro é composto, pela representação de 11,1% de mulheres, diante da taxa global de 26% de mulheres nas cortes, e, entre os 27 candidatos de ministros do Supremo Tribunal, apenas 3 eram mulheres⁵⁵.

Com relação aos números de LGBTQI e Transexuais que compõe o judiciário, não foi localizada, em nossa pesquisa, nenhum resultado.

Além disso, infere-se que, a própria legislação brasileira ainda é frágil quanto à proteção e garantia do público supramencionado. No ano de 2019, o STF decidiu pela equiparação da LGBTfobia como crime de racismo, podendo ser utilizada como

⁵³ MARQUES, Stanley Souza. Justiça, gênero e famílias em O direito da liberdade, de Axel Honneth: elementos para uma contribuição ao projeto honnethiano. Revista Sociologias, ano 24, n. 61. Belo Horizonte, 2022. p. 226-259. <http://doi.org/10.1590/18070337-122543>.

⁵⁴ MARQUES, Stanley Souza. Justiça, gênero e famílias em O direito da liberdade, de Axel Honneth: elementos para uma contribuição ao projeto honnethiano. Revista Sociologias, ano 24, n. 61. Belo Horizonte, 2022. p. 226-259. <http://doi.org/10.1590/18070337-122543>.

⁵⁵ CARDIM, Maria Eduarda. Judiciário brasileiro tem pouca presença feminina, veja números. Correio Braziliense. São Paulo, 2022. <https://www.correiobraziliense.com.br/brasil/2022/03/4991262-judiciario-brasileiro-tem-pouca-presenca-feminina-veja-numeros>.

qualificadora por motivo torpe no caso de homicídios dolosos, ocorridos contra homossexuais⁵⁶.

Além disso, a Lei 12.852/2013, o Estatuto da Juventude, é a única lei a nível nacional que trata do assunto, pois, aborda a proteção da juventude no que se refere à orientação sexual e de gênero⁵⁷. O Tribunal Eleitoral (TSE) publicou, no ano de 2021, a Resolução nº 23.659, que trouxe inúmeros avanços relacionados ao alistamento eleitoral, que, dentre estes, o direito das pessoas trans a fazer constar no cadastro eleitoral o nome social e a identidade de gênero⁵⁸.

No Estado do Ceará, a Lei Estadual nº 17.480/2021, determina que os estabelecimentos comerciais coloquem aviso de proibição de discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero⁵⁹.

Observa-se, portanto, que além da pouca representatividade no Judiciário, o público LGBTQI ainda é amparado por leis esparsas, e, ainda, lembrando o caso mencionado na introdução deste artigo, acerca da aprovação de proibição do casamento civil por pessoas homossexuais.

As bases da teoria de Axel Honneth podem trazer elementos essenciais para repensar a questão da justiça voltada às questões de gênero no Brasil. E, pelo exposto, pode-se afirmar que ainda há um longo trabalho a ser realizado, principalmente nas instâncias judiciais e jurídicas.

5. CONCLUSÃO

Trata-se de artigo desenvolvido para analisar às questões em torno do gênero e da justiça, realizando uma reflexão sobre a teoria do Reconhecimento de Axel Honneth.

⁵⁶ LIRA, Bruna. Leis de proteção à comunidade LGBTQIA+: quais são as principais. *Jornal O Povo*. São Paulo, 2022. <https://www.opovo.com.br/noticias/brasil/2022/07/19/leis-de-protecao-a-comunidade-lgbtqia-quais-sao-as-principais.html>.

⁵⁷ LIRA, Bruna. Leis de proteção à comunidade LGBTQIA+: quais são as principais. *Jornal O Povo*. São Paulo, 2022. <https://www.opovo.com.br/noticias/brasil/2022/07/19/leis-de-protecao-a-comunidade-lgbtqia-quais-sao-as-principais.html>.

⁵⁸ LIRA, Bruna. Leis de proteção à comunidade LGBTQIA+: quais são as principais. *Jornal O Povo*. São Paulo, 2022. <https://www.opovo.com.br/noticias/brasil/2022/07/19/leis-de-protecao-a-comunidade-lgbtqia-quais-sao-as-principais.html>.

⁵⁹ LIRA, Bruna. Leis de proteção à comunidade LGBTQIA+: quais são as principais. *Jornal O Povo*. São Paulo, 2022. <https://www.opovo.com.br/noticias/brasil/2022/07/19/leis-de-protecao-a-comunidade-lgbtqia-quais-sao-as-principais.html>.

Pelo exposto, foi possível afirmar o gênero e a sexualidade como categorias potentes para análise e crítica do direito, de forma que, por meio da teoria do Reconhecimento de Honneth, demonstrou-se que os grupos, ante a ausência de reconhecimento, travam lutas sociais para fins de garantir os seus direitos, inclusive, por meio da justiça.

Sendo assim, este trabalho não se baseou na afirmação de novos dogmas do feminino e masculino, mas, buscou demonstrar que há outras formas de existir e ser no mundo, e, pela produção de novos saberes e pontos de vista a partir dos estudos da comunidade LGBTQI e do movimento feminista.

Além disso, buscou expor as implicações do gênero nas normas jurídicas, visando demonstrar a fragilidade das leis esparsas existentes, e, da pouca representatividade dos grupos no judiciário.

Completos os 75 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, fica o seguinte questionamento: necessitará de mais setenta e cinco anos para que o judiciário brasileiro contemple às relações/questões de gênero em seu bojo?

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Maria de Fátima. Diferença e Igualdade nas relações de gênero: revisitando o debate. *Revista Psicologia Clínica*, v. 17, n. 2. Rio de Janeiro, 2005. p. 41-52. <https://doi.org/10.1590/S0103-56652005000200004>.

BUTLER, Judith. *Problemas de Gênero – Feminismo e Subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Editora Civilização, 2003.

CARDIM, Maria Eduarda. *Judiciário brasileiro tem pouca presença feminina, veja números*. Correio Braziliense. São Paulo, 2022. <https://www.correiobraziliense.com.br/brasil/2022/03/4991262-judiciario-brasileiro-tem-pouca-presenca-feminina-veja-numeros.html>.

G1. *Comissão da Câmara aprova projeto para proibir casamento entre pessoas do mesmo sexo*. Jornal Globo, 2023. <https://g1.globo.com/politica/noticia/2023/10/10/comissao-da-camara-aprova-projeto-para-proibir-casamento-entre-pessoas-do-mesmo-sexo.ghtml>.

G1. *Filósofa Judith Butler é agredida em aeroporto de SP e mulher leva tapa ao defendê-la*. Jornal Globo, 2017. <https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/filosofa-judith-butler-e-alvo-de-ofensas-em-aeroporto-de-sp-e-mulher-e-agredida-ao-defende-la.ghtml>.

HONNETH, Axel. *Luta por Reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2023.

LIRA, Bruna. *Leis de proteção à comunidade LGBTQIA+*: quais são as principais. *Jornal O Povo*. São Paulo, 2022. <https://www.opovo.com.br/noticias/brasil/2022/07/19/leis-de-protecao-a-comunidade-lgbtqia-quais-sao-as-principais.html>.

LOURO, Guacira Lopes. Gênero e sexualidade: pedagogias contemporâneas. Dossiê: Educação, Gênero e Sexualidade. *Revista Pro-Proposições*, v. 19, n. 2. Rio Grande do Sul, 2008. <https://doi.org/10.1590/S0103-73072008000200003>;

LOURO, Guacira Lopes. *Um corpo estranho*: ensaios sobre sexualidade e teoria Queer. 2. Ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

MARQUES, Stanley Souza. Justiça, gênero e famílias em O direito da liberdade, de Axel Honneth: elementos para uma contribuição ao projeto honnethiano. *Revista Sociologias*, ano 24, n. 61. Belo Horizonte, 2022. p. 226-259. <http://doi.org/10.1590/18070337-122543>.

MAÇÃO, Izabel Rizzi; ALVIM, Davis Moreira; RODRIGUES, Alexsandro. Desfazendo o sexo: uma genealogia dos conceitos de sexo biológico e gênero. *Revista Kínesis*, v. 13, n. 34. Rio Grande do Sul, 2021. p. 231-252. <https://doi.org/10.36311/1984-8900>.

RAMOS, Marcelo Maciel. Teorias Feministas e Teorias Queer do Direito: gênero e sexualidade como categorias úteis para a crítica jurídica. *Revista Direito e Práxis*, v. 12, n.3. Belo Horizonte, 2021. <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/50776>.

RODRIGUES, Carla. Butler e a desconstrução do gênero. *Revista de Estudos Feministas*, v. 13, n. 1. Florianópolis, 2015. p. 179-199. <https://doi.org/10.1590/S0104026X2005000100012>.

STF. *Supremo Reconhece União Homoafetiva*. Brasília, 2011. <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931&ori=1>.

**VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E SUA DIMENSÃO PSÍQUICA:
INTERSEÇÃO CRIMINOLÓGICA ENTRE DIALÉTICA FREUDIANA E
FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO PENAL**

*VIOLENCE AGAINST WOMEN AND THEIR PSYCHIC DIMENSION:
CRIMINOLOGICAL INTERSECTION BETWEEN FREUDIAN DIALECTICS AND
THE SOCIAL FUNCTION OF CRIMINAL LAW.*

Graziella Maria Deprá Bittencourt Gadelha¹
Lara Carrera Arrabal Klein²

SUMÁRIO: 1. Introdução: aproximações em psicopatologia e criminologia. 2. Dialética freudiana: transtornos da personalidade e diálogos com a dimensão psíquica do poder do agressor na Teoria da Sujeição. 3. Transdisciplinaridade e a função social do Direito Penal na violência de gênero. 4. Mecanismos de prevenção e repressão à violência doméstica e familiar contra a mulher na experiência brasileira. Dogmática e crítica hermenêutica. 5. Considerações finais. 6. Referências Bibliográficas.

RESUMO: O artigo investigou as raízes motivacionais da violência contra a mulher à luz do trabalho analítico *Criminosos em Consequência de um Sentimento de Culpa* de Sigmund Freud, (re)pensado sob a dimensão psíquica do poder do agressor na Teoria da Sujeição de Judith Butler. A partir da análise de dados estatísticos sob a crítica da literatura criminológica, descortinou-se o inconsciente como nodal para rompimento do ciclo de violência, enfatizando o diálogo entre sistema de justiça e a transversalidade com as áreas da Psicologia e da Psiquiatria, sob o arquétipo hermenêutico ajustado à função social do Direito Penal.

Palavras-chave: Violência contra a mulher; Criminologia Psicanalítica; Função Social do Direito Penal.

ABSTRACT: The article investigated the motivational roots of violence against women in the light of the analytical work *Criminals in Consequence of a Feeling of Guilt* by Sigmund Freud, (re)thought under the psychic dimension of the aggressor's power in Judith Butler's Theory of Subjection. From the analysis of statistical data under the

¹ Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Espírito Santo (MPES). Membro da Comissão de Crimes e Criminologia Crítica da ABMCJ-ES - Associação Brasileira de Mulheres de Carreira Jurídica, Comissão Espírito Santo.

² Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Juíza de Direito no Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

criticism of the criminological literature, the unconscious was revealed as a nodal to breaking the cycle of violence, emphasizing the dialogue between the justice system and the transversality with the areas of Psychology and Psychiatry, under the archetype hermeneutics adjusted to the social function of Criminal Law.

Keywords: Violence against women; Psychoanalytic Criminology; Social Function of Criminal Law.

1. INTRODUÇÃO: APROXIMAÇÕES EM PSICOPATOLOGIA E CRIMINOLOGIA

A persistência destacada do fenômeno da violência contra a mulher demanda um olhar mais aprofundado acerca dos motivos que o alicerçam, por vezes não desvelados a público e sequer conhecidos pelo próprio agressor, porquanto orbitam no seu inconsciente. Sem a pretensão de refugiar uma Criminologia restrita à explicação causal do delito e do agente agressor, busca-se, nesta pesquisa, o estudo da temática dentro da dogmática criminológica em transversalidade com a dimensão psicológica do comportamento violento no âmbito da relação doméstica e familiar contra a mulher. A partir desse corte epistemológico, indaga-se, em um diálogo entre Criminologia, Psiquiatria e Psicanálise, como a personalidade do agressor pode explicar a criminalidade, sob as teorias desenvolvidas por Sigmund Freud e Judith Butler, alinhadas ao pensamento criminológico de Alessandro Baratta e de Frank Schmalleger, bem como o alcance dessa perspectiva subjetiva comportamental para eficácia dos instrumentos e meios de política criminal.

A compreensão da patologia psíquica do agressor, além de repercutir em uma chance de cessar o comportamento transgressor, é um ponto de questionamento acerca do desempenho real da produção legislativa e das medidas previstas no ordenamento. As descobertas do inconsciente desvelam condições psíquicas, sociais, históricas e religiosas do comportamento humano e podem e devem direcionar as políticas públicas para transformação de crenças, ideias, imaginário e comportamento social.

De início, destaca-se que os questionamentos propostos pelos movimentos de emancipação feminina, questões antes reservadas estritamente ao ambiente doméstico – como a violência nos casamentos e a desigualdade de oportunidades em razão do gênero –, passaram a orbitar, também, nos espaços públicos. Na tentativa de interpretar o fenômeno social da violência doméstica, atrelada, em grande medida, à frustração do

agressor em perceber que a vítima não atende às expectativas de um comportamento estereotipado do seu gênero, tal como subserviência, docilidade e cuidado, é indispensável imergir na dimensão psíquica do agressor para a compreensão contemporânea da violência desmedida.

Conforme dados coletados pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) a partir de pesquisa de campo realizada em unidades judiciais ao longo do ano de 2018 no Brasil, os autores de violência contra as mulheres não possuem um perfil socioeconômico comum, sendo detectados como principais fatores da violência aspectos emocionais e o abuso de álcool e outras drogas³, p. 4. Ao excluir as variáveis socioeconômicas como fator de classificação da violência, é possível afirmar, em uma perspectiva seniana, que a métrica da violência contra a mulher recai no campo das subjetividades, já que “O problema da desigualdade entre os sexos é, em última análise, de liberdades díspares”⁴, p. 193.

Pensando a tensão psíquica que fundamenta a relação entre agressor e vítima, é possível compreender no trabalho psicanalítico de Sigmund Freud, em especial no artigo publicado em 1916 intitulado *Criminosos em Consequência de um Sentimento de Culpa*⁵, p. 347-348, a interlocução entre o inconsciente coletivo, movido pelo universal desejo sexual contido no Complexo de Édipo – inteiramente ocultado no componente inferior da personalidade (Id) –, e o inconsciente individual do agressor, algumas vezes pouco controlado pela instância mais superior (Superego), correspondendo vulgarmente ao que chamamos de consciência, e outras vezes ocultado por repressões que rejeitam os impulsos instintivos e afloram a partir de determinados gatilhos.

Nesse contexto, o artigo se propôs, no primeiro tópico, a compreender as condições subjetivas de punibilidade, sob o recorte da violência doméstica e familiar contra a mulher, a partir de aproximações em psicopatologia e Criminologia. Enfoca os transtornos da personalidade criminógena sob a ótica da Dialética Freudiana, a partir do

³ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (Ipea). O Judiciário no enfrentamento à violência contra as mulheres. **Em Questão: Evidências para políticas públicas**, n. 1, Rio de Janeiro, mar. 2021. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/5376-pblpeadivulgacao.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2021.

⁴ SEN, Amartya. **Desigualdade reexaminada**. Rio de Janeiro: Record, 2001. Tradução: Ricardo Doninelli Mendes.

⁵ FREUD, Sigmund. **A História do Movimento Psicanalítico, Artigos sobre a Metapsicologia e outros trabalhos**. Rio de Janeiro: Imago, 1996, v. 24. Tradução: José Octávio de Aguiar Abreu e Christiano Moreira Oiticica.

trabalho psicanalítico *Criminosos em Consequência de um Sentimento de Culpa* e dialogando com a dimensão psíquica do poder do agressor sobre a mulher (vítima) na Teoria da Sujeição de Judith Butler.

Definidas as bases epistemológicas para a compreensão psíquica da questão da violência doméstica e familiar contra a mulher, no segundo tópico, foi abordada a transdisciplinaridade entre Psiquiatria e Psicologia e a relação dialógica da função social do Direito Penal como instrumentos necessários para romper o ciclo de violência contra a mulher.

No terceiro tópico foram analisados os mecanismos de prevenção e repressão à violência doméstica e familiar contra a mulher na experiência brasileira em vista da compreensão dogmática e da crítica hermenêutica da violência de gênero e da motivação psíquica e, ao final, foram lançadas as percepções acerca dos rumos que esse particular tipo de violência reflete no tecido social.

2. DIALÉTICA FREUDIANA: TRANSTORNOS DA PERSONALIDADE E DIÁLOGOS COM A DIMENSÃO PSÍQUICA DO PODER DO AGRESSOR NA TEORIA DA SUJEIÇÃO

Conforme salientado por Frank Schmallegger⁶, p. 139, a Psicologia freudiana vem ganhando especial atenção da Psiquiatria mais recentemente, fato inclusive reconhecido pelo pesquisador da Universidade de Colúmbia e ganhador do prêmio Nobel de Fisiologia e Medicina em 2000, Dr. Eric R. Kandel, ao afirmar que a Psicanálise "[...] ainda é a visão da mente mais coerente e intelectualmente satisfatória" (tradução nossa):

The field of psychiatry has seen a rekindling of interest in Freudian psychology, however, because psychopharmacology (the use of drugs to treat psychiatric symptoms and disorders) has been unable to provide an alternative grand theory of personality, emotion, and motivation. Moreover, today's neuroscientists are busily creating a chemical map of the mind that seems to validate the general sketch that Freud provided decades ago, and soon a new unified perspective that reconciles the work of neurologists and psychiatrists may emerge. The recognition of just such a possibility prompted Eric R. Kandel of Columbia University, the 2000 Nobel laureate in physiology and

⁶ SCHMALLEGER, Frank. **Criminology Today: An Integrative Introduction**. 8th ed. New York: Pearson, 2017.

medicine, to say that psychoanalysis is “still the most coherent and intellectually satisfying view of the mind”⁷.

Em seu trabalho psicanalítico, Sigmund Freud revelou o inconsciente como causa mais poderosa da vida psíquica. A virada paradigmática freudiana desvelou a representação da personalidade dividida em três instâncias, em que: o Id representa a instância inferior, inteiramente inconsciente, instintiva, irracional e caótica, regulada pelo desejo; o Superego representa a instância mais superior, repressora, introjetando a figura de autoridade (paterna ou dos educadores), operando como inibidor da pulsão instintiva do Id; e, por fim, o Ego atua como um mediador entre as pulsões instintivas do Id na busca pelo prazer e os ditames morais e castradores do Superego, correspondendo ao plano da realidade. Para tanto, o Ego modela os impulsos irracionais do Id em moldes aceitáveis pelo Superego através da sublimação ou da repressão, esta última “[...] que, em se tratando de um Superego hipermoral ou tirânico, pode dar origem a situações patológicas de conflito ou a sentimentos de culpa”⁸, p. 189.

Muito embora o estudo freudiano não tenha como objeto o comportamento criminoso, mas sim o desenvolvimento da teoria do comportamento humano, em 1916 o autor publicou três ensaios sobre alguns tipos de caráter encontrados no trabalho psicanalítico, dentre eles o artigo *Criminosos em Consequência de um Sentimento de Culpa*. Nele, Sigmund Freud observa que alguns de seus pacientes continuavam a praticar más ações na fase adulta, sendo realizadas, principalmente, por serem proibidas e provocando no paciente o alívio mental a um sentimento de culpa que o oprimia:

Por mais paradoxal que isso possa parecer, devo sustentar que o sentimento de culpa se encontrava presente antes da ação má, não tendo surgido a partir dela, mas, inversamente – a iniquidade decorreu do sentimento de culpa. Essas pessoas podem ser apropriadamente descritas como criminosas em consequência do sentimento de culpa. A preexistência do sentimento de culpa fora, naturalmente, demonstrada por todo um conjunto de outras manifestações e efeitos⁹.

⁷ *Ibid.*, p. 139.

⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena**. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

⁹ FREUD, 1996, p. 347.

A perspectiva freudiana revelou, naquele estudo analítico, que a culpa não era a consequência, mas sim a causa do crime. A origem do sentimento de culpa provinha do Complexo de Édipo, ou seja, da atração libidinosa pelo progenitor do outro sexo, ocultando duas universais intenções criminosas, quais sejam de matar o pai (parricídio) e de ter relações sexuais com a mãe (incesto).

A partir do conceito nuclear da psicanálise, foram desenvolvidas, no campo da Criminologia, as teorias psicanalíticas da criminalidade e da sociedade punitiva, por autores como Theodor Reik, Franz Alexander e Hugo Staub¹⁰, p. 51-53, e representaram o germe da crítica ao pensamento criminológico tradicional, pautado na seletividade dos bens jurídicos protegidos pelo sistema penal, bem como assentado na estigmatização do indivíduo criminoso e na perpetuação das relações de desigualdade na sociedade repressora.

Nesse particular, as teorias psicanalíticas da criminalidade e da sociedade punitiva materializaram a antítese de princípios consagrados na vertente criminológica tradicional, a exemplo da escola liberal clássica do Direito Penal e da Criminologia Positivista, conforme adverte Alessandro Baratta¹¹:

[...] Precisamente com o comportamento delituoso, o indivíduo supera o sentimento de culpa e realiza a tendência a confessar. Deste ponto de vista, a teoria psicanalítica do comportamento criminoso representa uma radical negação do tradicional conceito de culpabilidade e, portanto, também de todo direito penal baseado no princípio da culpabilidade.

Por outro lado, as teorias psicanalíticas da sociedade punitiva, que constituem o segundo dos dois filões de pensamento acima identificados, colocam em dúvida também o princípio de legitimidade e, com isto, a legitimação mesma do direito penal. A função psicossocial que atribuem à reação punitiva permite interpretar como mistificação racionalizante as pretensas funções preventivas, defensivas e éticas sobre as quais se baseia a ideologia da defesa social (princípio de legitimidade) e em geral toda ideologia penal. Segundo as teorias psicanalíticas da sociedade punitiva, a reação penal ao comportamento delituoso não tem a função de eliminar ou circunscrever a criminalidade, mas

¹⁰ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2020. Tradução: Juarez Cirino dos Santos.

¹¹ *Ibid.*, p. 50.

corresponde a mecanismos psicológicos em face dos quais o desvio criminalizado aparece como necessário e ineliminável da sociedade.

Efetuada um recorte da criminalidade para a violência doméstica e familiar contra a mulher, é possível vislumbrar uma relação dialógica entre as disfuncionalidades da repressão hipermoral ou tirânica do Superego contidas no trabalho analítico de Freud e a forma de dominação criminoso representada pelo mal-estar dos laços efetivos e familiares vivenciados pela mulher vítima de violência.

Conforme dados coletados pelo Ipea¹² a partir de pesquisa de campo realizada em unidades judiciais ao longo do ano de 2018 no Brasil, autores de violência contra mulheres não possuem um perfil socioeconômico comum, mas foram detectados como principais fatores de tais crimes aspectos emocionais e o abuso de álcool e outras drogas.

Nessa perspectiva, a violência contra a mulher se desvela a partir de fatores inconscientes adormecidos na dimensão psíquica do agressor e que, impulsionados por certos gatilhos, como o abuso de álcool e outras drogas, emergem de maneira descontrolada, sem as censuras do Superego, obtendo na violência a expiação do sentimento de culpa que afligia o autor da violência. A culpa do agressor que antecede a violência revela as dualidades e incoerências ínsitas a todos – características que nos tornam humanos, demasiadamente humanos, mas que, para os autores da violência contra a mulher, opera sob uma lógica diferente, uma lógica cunhada historicamente pela dominação do homem sobre a mulher: o patriarcado. Assumindo papéis historicamente desenhados, a mulher carrega em si a marca da vulnerabilidade, o que justifica, no inconsciente do agressor, a realização de seus atos, a expiação da culpa revelada nos estudos criminológicos cunhados da teoria psicanalítica.

De igual modo, a lógica patriarcal também é incutida no inconsciente da vítima, buscando justificativas para o comportamento do autor da violência, muitas vezes culpando-se pelos atos de seu carrasco, haja vista a multiplicidade de fatores sociais, econômicos, psicológicos, morais, religiosos, entre outros que norteiam a compreensão da violência contra a mulher e fogem do recorte desta pesquisa. Perpetua-se, assim, o ciclo da violência, termo cunhado pela pesquisadora norte-americana Lenore Walker em 1979, a partir de um estudo com 1.500 mulheres em situação de violência doméstica e

¹² INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (Ipea), ref. 1, p. 4.

familiar que identificou um padrão de condutas violentas dentro do relacionamento conjugal:

De acordo com a teoria do ciclo de violência, em relacionamentos conjugais (relações afetivas e íntimas) a violência apresenta três fases: 1º) Acumulação da tensão; 2º) Explosão; 3º) Lua-de-mel, ocorrendo em forma de ciclo vicioso, que reinicia a cada finalização. Não havendo padrão quanto ao tempo de cada ciclo, ou ao tempo de cada fase. Mas estudos indicam que com o passar do tempo, os ciclos da violência tendem a se repetir em menor tempo e em maior grau, complexidade e gravidade de violência¹³, p. 46.

Compreende-se, por um lado, a permanência da mulher no ciclo da violência por uma pluralidade de questões, como de ordem moral, religiosa, por dependência econômica, afetiva, pela subjetivação de si mesma mediada por um homem que a domina e tantos outros fatores. A vítima, nessa condição subjugada, se isola cada vez mais em um relacionamento abusivo e fora do alcance de uma esperada rede de proteção que lhe dê guarida. Do outro lado está o agressor, igualmente preso ao relacionamento que controla, como na perspectiva freudiana do criminoso que retorna à cena do crime, na busca insistente pelo castigo esperado e aliviador de sua culpa inconsciente, algo próprio de sua condição psíquica precária e criminosa, como adverte Ignácio Alves Paim Filho¹⁴, p. 01:

Assim sendo, o castigo há de ser executado. Resumidamente, podemos dizer: a culpa – com a angustia decorrente – por ter desejado em fantasia inconsciente, matar o pai e casar com a mãe, fragilmente metabolizada pela psique, determina que esses sujeitos realizem o ato criminoso. Ato esse que dá um sentido consciente a angustia culposa – paradoxalmente, produzindo alívio – abre as portas para o acontecer da punição. Com isso feito, o cenário para o desfecho da tragédia edípica está posto. Tal como Édipo, ao descobrir-se incestuoso e parricida, punisse com a cegueira, ou ainda, dá guarida ao dito: todo o criminoso retorna ao local do crime. Retorna em nome do quê? Da sua

¹³ SANTOS, Poliana Ribeiro do. Barreiras de Acesso à Justiça. In: SOMMARIVA, Salete Silva; HUGILL, Michelle de Souza Gomes (orgs.). **Gênero bate à porta do Judiciário: aplicando o Formulário Nacional de Avaliação de Risco** [recurso eletrônico]. Florianópolis: CEJUR, 2020, pp. 45-57.

¹⁴ PAIM FILHO, Ignácio Alves. Criminosos em Consequência de um Sentimento de Culpa. Comemoração ao centenário do trabalho “*Alguns tipos de caráter encontrados no trabalho psicanalítico*”, de Sigmund Freud. FEBRAPSÍ, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <https://www.febrapsi.org/wp-content/uploads/2017/02/criminosos-por-sentimento-de-culpa-ignacio-paim-filho.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2021.

necessidade de punição. Aprisionamento a um pensamento religioso: culpa – crime – castigo – absolvição. Sujeitos movido por, exclusivamente, princípios morais, tende a reiniciar o ciclo.

Além do aprisionamento por um sentimento de culpa como causa subjacente que conduz o agressor ao retorno à cena do crime (seu relacionamento com a vítima), a repetição dos atos de violência, no mesmo ambiente doméstico e familiar, se mantém por uma relação de subordinação.

Ao pensar na dimensão psíquica que mantém o sujeito preso àquele que controla o poder, Judith Butler^{15, p. 15} traz uma importante reflexão a partir da teoria da sujeição. A autora identifica que, por uma vontade inconsciente, o sujeito (leia-se vítima) deseja manter sua condição de subordinado:

A insistência em que o sujeito tem um apego apaixonado por sua própria subordinação tem sido evocada cingidamente por quem tenta desacreditar as reivindicações dos subordinados. A ideia é que se for possível mostrar que o sujeito leva adiante ou sustenta sua condição de subordinado, talvez a responsabilidade final dessa subordinação seja do próprio sujeito. Em oposição a essa ideia, eu diria que o apego à sujeição é gerado pelo poder, e parte dessa operação do poder se esclarece nesse efeito psíquico, uma de suas produções mais insidiosas. Se, num sentido nietzschiano, o sujeito é formado por uma vontade que se volta sobre si e assume uma forma reflexiva, então o sujeito é a modalidade de poder que volta sobre si; o sujeito é o efeito do poder em recuo.

Deslocando a perspectiva psicológica do agressor para a perspectiva psíquica da vítima, é possível imprimir, na abordagem de Judith Butler, a vontade inconsciente da vítima de se manter subordinada a uma relação como um reflexo psíquico e insidioso do próprio poder. A autora critica a ideia de atribuir a responsabilidade final da subordinação ao próprio sujeito, no caso, a mulher vítima de violência, como se fosse uma escolha livre e consciente.

Nos termos acima referidos, a escolha do sujeito subordinado (mulher vítima da violência) de se manter na relação de subordinação (ao agressor) ocorre por um agir inconsciente. Butler identifica que o poder introjeta na própria pessoa como parte do

¹⁵ BUTLER, Judith. **A vida psíquica do poder: teorias da sujeição**. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2020. Tradução: Rogério Bettoni.

próprio ser, seu reflexo. No recorte da violência doméstica e familiar, identifica-se a busca inconsciente da vítima de romper a relação de subordinação ou manter-se subordinada, esta última hipótese caso queira continuar sendo ela mesma, porque a vítima somente se percebe nessa condição primitiva.

Observando o fenômeno da violência contra a mulher, em um sentimento de humilhação, a mulher vítima é ameaçada “[...] por essa negação, pela busca inconsciente de sua própria dissolução através de repetição neuróticas que remontam cenários primários que [...] se recusa a ver, mas que também não pode ver caso queira continuar sendo [...]”¹⁶ ela mesma.

Romper consigo mesma significa trazer à consciência da vítima que ela está em uma relação de subordinação com o agressor, repercutindo em sua autoimagem, para além dos reflexos no ambiente social. A paralização de repetições traumáticas, por vezes, pode exigir da vítima mudanças comportamentais, sobretudo de ter consciência dos atos de violência que lhe são perpetrados e escolher, com consciência, se deseja manter-se no relacionamento.

Seja qual for a motivação psíquica que deflagra as tensões dos relacionamentos e culmina com a explosão da violência contra a mulher, ressoa latente a intercessão do Direito Penal com a Psiquiatria e Psicanálise para fins de melhor compreensão do sistema de justiça criminal, refinando as medidas legislativas e judiciais destinadas ao trato de autores de violência contra a mulher, sob a perspectiva de sua “psique”, como também da dimensão psíquica dos demais envolvidos, tais como a vítima e a própria sociedade criminógena.

3. TRANSDICPLINARIEDADE E A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO PENAL NO ÂMBITO DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO

A partir da compreensão freudiana da violência contra a mulher, bem como das tensões dialógicas entre Criminologia e Teoria da Sujeição, passaremos ao compartilhamento de olhares transdisciplinares dos traços da personalidade do agressor de acordo com os fundamentos psicológicos e psiquiátricos do comportamento criminoso apresentados por Frank Schmallegger, sem passar ao largo do debate crítico entre a

¹⁶ *Ibid.*, p. 18.

compreensão criminológica do fenômeno desse modal de violência com a função social do Direito Penal.

Schmallegger considera que o comportamento desviante é o resultado de personalidades disfuncionais ou da má adaptação ao ambiente social¹⁷, apresentando uma síntese das teorias psicológicas e psiquiátricas sobre a causalidade do crime. As teorias apresentadas por esse autor são sinaleiros de que não há como identificar uma única causa que potencialize o sujeito à prática delitiva.

Acessar as teorias psicanalíticas, rompendo a distância entre o sistema de justiça criminal e as áreas de conhecimento da Psiquiatria e Psicologia, representa uma busca da compreensão dos fenômenos criminais sob novos matizes científicos e aquisição de conhecimentos em uma perspectiva científica mais ampla. A essa transdisciplinaridade, Alessandro Baratta delinea as bases das teorias psicanalíticas da criminalidade e sociedade punitiva, evocando a negação do princípio da legitimidade do sistema penal. O autor explica, citando Tilman Moser¹⁸, que a partir da teoria freudiana extraída do trabalho analítico *Criminosos em Consequência de um Sentimento de Culpa*, firma-se uma virada no pensamento criminológico com o surgimento das teorias psicanalíticas da criminalidade e da sociedade punitiva. Para essa corrente, a reação penal não tem a função de eliminar ou reduzir a criminalidade. Afirma, pois, segundo os criminologistas de matriz psicanalítica, que o comportamento desviante é inato à sociedade. Nesse sentido, destaca-se:

[...] segundo as teorias psicanalíticas da sociedade punitiva, a reação penal ao comportamento delituoso não tem a função de eliminar ou circunscrever a criminalidade, mas corresponde a mecanismos psicológicos em face dos quais o desvio criminalizado aparece como necessário e ineliminável da sociedade [...]¹⁹.

Arvora-se o autor nos conceitos psicanalíticos de Freud sobre Id, Ego e Superego, sustentando que a finalidade da pena, nos termos posteriormente desenvolvidos por Franz Alexander e Hugo Staub, representa uma defesa e um reforço do Superego. Contudo, se as autoridades falham e desautorizam o Superego, “[...] não existe mais nenhuma ajuda contra o assalto das tendências antissociais. O impulso para a punição é, pois, uma reação

¹⁷ SCHMALLEGER, ref. 4, p. 143.

¹⁸ BARATTA, ref. 8, p. 49.

¹⁹ BARATTA, ref. 8, p. 50.

defensiva do ego contra os próprios impulsos, com a finalidade de repressão [...]”²⁰. O mau exemplo, nos termos acima mencionados, seduz os impulsos reprimidos e reforça a prática delitiva. A exigência da punição tem por destino controlar os impulsos que, contudo, permanecem no inconsciente. Se há a falha no processo de controle, não há barreira para inibir o ímpeto de agir com tendências antissociais.

Nessa exegese, a reação punitiva, por si só, não exclui os impulsos, tampouco projeta de forma igualitária o comportamento como previsto na norma. A representação ideal de uma justiça racional não se exaure em uma análise individualizada do agressor e de seu comportamento. Os ensinamentos de Franz Alexander e Hugo Staub, assim como de Theodor Reik, pressupõem uma justiça que atue sem os conceitos de expiação e de retribuição e não se preste à satisfação dissimulada de agressões das massas, conforme citado por Alessandro Baratta. Nesse contexto, afigura-se indispensável uma transformação social, admitindo uma análise também do comportamento da massa, pois para que “[...] semelhante resultado seja possível é necessário não só que os homens alcancem um maior controle do *ego* sobre a vida afetiva, mas também que a tendências agressivas das massas encontrem mais ampla eliminação através de sublimações”²¹.

Termos outros, sob o enfoque da violência contra a mulher, as descobertas do inconsciente do agressor não imprimem, por si só, o controle dos seus impulsos. É necessária a mudança no contexto social, porquanto deixar os signos e significados para o passado requer transformação na cultura, na linguagem, no comportamento e na reação.

O instrumento de repressão (aplicação da pena), pelo prisma das teorias psicanalíticas da criminalidade e da sociedade punitiva, revela-se ineficaz para mudanças profundas na *psique* do autor da violência contra a mulher, caso o sujeito permaneça no mesmo contexto social e familiar, imerso em uma comunidade que reage com violência aos dissabores da vida, que é ultrajante em relação à mulher e que não respeita o lugar feminino, sua fala, sua vida, sua identidade, sua privacidade, sua liberdade.

A pesquisa não se destina à purificação do comportamento do agressor, mas de compreendê-lo enquanto sujeito e as razões que o levam a praticar a violência contra a mulher, reconhecendo de antemão que fatos e condutas desviantes são presentes também à sociedade criminógena. Pontua-se a possibilidade de transformação social,

²⁰ *Ibid.*, p. 52.

²¹ *Ibid.*, p. 54.

reconhecendo as condições psíquicas do comportamento individualizado do autor da violência e, a partir delas, pensar criticamente nos caminhos necessários à mudança do espaço no qual se insere socialmente, ressaltando que a mudança há de advir também do comportamento da sociedade.

Com efeito, pensado, planejado e executado como um fim em si mesmo, o Direito Penal clássico se constrói em uma pretensiosa autonomia, desvinculado de sua utilidade social. Na apresentação da tradução da obra *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, de Alessandro Baratta, Nilo Batista afirma que “[...] o mais renomado dos penalistas brasileiros, Néelson Hungria, chegou certo momento a preconizar uma ‘doutrina de Monroe: o direito penal é para os juristas, exclusivamente para os juristas’”²², p. 2.

Lado oposto, o referido autor faz a reflexão de que “[...] ou bem o jurista pensa o sistema penal do qual participa, ou bem se converte num jurista-objeto, reprodutor mecânico das funções concretas de controle social penal numa sociedade determinada [...]”²³. Superando a visão do jurista imobilizado pelas raízes da tradição escolástica, que sacraliza a lei, o autor defende que o Direito Penal seja (re)pensado em sua produção legislativa, sinalizando a insuficiência do método dogmático tal como aplicado, refletindo a questão da “crise da pena”²⁴.

Se pensado o sistema penal como um fim em si mesmo, os mecanismos de punição são fatores em potencial para fomentar a prática delitiva. As teorias psicanalíticas da criminalidade e da sociedade punitiva, sustentadas por Reik, refutam, ainda, o princípio da culpabilidade e defendem que “[...] instintos criminosos reprimidos pelo superego não seriam destruídos, permanecendo no id e pressionando o ego sob a forma de sentimento de culpa e exigência de confissão, somente aliviados pelo comportamento criminoso [...]”²⁵. Ao avesso da contenção da prática delitiva, pelas teorias psicanalíticas sugestionadas, a pena reforçaria no criminoso impulsos agressivos.

O ponto de desencontro do sistema penal com as áreas da Psicologia, Psiquiatria, Sociologia e outras tem desvelado a ausência da resposta estatal adequada à temática. Não é incomum o agressor, embora preso, condenado e livrado solto, retornar à cena do crime,

²² BATISTA, Nilo. Apresentação. In: BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2020, p. 1-3. Tradução: Juarez Cirino dos Santos.

²³ *Ibid.*, p. 2-3.

²⁴ *Ibid.*, p. 2.

²⁵ BARATTA, ref. 8, p. 10.

qual seja, o mesmo ambiente familiar e doméstico onde se encontra a vítima. Conforme dados oficiais disponibilizados pelo Ipea, no Brasil “[...] em 2018, uma mulher foi morta a cada duas horas, totalizando 4.519 vítimas. 30,4% das mortes de mulheres em 2018, isto é, 1.373, foram dentro de casa. Entre 2013 e 2018, houve alta de 25% nos homicídios de mulheres por arma de fogo dentro das residências”²⁶.

A partir da imersão nesses dados, que revelam números alarmantes de violência doméstica e familiar no país, questiona-se: qual é a função social do Direito Penal em face do fenômeno da violência contra a mulher? Uma resposta a essa proposição é extraída dos ensinamentos de Claus Roxin^{27, p.15-16}:

[...] em um Estado Democrático de Direito, modelo teórico de Estado que eu tomo por base, as normas jurídicas-penais devem perseguir somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos. Por isso, o Estado deve garantir, com os instrumentos jurídicos-penais, não somente as condições individuais necessárias para uma coexistência semelhante (isto é, a proteção da vida e do corpo, da liberdade de atuação voluntária, da propriedade, etc.), mas também as instituições estatais adequadas para este fim (uma administração de justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudáveis, uma administração livre de corrupção, etc), sempre e quando isto não se possa alcançar de outra forma”.

Um sistema penal destinado a cumprir sua função social nos termos da proposição acima conduz a (re)pensar a resposta penal ofertada ao autor da violência doméstica e familiar contra a mulher, enquanto implicações do tratamento a partir da compreensão psicológica e social da criminalidade. A pena aplicada como punição, direcionando o autor a aplicação de medida de prisão ou penas alternativas, não tem cumprido o mister de conter o avanço alarmante do número de violência praticada no âmbito das relações de afeto, conforme a pesquisa desenvolvida pelo Ipea²⁸. O caminho possível parece ceder espaço ao tratamento multidisciplinar, metodologicamente pluralista, do autor da violência e da vítima e à conscientização social, sendo objeto de análise do tópico subsequente.

²⁶ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (Ipea), ref. 1, p. 1.

²⁷ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli.

²⁸ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (Ipea), ref. 1.

4. MECANISMOS DE PREVENÇÃO E REPRESSÃO À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA. DOGMÁTICA E CRÍTICA HERMENÊUTICA

Visando conferir concretude à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher²⁹, de 1979, denominada Convenção da Mulher (CEDAW, sigla em inglês), em vigor desde 1981, bem como após condenação em 2001 pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em razão da omissão e negligência em relação à violência doméstica cometida contra a brasileira Maria da Penha Fernandes, o Brasil promulgou, em 07 de agosto de 2006, a Lei nº 11.340, denominada Lei Maria da Penha.

Representando um avanço no plexo normativo de proteção à mulher vítima, a legislação brasileira delineou expressamente formas de violência no ordenamento jurídico, como a violência psicológica e a violência moral contra a mulher, previstas no artigo 7º da Lei Maria da Penha³⁰:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

²⁹ BRASIL. Decreto no 4.377, de 13 de setembro de 2002. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 16 set 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 24 jun. 2021.

³⁰ BRASIL. Lei Federal nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Lei contra a Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 09 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm. Acesso em 25 jun. 2021.

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Foram introduzidos, também, mecanismos jurídicos de repressão à violência doméstica e familiar contra a mulher, como a possibilidade de deferimento judicial de medida protetiva de urgência e a criação do tipo penal autônomo de descumprimento de medida protetiva de urgência, nos termos dos artigos 22 e 24-A da Lei Maria da Penha, respectivamente. Vale ressaltar que no ano de 2020, o artigo 22 da Lei Maria da Penha ampliou o rol de medidas protetivas que obrigam o agressor, acrescentando o dever de comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação, bem como o acompanhamento psicossocial do agressor por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio.

Para além de medidas repressivas, a lei inovou também na perspectiva preventiva do tratamento dispensado à violência contra a mulher, uma das principais formas de violação de direitos humanos. Foi estabelecido como política pública o tratamento prioritário na assistência à mulher em situação de violência, a partir de um conjunto articulado de ações entre entes federados e ações não governamentais: implementação de Delegacias de Atendimento à Mulher (política existente desde 1985); integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública com áreas estratégicas, como de segurança pública, assistência social, saúde, trabalho e habitação; criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, de equipe multidisciplinar nos juízos, entre outros.

Percebe-se, portanto, um cuidado legislativo com a dimensão psíquica de vítima e agressor, haja vista que a raiz desse modal de violência finca-se no inconsciente

individual do agressor e da vítima, bem como no inconsciente coletivo da sociedade criminógena.

Não obstante a lata importância dogmática dos mecanismos jurídicos de prevenção e repressão à violência doméstica e familiar contra a mulher já citados, é imperioso refletir sobre os dados estatísticos mais recentes, apresentados no capítulo anterior, desnudando a ascendência da violência contra a mulher no Brasil.

A percepção crítica da escalada da violência de gênero revolve uma realidade dispar da delineada na Lei Maria da Penha, ante a falta de recursos públicos para a implantação de satisfatória dos instrumentos de políticas públicas previstos na lei. Conforme pesquisa do IPEA³¹ em todas as regiões do Brasil, no ano de 2019, no total, 660 (seiscentas e sessenta) unidades judiciárias possuíam competência na matéria de violência doméstica e familiar contra a mulher, sendo 139 (cento e trinta e nove) unidades de competência exclusiva. Destas unidades exclusivas, 295 (duzentas e noventa e cinco) possuíam salas de atendimento privativo, 78 (setenta e oito) possuíam setores psicossociais exclusivos e 403 (quatrocentas e três) tinham setores psicossociais não-exclusivos, compartilhados, por exemplo com unidades judiciárias com competência em Direito de Família e Direito da Criança e do Adolescente. Outrossim, o número de servidores lotados nas varas exclusivas era de 1.345 (mil, trezentos e quarenta e cinco), sendo que, destes, 151 (cento e cinquenta e um) eram servidores com formação em Serviço Social, 141 (cento e quarenta e um) em Psicologia, 15 (quinze) em Pedagogia, 14 (quatorze) em Ciências Sociais e 1 (um) em Medicina Psiquiátrica. Essa realidade evidencia um serviço público aquém do atendimento cuidadoso exigido pela complexidade da matéria. A situação é agravada pelo excessivo volume de processos em tramitação nas unidades judiciárias com competência na matéria, resultando na morosidade do trâmite dos procedimentos e na sobrecarga de trabalho dos órgãos do Poder Judiciário, porquanto as audiências de instrução costumam perdurar meses e até anos.

Nada obstante, ainda que sanada a falta de estrutura do poder público, é na questão cultural do papel da mulher na sociedade, ainda estigmatizado, que se edifica um dos principais pilares da criminalidade latente em razão do gênero. A motivação psíquica que move o agressor, sem dúvidas, recai na percepção da vítima enquanto sujeito, cujas

³¹ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (Ipea), ref. 1, p. 2.

explicações já foram abordadas nos capítulos anteriores, a partir das teorias psicanalíticas da criminalidade e da sociedade criminógena e da Teoria da Sujeição. A propósito, o papel do meio social em que se inserem agressor e vítima é fulcral para a compreensão desse fenômeno social, haja vista que, de forma corrente, a família, os vizinhos e demais atores sociais diretamente ligados reforçam os estigmas do gênero feminino, mantendo-se silentes quanto à violência vivida pela vítima, sob a premissa de não se envolver nos problemas domésticos alheios. É um silêncio cordato, revitimizador da violência sofrida pela vítima, comportamento social que perpetua o ciclo da violência, tornando a todos reféns de uma espiral violenta crescente e que, como mostram as estatísticas, resultam em ascendentes dados sobre as mais variadas formas de violência contra a mulher, como a violência física, psíquica e moral contra a mulher. Além disso, o reflexo da violência se espalha para além da relação dicotômica agressor-vítima, causando traumas na vida dos filhos, de familiares e amigos em idade infanto-juvenil, potencializando o agir criminoso nos indivíduos afetados indiretamente pela violência, conforme assevera Claux Roxin³², p. 89:

Cuando las relaciones son violentas entre los padres y entre éstos y los hijos, no se les proporciona amor, carecen de seguridad emocional y les falta una educación razonable; de esos niños, quienes bajo otras circunstancias podrían haber sido hombres buenos, resultan criminales; no siempre sucede, pero sí a menudo. Cuando tales seres humanos son estigmatizados a través de los delitos, el derecho penal llega muy tarde, pues apenas es posible que encarcelando a ese hombre, se llegue a corregir su estropeada socialización.

Pensando o fenômeno da violência doméstica e familiar contra a mulher à luz da teoria da proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal, pode-se afirmar que projetar a solução do problema no endurecimento das penas não é o caminho mais adequado. Ao revés, o tratamento adequado dos autores da violência está muito mais ligado à efetivação dos instrumentos jurídicos já existentes, notadamente os que buscam sensibilizar o agressor para a compreensão sobre seus impulsos inconscientes e sobre a forma como compreende distorcidamente a vítima, enquanto sujeito de direitos, além de

³² ROXIN, Claus. *Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal*. In: ARANDA, Enrique Díaz (ed.). *Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal*. 2. reimp. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 87-105.

sensibilizá-lo acerca dos malefícios decorrentes das sanções jurídicas previstas para a conduta criminosa praticada.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O reconhecimento da base neurocientífica como matizes e potências que desencadeiam ou mantêm o comportamento criminoso não exaure todas as causas que se relacionam com a criminalidade, menos ainda a violência contra a mulher. Entrementes, é um vértice que interliga a Criminologia moderna e a absoluta necessidade da transdisciplinaridade do Direito Penal com a Psiquiatria e a Psicologia.

O artigo se voltou à importância do sistema de justiça criminal com um olhar científico transversal, oposto à visão obtusa de esgotamento hermético em si mesmo e que acarreta a ineficiência dos meios jurídicos dispostos à solução da problemática da violência contra a mulher. A dogmática criminal interpenetra-se com outras áreas científicas, devendo valer-se dos conhecimentos científicos exógenos para alcançar a tão esperada transformação social.

É possível que se desconheça, dentro do próprio ambiente doméstico e familiar, aspectos da personalidade do agressor ocultados no início do relacionamento e que se afloram no tempo, despertados por determinados gatilhos inconscientemente adormecidos. Todavia, não somente o comportamento do agressor, como também o comportamento da vítima alimenta o ciclo de violência, permeando efusões inconscientes de uma relação de subordinação. No dizer de Butler, “a figura assumida por esse poder é marcada inexoravelmente pela imagem de retorno, de uma volta sobre si mesma ou até contra si mesma”³³.

Refletindo sobre as raízes desse modal de violência, é possível encontrar, no modelo patriarcal e no pensamento freudiano, as possíveis respostas para a origem do problema, já que o agressor, em muitos casos, busca personificar na vítima o alívio para a sua culpa inconsciente, em uma inversão da lógica crime-castigo para castigo-crime. A incorporação dessa ideia se assenta no fato de que a maioria dos casos de violência doméstica e familiar no Brasil ocorrem por problemas psicológicos ou pelo uso abusivo de álcool e outras drogas.

³³ BUTLER, ref. 13, p. 11.

Constitui um desafio para os intérpretes do Direito pensar na resposta à temática construída juntamente com a dimensão psíquica compreendida a partir de outras áreas. Caminhar por essa via não significa repelir a resposta do Direito Penal, maculando sua legitimidade ou refutando o princípio da culpabilidade, mas pensar o sistema de justiça com pontos de interseção em outras áreas, direcionando-o a partir das raízes psíquicas motivacionais do crime, em uma perspectiva de estabilização dos impulsos inconscientes e buscando construir a transformação social consciente das agruras do modelo patriarcal.

A análise da dimensão inconsciente como um dos principais fatores causais do delito descortina o status ontológico em que se assentam as condições sociais, econômicas, históricas e religiosas que também orientam o comportamento humano. Tal percepção deve direcionar as políticas públicas na temática da violência doméstica e familiar contra a mulher, bem como buscar transformar crenças, ideias, imaginário e comportamento social distorcidos pela equivocada percepção do gênero da vítima, equações a serem consideradas como limites à intervenção jurídico-penal a partir da função social do Direito Penal.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2020. Tradução: Juarez Cirino dos Santos.

BATISTA, Nilo. Apresentação. *In*: BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2020, p. 1-3. Tradução: Juarez Cirino dos Santos.

BRASIL. Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 16 set 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 24 jun. 2021.

BRASIL. Lei Federal nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Lei contra a Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 09 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em 25 jun. 2021.

BUTLER, Judith. **A vida psíquica do poder: teorias da sujeição**. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2020. Tradução: Rogério Bettoni.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o Homem Delinquent e a Sociedade Criminógena**. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

FREUD, Sigmund. **A História do Movimento Psicanalítico, Artigos sobre a Metapsicologia e outros trabalhos**. Rio de Janeiro: Imago, 1996, v. 24. Tradução: José Octávio de Aguiar Abreu e Christiano Moreira Oiticica.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (Ipea). O Judiciário no enfrentamento à violência contra as mulheres. **Em Questão: Evidências para políticas públicas**, n. 1, Rio de Janeiro, mar. 2021. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/5376-pb1ipeaDivulgacao.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2021.

PAIM FILHO, Ignácio Alves. Criminosos em Consequência de um Sentimento de Culpa. Comemoração ao centenário do trabalho “*Alguns tipos de caráter encontrados no trabalho psicanalítico*”, de Sigmund Freud. **FEBRAPSI**, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <https://www.febrapsi.org/wp-content/uploads/2017/02/criminosos-por-sentimento-de-culpa-ignacio-paim-filho.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2021.

ROXIN, Claus. Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal. In: ARANDA, Enrique Díaz (ed.). **Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal**. 2. reimp. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 87-105.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli

SANTOS, Poliana Ribeiro do. Barreiras de Acesso à Justiça. In: SOMMARIVA, Salette Silva; HUGILL, Michelle de Souza Gomes (orgs.). **Gênero bate à porta do Judiciário: aplicando o Formulário Nacional de Avaliação de Risco** [recurso eletrônico]. Florianópolis: CEJUR, 2020, pp. 45-57.

SCHMALLEGER, Frank. **Criminology Today: An Integrative Introduction**. 8 ed. New York: Pearson, 2017.

SEN, Amartya. **Desigualdade reexaminada**. Rio de Janeiro: Record, 2001. Tradução: Ricardo Doninelli Mendes.

**POR QUE OS JUÍZES DEVEM SE PREOCUPAR COM A JURISPRUDÊNCIA
DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS:
RECOMENDAÇÃO CNJ 123/2022**

*WHY SHOULD JUDGES WORRY ABOUT INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN
RIGHTS' CASE LAW: RECOMMENDATION CNJ 123/2022*

Vitor Fonsêca¹

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A Recomendação CNJ n. 123/2022. 3. A Obrigatoriedade de uma “Recomendação” do Conselho Nacional de Justiça. 3.1. A “Recomendação” como Norma Jurídica. 3.2. A “Recomendação” como Poder Normativo do Conselho Nacional de Justiça. 4. O que significa a recomendação de utilizar a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos? 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

RESUMO: Este artigo busca interpretar a Recomendação 123/2022 do CNJ, quando recomenda aos juízes brasileiros a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Para tanto, utilizamos a teoria do direito para fundamentar o poder de recomendação do CNJ. Quanto à interpretação do que significa “uso da jurisprudência da Corte Interamericana”, foram mostrados estudos teóricos para entender a extensão dessa recomendação, incluindo a interpretação de instrumentos internacionais do Sistema Interamericano, especialmente a Convenção Americana sobre Direitos Humanos em si, e autores que estudam os direitos humanos no âmbito internacional. O artigo pretende esclarecer dúvidas sobre o conteúdo da recomendação do CNJ, particularmente se os juízes brasileiros são livres para ignorar a jurisprudência da CIDH.

Palavras-chave: Recomendação CNJ 123/2022; Poder de recomendação; Direitos humanos; Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos; Controle de convencionalidade.

ABSTRACT: This article seeks the meaning of the CNJ Recommendation 123/2022, when it recommends to Brazilian judges to use the case-law of the Inter-American Court of Human Rights (IACHR). To do so, we used the theory of law to support CNJ’s power to recommend. As for the interpretation of what “use of the case-law of the Inter-American Court” means, theoretical studies were brought to understand the extension of this recommendation, including interpretation of international instruments of the Inter-American System, especially the American Convention on Human Rights itself, and authors who study the International Human Rights. The article is supposed to clarify

¹ Doutor em Direito (PUC/SP). Coordenador da linha “Processo civil e direitos humanos” do Grupo de Estudos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (GESIDH). Promotor de Justiça (AM).

doubts about the content of CNJ's recommendation, particularly if Brazilian judges are free to ignore the case-law of IACHR.

KEYWORDS: Recommendation CNJ 123/2022; Power to recommend; Human rights; Case-law of the Inter-American Court of Human Rights; Conventionality control.

1. INTRODUÇÃO

O objeto do presente estudo é a Recomendação CNJ n. 123/2022. Mais especificamente, pretende-se buscar o significado da recomendação aos juízes e às juízas brasileiras para utilizarem a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O artigo tem como objetivo interpretar o comando normativo do art. 1º. da Recomendação 123/2022, expedida pelo Conselho Nacional de Justiça, quando o CNJ recomenda à magistratura que seja utilizada a jurisprudência da Corte Interamericana. Como objetivos específicos, busca-se entender a dimensão do poder normativo de recomendar no CNJ e o que se quer dizer ao “recomendar” a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana pela magistratura.

Para tanto, buscou-se amparo na doutrina para fundamentar o poder de recomendar no CNJ, seja no campo formal (recomendar como “norma jurídica”) ou no campo institucional e constitucional-administrativo (recomendar como “poder normativo do CNJ”).

Quanto à interpretação do que significa “utilização da jurisprudência da Corte Interamericana”, buscou-se subsídios teóricos para entender a extensão dessa recomendação em instrumentos normativos do Sistema Interamericano, especialmente a própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e na doutrina voltada ao Direito Internacional de Direitos Humanos. A base teórica para o desenvolvimento da pesquisa é a teoria do controle de convencionalidade, desenvolvida no âmbito da própria Corte Interamericana, cujas sentenças foram citadas e referenciadas no presente estudo, além da própria diferença entre a eficácia *inter partes* e *erga omnes* feita pela Corte.

Espera-se com isso elucidar eventuais dúvidas sobre o teor da recomendação do CNJ e, ao mesmo tempo, fornecer elementos para que juízes e juízas, além de outros operadores do direito, possam, de fato, utilizar com segurança a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, tal como recomendado pelo CNJ. Mais particularmente, pretende-se esclarecer se os juízes brasileiros e as juízas brasileiras estão livres para ignorar a jurisprudência da Corte Interamericana.

2. A RECOMENDAÇÃO CNJ N. 123/2022

A Recomendação CNJ n. 123/2022 foi aprovada pelo Plenário do CNJ no procedimento Ato Normativo n. 0008759-45.2021.2.00.0000, durante a 61ª Sessão Extraordinária, realizada em 14/12/2021. Embora votada em 2021, a Recomendação somente foi numerada e publicada no ano de 2022, quando foi disponibilizada no Diário Oficial de 11/01/2022.

A recomendação tem apenas dois artigos. O art. 2º. diz apenas que a recomendação entra em vigor na data de sua publicação. Já o art. 1º. traz em si o teor e o conteúdo da recomendação. Diz o art. 1º. que o CNJ resolveu recomendar aos órgãos do Poder Judiciário:

- a) a observância dos tratados e as convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), bem como a necessidade de controle de convencionalidade das leis internas;
- b) a priorização do julgamento dos processos em tramitação relativos à reparação material e imaterial das vítimas de violações a direitos humanos determinadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em condenações envolvendo o Estado brasileiro e que estejam pendentes de cumprimento integral.

Lendo e analisando o art. 1º. da Recomendação CNJ n. 123/2022, pode-se dizer que há quatro recomendações centrais:

- 1) a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil;
- 2) a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH);
- 3) o controle de convencionalidade das leis internas;
- 4) a prioridade de julgamento de processos envolvendo casos em que o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O CNJ não é necessariamente pioneiro na iniciativa de recomendar a observância de tratados internacionais de direitos humanos e a utilização da jurisprudência da Corte IDH no Brasil. Alguns tribunais brasileiros já haviam feito a mesma recomendação.

Desde 2017, o Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, mediante a Recomendação n. 1/2017/CGJUS/CHGABCGJUS, já recomendava aos magistrados que “observem os tratados de direitos humanos e utilizem a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) quando da prolação de despachos, decisões e sentenças”.

Do mesmo modo, no ano de 2020, o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, mediante o Provimento n. 20/2020 da Corregedoria-Geral de Justiça, recomendou aos juízes que “observem os tratados, convenções e demais instrumentos internacionais aprovados e ratificados pela República Federativa do Brasil, especialmente no que tange à proteção dos Direitos Humanos e, sempre que possível, utilizem a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) nas atividades que envolvam a pesquisa para a elaboração de despachos, decisões e sentenças”.

Por que, então, recomendar a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana?

3. A OBRIGATORIEDADE DE UMA “RECOMENDAÇÃO” DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Até que ponto uma recomendação como essa do CNJ é obrigatória? Para responder a essa pergunta, a recomendação será apresentada como norma jurídica (a partir de uma abordagem formal do Direito) e como poder normativo do Conselho Nacional de Justiça (a partir de uma abordagem constitucional-administrativa).

3.1. A “Recomendação” como Norma Jurídica

Poderia se dizer que uma “recomendação” não seria obrigatória e talvez há quem diga que sequer seria um ato normativo. Isso se deve ao fato de que a expressão “recomendar” não tem a mesma carga normativa que outras expressões como “obrigar”, “dever” ou “determinar”. Do mesmo modo, a recomendação também não tem uma sanção. Qual seria então o caráter vinculante de uma “recomendação” como norma jurídica?

De fato, normas jurídicas nem sempre são cumpridas. Por isso, as normas jurídicas precisam de garantias para sua execução. Para não serem consideradas “letra-morta”, as normas se utilizam muitas vezes de sanções. Mas isso não é uma regra. Existem normas jurídicas sem sanções: são as chamadas “normas imperfeitas” (FALCÓN Y TELLA, 2011; KORKUNOV, 1922).

O Direito evoluiu ao ponto de que existem modos mais suaves de se determinar o comportamento alheio e nem sempre se requer a sanção. Dois exemplos de “normas imperfeitas” podem demonstrar isso.

Imagine, por exemplo, uma Prefeitura que quer realizar uma compra pública e recebe um parecer de sua Procuradoria lhe dizendo que o edital viola regras jurídicas sobre licitações. A manifestação técnica da Procuradoria não é uma ordem de comando em si (para obrigar a Prefeitura a não realizar a compra por via daquele edital). Por não ser uma ordem de comando, o parecer da Procuradoria tem menor força de obrigatoriedade. No entanto, isso não afasta do parecer jurídico sua função de guia ou de direcionamento para o comportamento futuro da Prefeitura (BOBBIO, 2002).

O mesmo acontece com “recomendações” no âmbito do Direito Internacional. As recomendações emanadas de órgãos internacionais de controle não deixam de, também, influir no comportamento dos sujeitos internacionais, mesmo que com menor obrigatoriedade (BOBBIO, 2002). É o caso, por exemplo, das resoluções da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas e as recomendações expedidas por comitês criados por tratados internacionais de direitos humanos.

Uma recomendação também pode ser considerada uma “norma imperfeita”, porque não prevê exatamente uma sanção. Quando alguém recomenda uma conduta, não está obrigando o destinatário a seguir o que foi recomendado. A pergunta é: mesmo sem uma sanção, a recomendação tem algum valor jurídico? Qual é a importância de uma sanção para a recomendação?

Na verdade, a própria palavra “sanção” é polissêmica no Direito. Quando se fala em sanção, pode-se referir a: a) uma pena (uma punição, como a privação da liberdade); b) uma consequência negativa de uma violação (danos morais, por exemplo); c) um constrangimento (ou seja, uma medida preventiva para evitar o descumprimento da norma); d) uma consequência positiva de um comportamento (uma vantagem ou um prêmio); e) um reconhecimento (pelo Poder Judiciário, por exemplo); ou f) uma consagração (a chamada “sanção” presidencial). Em torno dessa polissemia sobre o que é sanção, ainda repousa um emaranhado de dúvidas sobre as relações de interdependência

e coordenação de sanções. Basta pensar, por exemplo, na intrincada relação entre sanções civis, administrativas e penais (OST; KERCHOVE, 2002).

Na literatura jurídica, Hobbes (2003) e Bobbio (2002) distinguem o “comando” de um “conselho”. Para ambos, quando alguém diz “faça isto” pode dar ensejo a uma ordem de comando ou a um conselho. O traço diferencial vai depender de quem o diz, a quem é dirigido e em qual ocasião. Há uma diferença grande entre quando um policial diz “pare o carro” (comando) e quando um amigo percebe que seu pneu furou e diz “é melhor você parar o carro” (conselho).

A distinção entre comando e conselho pode ser feita em três pontos quanto: a) ao conteúdo; b) ao comportamento do destinatário; e c) às consequências. No que se refere ao conteúdo, os comandos são obedecidos por serem comandos (“Por que devo obedecer? Porque está na lei”); já os conselhos não contam com a autoridade de quem aconselha, mas com a racionalidade em si do conselho (“esse conselho é bom”). Quanto ao comportamento do destinatário, quem recebe o conselho não é obrigado a segui-lo (nem pode ser punido por não seguir o conselho). Por fim, quando se fala em consequências, quem emite o comando responsabiliza-se pela ordem; ao contrário, no conselho, o destinatário é que assume a responsabilidade pelo que acontecer (HOBBS, 2003; BOBBIO, 2002).

A recomendação tem todas essas características. Alguém acata a recomendação pelas razões nela expostas, ou seja, por ser uma boa recomendação. Ninguém é obrigado a acatar a recomendação. Até porque, ao fim, a responsabilidade em acatá-la será do destinatário. A recomendação, porém, pode convencer o destinatário e conseguir produzir os efeitos pretendidos.

3.2. A “Recomendação” como Poder Normativo do Conselho Nacional de Justiça

Se, do ponto de vista formal do Direito, a recomendação, mesmo sem aparente “sanção”, tem força suficiente para mudar, orientar ou direcionar comportamentos jurídicos, deve-se discutir agora se uma recomendação do Conselho Nacional de Justiça tem também essa força.

O Conselho Nacional de Justiça é órgão criado pela Emenda Constitucional n. 45/2004, como “cúpula administrativa do Poder Judiciário”, com sede na capital federal. O órgão faz parte do Poder Judiciário, mas não tem natureza jurisdicional e nem pode revisar ou reformar decisões judiciais. Sua atuação é meramente administrativa e tem

caráter dúplice: preventivo e repressivo. O caráter preventivo é parte de sua função de *accountability* judicial institucional (zelar pela autonomia do Poder Judiciário, por exemplo), enquanto o caráter repressivo abrangeria sua função de *accountability* judicial comportamental (conhecer de reclamações contra membros do Poder Judiciário, por exemplo) (ROBL FILHO, 2021; MORAES, 2021; MOTTA, 2021; NERY JUNIOR; ABOUD, 2019).

É inegável hoje o impacto da atuação do CNJ sobre a atuação do Poder Judiciário e sobre a própria sociedade brasileira. Como impactos nos tribunais, basta citar como exemplos: 1) a Justiça em Números; 2) a Gestão de Tabelas Processuais Unificadas; 3) as Inspeções nos Tribunais; e 4) os Mutirões Carcerários. Há, por outro lado, iniciativas que ultrapassaram o âmbito interno dos Tribunais e que impactaram a própria sociedade, tais como: 1) a proibição do nepotismo (estendida depois aos demais Poderes); 2) a definição do teto remuneratório (estendida para fora do Judiciário); 3) a virtualização da justiça (e o amplo acesso ao processo eletrônico); 4) o planejamento estratégico; e 5) o estabelecimento de metas institucionais (SADEK, 2015).

Entre várias outras atribuições previstas no texto constitucional, o art. 103-B, § 4º, inciso I, da Constituição de 1988 prevê que compete ao Conselho Nacional de Justiça o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes. Para exercer essa função, o texto constitucional diz caber ao CNJ, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, “zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências”.

A parte final do inciso I diz, muito claramente, que compete ao CNJ “recomendar providências” no âmbito do controle de atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes. O que são essas recomendações?

As recomendações fazem parte do poder normativo do CNJ. A partir do próprio texto constitucional, divide-se a atuação normativa do CNJ em: poder regulamentar (expedir resoluções) e poder de recomendar (recomendar providências) (MOREIRA, 2015). Esse poder normativo, como se vê do texto constitucional, está atrelado à dupla finalidade de “zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura”. Assim sendo, o poder normativo do CNJ está delimitado no exercício

de regulamentar e recomendar no âmbito da “autonomia judicial” e do “cumprimento do Estatuto da Magistratura” (ROBL FILHO, 2017; WERNER, 2015; WELSCH, 2013).

Qual é a importância desse poder normativo? Para alguns, decorre da necessidade de uma “padronização” ou “uniformização” de atos administrativos e financeiros do Poder Judiciário (GARCIA, 2007). Para outros, esse poder normativo visa à adequação dos atos do Judiciário diante de “modificações sociais e tecnológicas” (ROBL FILHO, 2017).

Não se pode confundir as duas atribuições de “recomendar providências” e de “expedir resoluções” do poder normativo do CNJ.

A resolução (poder regulamentar) busca regulamentar soluções para problemas encontrados em diversos tribunais da federação (WERNER, 2015). É a resolução que vai disciplinar várias situações que ainda aguardam regulamentação legal. No entanto, a doutrina ainda guarda várias críticas ao poder regulamentar do CNJ, sob o ponto de vista da necessária observância da reserva de lei e dos próprios limites do poder regulamentador de qualquer órgão administrativo (basta lembrar dos limites constitucionais do poder regulamentar do Parlamento). Há também quem diga que não se pode confundir poder regulamentar (auto-organização com regimentos internos) com o princípio da legalidade (de impor condutas a terceiros), sob pena de afronta ao princípio da reserva legal e à separação dos poderes (PEDERSOLI; 2010; GARCIA, 2007).

Exemplo dessa crítica foi a discussão que ocorreu na ADC 12 quando o CNJ expediu a Resolução CNJ n. 007/2005, conhecida como resolução contra o nepotismo nos tribunais. Teria o CNJ “poder normativo primário”? O Supremo Tribunal Federal respondeu positivamente, dizendo ser possível ao CNJ exercer suas atribuições inclusive com poder normativo primário no âmbito das matérias do art. 103-B, § 4º, da Constituição de 1988 (MORAES, 2021; BRASIL, 2008).

Outra dessas críticas, por exemplo, dirigiu-se à Resolução CNJ n. 203/2015, que impôs a reserva de 20% das vagas para negros em concursos públicos para provimento de cargos efetivos e de ingresso na magistratura. Para uma parte da doutrina, é inconcebível permitir-se a um órgão administrativo expedir atos administrativos (resoluções, decretos e portarias) com força de lei, “cujos reflexos possam avançar sobre direitos fundamentais, circunstância que faz com que tais atos sejam ao mesmo tempo legislativos e executivos” (DELFINO; SILVEIRA, 2017; STRECK, SARLET; CLÈVE, 2005).

Daí o duplo limite levantado pela doutrina ao poder regulamentar do CNJ: 1) a impossibilidade de expedir regulamentos com caráter geral e abstrato, em face da reserva de lei; 2) a impossibilidade de ingerência nos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. O poder regulamentar do CNJ não poderia inovar, sob pena de inconstitucionalidade (WELSCH, 2013; STRECK; SARLET; CLÈVE, 2005).

Ao lado do poder regulamentar, as recomendações do CNJ (poder de recomendar) também fazem parte do poder normativo do CNJ e são conceituadas como “atos administrativos que visam a orientar em determinado sentido” (LIMA, 2012).

Desde 2006 até dezembro de 2022, o CNJ já havia expedido 139 recomendações sobre os mais variados temas, tais como: a implantação de equipes interprofissionais em todas as comarcas (Recomendação CNJ 2/2006), a formação de lista tríplice (Recomendação CNJ 13/2007), a prioridade processual de idosos (Recomendação CNJ 14/2007), a conduta de evitar a denominação da operação policial em atos judiciais (Recomendação CNJ 18/2008), a realização de mutirões de julgamento (Recomendação CNJ 24/2009), a realização de depoimento especial para crianças e adolescentes (Recomendação CNJ 33/2010), a gestão de precatórios (Recomendação CNJ 39/2012), o uso da linguagem inclusiva de gênero (Recomendação CNJ 42/2012), a não exigência de tradução de documentos em língua estrangeira (Recomendação CNJ 54/2018), as medidas preventivas contra a COVID19 (Recomendação CNJ 62/2020), a gestão de processos coletivos (Recomendação CNJ 76/2020) e o protocolo de segurança para magistrados em risco (Recomendação CNJ 114/2021).

Um dado interessante é o de que, das 139 Recomendações expedidas pela Presidência do CNJ desde o ano de 2006 até fevereiro de 2022, 95 recomendações foram emitidas apenas nos anos de 2020, 2021 e 2022. Isso significa que dois terços das recomendações do CNJ (68%) foram expedidas nos últimos anos de 2020 a 2022. É preciso acompanhar essa tendência normativa por mais algum tempo, mas há aparentemente um incremento no uso dessas recomendações pelo CNJ nos últimos anos.

Há alguma sanção pelo descumprimento da recomendação? O principal argumento sobre a não-vinculação das recomendações do CNJ encontra-se no próprio Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça. Aprovado pela Resolução CNJ n. 67/2009, o Regimento Interno do CNJ, em seu art. 102, trata do processo de “ato normativo”. No caput do art. 102, o Regimento diz que o Plenário poderá, por maioria absoluta, “editar atos normativos, mediante Resoluções, Instruções ou Enunciados Administrativos e, ainda, Recomendações”.

A regra mais importante está no § 5º do mesmo art. 102, quando diz que: “As Resoluções e Enunciados Administrativos terão força vinculante, após sua publicação no Diário da Justiça e no sítio eletrônico do CNJ”. Verifica-se que o § 5º do art. 102 apenas faz menção à força vinculante de dois tipos de ato normativo: as resoluções e os enunciados administrativos. O caput do mesmo art. 102, porém, trata ainda de outros atos normativos, como as instruções e as recomendações. Ou seja: o § 5º parece indicar que a recomendação, de fato, não terá força vinculante, porque não a menciona expressamente como ato normativo com força vinculante.

Ocorre que há autores que sustentam que o descumprimento das recomendações do CNJ acarreta falta funcional-administrativa do administrador, servidor ou magistrado (COSTA, 2014). Para confirmar essa posição da doutrina, seria prudente pesquisar a apuração de infrações disciplinares no âmbito dos tribunais e do próprio CNJ para se verificar se, de fato, o descumprimento das recomendações são vistas como faltas funcionais. No entanto, não se pode negar que punir disciplinarmente um juiz pelo descumprimento de uma recomendação está longe de ser um “indiferente” jurídico.

Em todo caso, as recomendações do CNJ também têm seus próprios limites. O CNJ não pode tudo. As recomendações devem ser emanadas no âmbito da atribuição normativa do CNJ. Nem poderia ser diferente. O CNJ é um “conselho” administrativo. Na ADI 4638, o STF ressaltou a escolha pelo constituinte derivado do termo “Conselho” para a instituição interna de controle do Poder Judiciário, pois “busca evidenciar a natureza administrativa do órgão e definir, de maneira precisa, os limites de atuação”. Em outras palavras, o CNJ integra a estrutura do Poder Judiciário, mas não é órgão jurisdicional e não intervém na atividade judicante, pois possui caráter eminentemente administrativo (MEDINA, 2021; PADILHA, 2019).

As mesmas críticas sobre os limites do poder regulamentar são direcionadas ao poder de recomendar do CNJ. São conhecidas as críticas, por exemplo, à Recomendação CNJ n. 31/2010, que tem por finalidade recomendar aos tribunais “a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde”. Ocorre que, entre as “recomendações” do CNJ, encontra-se a seguinte: “ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência”. Mais ainda, a Recomendação sugere que juízes “evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei”. Alguns estudos

concluem que a recomendação do CNJ, nesse aspecto, teria ampla capacidade de direcionar a decisão jurisdicional num ou noutro sentido (MOREIRA, 2015; LIMA, 2012).

Não obstante as críticas ao teor de algumas recomendações do CNJ, tem-se que o poder de recomendar do CNJ tem fundamento constitucional, está respaldado pelo STF e possui caráter nitidamente normativo, especialmente com caráter de orientação, não sendo possível concluir, de outro modo, que a recomendação não tem efeito jurídico algum.

4. O QUE SIGNIFICA A RECOMENDAÇÃO DE UTILIZAR A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS?

Dentre as várias recomendações constantes de seu texto, a Recomendação CNJ n. 123/2022, em seu art. 1º, recomenda aos juízes e aos tribunais a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). É sobre esse ponto específico que o texto vai discutir a partir de agora.

A primeira observação a ser feita é o caráter judicial da Corte Interamericana. A Corte IDH é um órgão judicial formado por 7 (sete) juízes e juízas, indicados pelos Estados-membros da OEA, com função jurisdicional. Sua função não é diplomática nem política, mas jurisdicional. O art. 1º do Estatuto da Corte IDH já declara que a Corte Interamericana “é uma instituição judicial autônoma cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos”. Há uma polêmica se a Corte é órgão judicial integrante do Sistema Interamericano ou integrante da própria Convenção Americana. No entanto, desde a OC-1/82, a Corte IDH sempre se entendeu como instituição judicial do Sistema Interamericano com competência “para decidir qualquer caso contencioso relativo à interpretação e aplicação da Convenção”. A OC-1/82 também deixa claro que a Corte é o órgão do Sistema Interamericano com maior poder para garantir a efetiva aplicação da Convenção “em razão do caráter obrigatório que têm suas decisões em matéria contenciosa” (SALVIOLI, 2020; MONTERISI, 2009; HITTERS, 2003; RAMÍREZ, 2002; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1982, §§ 19-22).

Como órgão jurisdicional do Sistema Interamericano, portanto, a Corte IDH funciona como um tribunal internacional de direitos humanos. Com fundamento nos arts.

63 e 64 da Convenção Americana, sua competência é consultiva e contenciosa. Enquanto na competência consultiva a Corte IDH é chamada a interpretar normas jurídicas internacionais de direitos humanos e a responder a uma “consulta” dos Estados-membros (daí o surgimento de inúmeras opiniões-consultivas da Corte IDH ao longo dos anos), na competência contenciosa a Corte IDH não só interpreta as normas como estabelece a verdade dos fatos e decide se os fatos levados a seu conhecimento podem ou não constituir violações de direitos humanos contra o Estado (ROBLES; ZOVATTO G., 1989).

A competência da Corte Interamericana, seja na função consultiva ou contenciosa, não é obrigatória, porém. Com efeito, um Estado somente poderá ser julgado pela Corte IDH se houver antes manifestado sua vontade de reconhecer a obrigatoriedade da competência da Corte IDH. É um ato facultativo pelo qual o Estado responsabiliza-se, no plano internacional, a assumir as decisões da Corte Interamericana. Um Estado pode até mesmo ter ratificado a Convenção Americana e, mesmo assim, não ter reconhecido a jurisdição obrigatória da Corte IDH (PIOVESAN *et al*, 2019; REY *et al*, 2015).

No Brasil, o Congresso Nacional, pelo Decreto Legislativo n. 89/1998, aprovou a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do seu reconhecimento. Pelo Decreto Federal n. 4.463/2002, o Brasil reconheceu como obrigatória a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A única reserva foi o limite temporal: essa competência se dá apenas para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998. Assim sendo, mesmo sem ser obrigado, o Brasil reconheceu a jurisdição obrigatória da Corte IDH e hoje submete-se à sua competência consultiva e contenciosa, pelo menos a respeito dos fatos ocorridos a partir de 10/12/1998.

Essa é uma importante constatação. Embora o CNJ tenha “recomendado” a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana, é certo que o Brasil reconheceu, em razão do Decreto Federal n. 4.463/2002, a competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir de 1998. O reconhecimento do caráter judicial das decisões da Corte Interamericana faz parte de obrigação jurídica internacional assumida pelo Brasil prevista em instrumento internacional (e não mera “recomendação”).

É importante ressaltar, porém, que, em caso de condenação brasileira, é completamente desnecessária a homologação da sentença da Corte IDH no âmbito interno brasileiro. As sentenças da Corte Interamericana prescindem do procedimento previsto no

art. 105, I, “i” da Constituição de 1988 e também previsto nos arts. 960/965 do CPC, porque não se enquadram na categoria de “sentença estrangeira”. Por sentenças estrangeiras devem ser entendidas as “decisões judiciais internas dos Estados”; são essas as sentenças que exigem sua homologação no país. As sentenças da Corte IDH não são sentenças de outros Estados, mas sentenças proferidas por um tribunal internacional de direitos humanos. Por isso, em caso de condenação do Brasil perante a Corte IDH, não há necessidade dessa homologação. A esse respeito, aliás, o art. 68.1 da CADH, ao contrário, demonstra que as sentenças da Corte IDH têm eficácia imediata na ordem jurídica interna (PIOVESAN *et al*, 2019; RAMOS, 2001).

Se as sentenças da Corte Interamericana prescindem de homologação interna em solo brasileiro, sua eficácia é imediata. Daí surge outra pergunta: que tipo de eficácia é essa?

A primeira observação a ser feita é que a sentença da Corte Interamericana produz coisa julgada internacional. Desde o antigo Caso *Corfu Channel*, estabeleceu-se que as decisões de órgãos internacionais de caráter jurisdicional adquirem força de coisa julgada (*final and without appeal*) e não podem ser alteradas, modificadas ou revogadas pelos órgãos jurisdicionais internos. Essa regra aplica-se às sentenças da Corte Interamericana (OBREGON, 2018; MAC-GREGOR, 2013).

Sabe-se, porém, que a *res judicata* internacional, assim como o entendimento sobre a coisa julgada no processo, tem eficácia subjetiva limitada às partes. A “identidade de partes” é exigência para a aplicação da regra da coisa julgada internacional. Isso quer dizer que os Estados estão obrigados a utilizar apenas as sentenças de Corte IDH em que forem partes?

Essa questão já foi respondida pela Corte Interamericana a partir da diferença entre a eficácia *inter partes* e a eficácia *erga omnes* de sua jurisprudência. A Corte lembrou que, quando é réu num processo internacional de direitos humanos, um Estado está sujeito à coisa julgada internacional, ou seja, está vinculado ao que foi decidido (*res judicata*). Essa é a chamada eficácia *inter partes*. Como o Estado é “parte” no processo internacional em que é acusado de violação de direitos humanos, está obrigado a obedecer àquela sentença proferida pelo tribunal. Por outro lado, mesmo que o Estado não tenha sido condenado naquele processo internacional, ainda assim o Estado, mesmo sendo terceiro, está vinculado à interpretação dada pela Corte Interamericana a respeito daquele julgamento de violações de normas de direitos humanos (*res interpretata*). Essa é a chamada eficácia *erga omnes*. A interpretação dada pela Corte Interamericana a respeito

daqueles direitos humanos vale contra todos, mesmo terceiros (FONSÊCA, 2020; FONSÊCA, 2018).

A respeito da eficácia *inter partes*, no famoso Caso Gelman vs. Uruguai, a Corte Interamericana lembrou que suas sentenças produzem o efeito da coisa julgada e têm caráter vinculante, derivado da ratificação da Convenção e do reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte IDH. Essa eficácia *inter partes* consiste na “obrigação do Estado de cumprir com todo o estabelecido na sentença interamericana de maneira pronta, íntegra e efetiva. Existe uma vinculação total e absoluta dos conteúdos e dos efeitos da decisão” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2013).

Há uma razão normativa para essa eficácia *inter partes*. De fato, o art. 68 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos diz, em seu *caput*, que “os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes”. Além disso, o art. 67 da Convenção ainda estabelece que a sentença da Corte é definitiva e inapelável, o que é corroborado pelo art. 31 do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Daí o porquê de a doutrina afirmar que as sentenças de Corte Interamericana têm caráter vinculante (MAC-GREGOR, 2013).

Um exemplo da eficácia *inter partes* ocorreu quando o Superior Tribunal de Justiça, no RHC n. 136.961, reconheceu o cômputo em dobro do período de prisão, quando o apenado cumpre sua pena em condições degradantes, como superlotação, mortes nos presídios e infraestrutura precária. Esse reconhecimento só se deu porque, mediante Resolução de 22/11/2018, a Corte Interamericana proibiu o ingresso de novos presos no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho e determinou o cômputo em dobro de cada dia de privação de liberdade cumprido no local. O STJ reconheceu, então, a necessidade de obedecer à eficácia *inter partes* da decisão da Corte Interamericana contra o Brasil e aplicou o entendimento em sua própria jurisprudência no âmbito interno brasileiro (BRASIL, 2021).

Ocorre que, também no Caso Gelman vs. Uruguai, além de reconhecer a eficácia *inter partes*, a Corte Interamericana também reconhece a eficácia *erga omnes* de suas sentenças. Segundo a Corte, todas as autoridades nacionais estão vinculadas à efetividade dos direitos humanos e, conseqüentemente, ao “critério interpretativo estabelecido pela CorteIDH”. Considerando que o próprio Pacto de San José estabelece a Corte Interamericana como único órgão competente de natureza “jurisdicional” para conhecer de assuntos relacionados ao cumprimento dos compromissos feitos pelos Estados Partes da Convenção Americana, é a jurisprudência da Corte Interamericana que determina a eficácia mínima da norma convencional que as autoridades nacionais do Estado Parte

devem aplicar em seus territórios (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2013).

Há aqui também um fundamento normativo para esse entendimento. É que os arts. 1º. e 2º. da Convenção Americana exigem dos Estados o respeito, a garantia e a adequação de suas normas internas aos direitos humanos assegurados no Pacto de San José. Ademais, o art. 69 da Convenção dispõe que a sentença será notificada não apenas às partes do caso, mas também a todos os Estados partes da Convenção.

Daí surgiu a diferença entre a norma convencional e a norma convencional interpretada. Além do “respeito” e da “garantia” dos direitos humanos, os Estados têm o dever de “adequação” dos direitos humanos às leis internas, de acordo com o art. 2º. da Convenção. Esse mesmo art. 2º. diz que, para essa adequação, serão tomadas as “medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”. Essa “adequação” é, então, dupla: normativa e interpretativa. Ao mesmo tempo que os Estados devem alterar ou revogar leis internas inconventionais (adequação normativa), também devem respeito à norma convencional interpretada (adequação interpretativa). Ou seja, devem os Estados respeito ao “critério interpretativo” utilizado pela Corte Interamericana na aplicação do Pacto de San José e de outros tratados internacionais de direitos humanos (MAC-GREGOR, 2013).

Assim sendo, a doutrina lembra que, com o Caso Gelman vs. Uruguai, a Corte Interamericana deu um passo adiante. A Corte não se limitou a estabelecer a vinculatividade de suas sentenças apenas às partes. Segundo a doutrina, as sentenças da Corte Interamericana “não são apenas válidas para o caso concreto (vinculação direta *inter partes*)”, mas também “produzem efeitos vinculantes para todos os Estados signatários da CADH no que se refere à interpretação que esta Corte realiza das normas convencionais (vinculação indireta *erga omnes*)” (HITTERS, 2013).

No famoso Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile, a Corte Interamericana se autoproclamou “intérprete última” da Convenção Americana. Como “intérprete última” da CADH, a Corte exige que os Estados levem em consideração não apenas os tratados internacionais de direitos humanos, mas também a interpretação que lhes foi dada pela jurisprudência da Corte IDH (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006).

No Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México, ao repetir a fórmula de “intérprete última” da Convenção Americana, a própria Corte Interamericana estabelece o que entende por “norma convencional interpretada”. Para a Corte, sua jurisprudência

adquire “eficácia direta” em todos os Estados nacionais que reconheceram expressamente sua jurisdição obrigatória, mesmo não sendo “partes” do processo. Diz a Corte Interamericana que a “norma convencional interpretada” produz “efeitos expansivos” da jurisprudência convencional, e não apenas eficácia subjetiva para um caso particular sujeito à sua competência. Daí se dizer que a jurisprudência da Corte Interamericana não é apenas orientadora, mas, sobretudo, é obrigatória para todos os juízes nacionais a partir da notificação do Estado a partir do art. 69 da CADH (ALCALÁ, 2012; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010).

Por isso, a doutrina fala em eficácia subjetiva (e direta) e eficácia objetiva (e indireta) das sentenças da Corte Interamericana. No primeiro caso (eficácia *inter partes*), os Estados estão vinculados total e absolutamente ao conteúdo da decisão; no segundo caso, todas as autoridades nacionais vinculam-se ao “critério interpretativo” estabelecido pela Corte Interamericana para um padrão mínimo de efetividade da norma convencional (MAC-GREGOR, 2013).

Em razão dessa distinção entre eficácia *inter partes* e eficácia *erga omnes* é que se alertou anteriormente que a Recomendação 123 do CNJ disse menos no que deveria dizer quando apenas recomenda a “utilização” da jurisprudência da Corte Interamericana. Baseando-se nessa distinção feita pela própria Corte Interamericana, no Caso Gelman vs. Uruguai, a expressão “jurisprudência” da Corte Interamericana a ser utilizada pelos juízes e pelas juízas brasileiras:

a) refere-se às sentenças da Corte IDH em que o Brasil foi parte (eficácia *inter partes* ou *res judicata*), especialmente aquelas sentenças em que o Brasil foi condenado;

b) mas também refere-se às demais sentenças proferidas pela Corte contra outros Estados, mesmo sendo o Brasil um terceiro (eficácia *erga omnes* ou *res interpretata*), ou seja, mesmo aquelas sentenças em casos em que o Brasil não foi parte.

Também não é só. Já há algum tempo se discute se opiniões consultivas da Corte Interamericana seriam ou não vinculantes aos Estados-partes. Essa eficácia *erga omnes* alcançaria as opiniões consultivas? (FONSÊCA, 2018; MAC-GREGOR, 2013).

O art. 64.1 da CADH dispõe que os Estados poderão consultar a Corte sobre a interpretação da CADH “ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos”. É a chamada “função consultiva” da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

As primeiras opiniões consultivas respondidas pela Corte Interamericana não permitiram à doutrina a conclusão de seu “efeito vinculante”, parecido ou igual ao da

função contenciosa. Muitos reconheceram que as opiniões consultivas não são obrigatórias e que apenas a Corte Interamericana é quem se autovincula ao resultado de suas opiniões consultivas para futuros casos contenciosos ou até mesmo para futuras consultas. Por isso, para essa corrente da doutrina, as opiniões consultivas não controlam propriamente a convencionalidade de qualquer norma jurídica interna (MAZZUOLI, 2016; ZÚÑIGA, 2013; GÓMEZ, 2003).

Isso mudou nos últimos anos. Na Opinião Consultiva OC-21/2014, a Corte Interamericana estabeleceu que sua competência consultiva também deve ser levada em consideração durante o controle de convencionalidade dada sua “função preventiva”. Já na Opinião Consultiva OC-22/2016, a Corte reiterou seu entendimento da função preventiva das opiniões consultivas, mas ainda ressaltou ser esse o propósito central da função consultiva: a função própria de um “controle de convencionalidade preventivo”. Por isso, defende-se que a interpretação dada às normas convencionais pelas opiniões consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos também deve ser considerada pelos Estados como um “controle de convencionalidade preventivo” ou “interpretação autorizada” do alcance dos direitos humanos (MARÍN *et al*, 2019; FONSÊCA, 2018).

Por isso, salvo melhor juízo, quando a Recomendação 123 do CNJ indica a “utilização” da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, também disse menos do que deveria, pois não se referiu à utilização também das opiniões consultivas da Corte Interamericana (LIMA, 2022). Na verdade, quando a Recomendação 123 do CNJ recomenda a “utilização” da jurisprudência da Corte Interamericana, não se pode olvidar também das opiniões consultivas proferidas pela Corte, que, segundo o próprio tribunal, são padrões interpretativos autorizados para o controle de convencionalidade de direitos humanos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos resultados encontrados, pode-se concluir que, ao recomendar a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos, o Conselho Nacional de Justiça, na Recomendação CNJ n. 123/2022, está recomendando às juízas e aos juízes brasileiros que: a) obedeçam à coisa julgada internacional formada em sentenças da Corte Interamericana em que o Brasil foi condenado (eficácia *inter partes* da jurisprudência da Corte Interamericana); b) obedeçam à interpretação dada à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em sentenças da Corte Interamericana, mesmo que o Brasil não tenha

sido parte (eficácia *erga omnes* da jurisprudência da Corte Interamericana); e c) sigam os padrões de direitos humanos e a “interpretação autorizada” nas opiniões-consultivas da Corte Interamericana.

As conclusões acima são reforçadas quando se lembra do caráter normativo de uma “recomendação” do CNJ, pautado, como se viu, na ideia de orientação da magistratura brasileira, trazida pela própria Constituição e abalizada pelo Supremo Tribunal Federal. Deve-se também interpretar a Recomendação CNJ n. 123/2022 como ato normativo que é (a recomendação não é uma mera “dica”).

A Recomendação deve ainda ser interpretada à luz das decisões da própria Corte Interamericana sobre a eficácia *inter partes* e a eficácia *erga omnes* de sua jurisprudência e sobre o novo caráter das opiniões-consultivas como controle preventivo de convencionalidade. As decisões da Corte IDH não são exortações diplomáticas ou políticas, mas decisões judiciais às quais o Brasil se autovinculou por tratados internacionais.

Ao expedir a Recomendação CNJ n. 123/2022, mais do que um simples “conselho”, o que o CNJ fez foi afastar qualquer dúvida sobre a necessidade de juízes brasileiros e juízas brasileiras conhecerem e aplicarem a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Com essa recomendação, o juiz brasileiro e a juíza brasileira não podem mais duvidar de que são também juízes interamericanos.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales. **El control difuso de convencionalidad: diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales**. Coordenação de Eduardo Ferrer Mac-Gregor. México: FUNDAP, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 2.ed. Bauru: EDIPRO, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 12**. Relator: Ministro Carlos Britto. Pleno, julgado em 20/08/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no RHC n. 136.961/RJ**. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta Turma. Julgado em 15/6/2021, DJe de 21/6/2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile**. Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C, n. 154.

_____. **Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México**. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de novembro de 2010. Série C, número 220.

_____. “Outros tratados” como objeto da função consultiva da Corte (art. 64 Convenção Americana sobre Direitos Humanos). **Opinião Consultiva OC-1/82 de 24 de setembro de 1982**. Série A Número 1.

DELFINO, Lúcio; SILVEIRA, Marcelo Pichioli da. A função do Conselho Nacional de Justiça e os limites de sua competência normativa. In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio; JR., Nelson Nery. **Crise dos Poderes da República**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FALCÓN Y TELLA, Maria José. **Lições de teoria geral do direito**. Tradução de Cláudia de Mirada Avena *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FONSÊCA, Vitor. O processo civil e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. In: **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Coordenação de João Otávio de Noronha e Paulo Pinto de Albuquerque. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

_____. **Processo civil e direitos humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

GARCIA, Emerson. Poder normativo primário dos Conselhos Nacionais do Ministério Público e de Justiça: a gênese de um equívoco. **Revista da EMERJ**, v. 10, n. 39, 2007.

GÓMEZ, Máximo Pacheco. La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Memoria del Seminario “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI”**. 2.ed. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003.

HITTERS, Juan Carlos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (20 años de vigencia). In: **Derecho procesal constitucional**. t.2. Coordenação de Eduardo Ferrer Mac-Gregor. 4.ed. México: Porrúa, 2003.

_____. Un avance en el control de convencionalidad: el efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte Interamericana. **La Ley**, n. 96, 2013.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**: matéria, forma e poder de uma república eclesiástica civil. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KORKUNOV, Nikolai Mikhailovich. **General theory of law**. Tradução de W. G. Hastings. 2.ed. Nova York: The Macmillan Company, 1922.

LIMA, Lucas Carlos. Recomendação 123 do CNJ: qual é o controle de convencionalidade? **Consultor Jurídico**, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-13/lima-recomendacao-123-cnj-qual-controle-convencionalidade#_ftn3> Acesso em: 16/02/2022.

LIMA, Robson Barbosa. **Poder normativo do Conselho Nacional de Justiça** (Dissertação de Mestrado). São Paulo, 2012.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional**. Madri: Marcial Pons, 2013.

MARÍN, Daniela Salazar *et al.* La fuerza vinculante de las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del derecho y la justicia constitucional en Ecuador. **Foro: Revista de Derecho**, n. 32, 2019, p. 123-143.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Constituição federal comentada**. 4.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MONTERISI, Ricardo D.. **Actuación y procedimiento ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos**. La Plata: Platense, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 37.ed. São Paulo: Grupo Gen, 2021.

MOREIRA, Diogo Rais Rodrigues. **Atuação do Conselho Nacional de Justiça e independência jurisdicional: interfaces e interferências** (Tese de Doutorado). São Paulo, 2015.

MOTTA, Sylvio. **Direito constitucional**. 29.ed. São Paulo: Grupo Gen, 2021.

NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. **Direito constitucional brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

OBREGON, Edgardo Sobenes. Res judicata and the test of finality. *The Journal of Territorial and Maritime Studies*, v. 5, n. 2, 2018, p. 75–84.

OST, François; KERCHOVE, Michel van de. **De la pyramide au réseau?: pour une théorie dialectique du droit**. Bruxelles: Faculté Universitaires Saint_louis, 2002.

PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional**. 6.ed. São Paulo: Grupo Gen, 2019.

PEDERSOLI, Christiane Vieira Soares. A atribuição regulamentar do Conselho Nacional de Justiça e seus limites: alguns apontamentos sobre o ato administrativo regulamentar e a vinculação da Administração Pública ao princípio da juridicidade. **Jurisprudência Mineira**, v. 61, n. 192, 2010.

PIOVESAN, Flávia *et al.* **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RAMÍREZ, Sergio García. Atribuciones jurisdiccionales de la Corte Interamericana. In: **Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

RAMOS, André de Carvalho. **Direitos humanos em juízo**: comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Max Limonad, 2001.

REY, Sebastián Alejandro *et al.* **Los desafíos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos en el siglo XXI**. Remedios de Escalada: Universidad Nacional de Lanús, 2015.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. Conselho Nacional de Justiça: controle (*accountability*) judicial. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Direito constitucional brasileiro**, v.2. 2.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

_____. Conselho Nacional de Justiça: uma análise após uma década de sua existência e a partir da jurisdição constitucional. In: **Crises dos Poderes da República**: Judiciário, Legislativo e Executivo. Coordenação de George Salomão Leite et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ROBLES, Manuel E. Ventura; ZOVATTO G., Daniel. **La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**: naturaleza e principios. Madri: Civitas, 1989.

SADEK, Maria Tereza Aina. CNJ: impactos no Judiciário e na sociedade. In: **Dez anos de reforma do Judiciário e o nascimento do Conselho Nacional de Justiça**. Coordenação de Rui Stoco e Janaína Penalva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SALVIOLI, Fabián. **El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos**: instrumentos, órganos, procedimientos y jurisprudencia. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020.

_____. La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: marco legal y desarrollo jurisprudencial. In: **Homenaje y Reconocimiento a Antônio Cançado Trindade**. t. III. Brasília: Sergio Fabris, 2004.

STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clèmerson Merlin. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). **Revista da ESMECS**, v. 12, n. 18, 2005.

WELSCH, Gisele Mazzoni. O poder normativo do CNJ: possibilidade de criação, modificação e restrição de direitos fundamentais. **Revista de Processo**, v. 38, n. 218, 2013.

WERNER, José Guilherme Vasi. Dez anos do CNJ: entre controle administrativo e disciplinar e hierarquização do Judiciário. In: **Dez anos de reforma do Judiciário e o nascimento do Conselho Nacional de Justiça**. Coordenação de Rui Stoco e Janaína Penalva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZÚÑIGA, Natalia Torres. **El control de convencionalidad: deber complementario del juez constitucional peruano y el juez interamericano (similitudes, diferencias y convergências)**. Espanha: EAE, 2013.

PUNIR COMO *STANDARD* DE DIREITOS HUMANOS: CENTRALIDADE DE PROTEÇÃO DAS VÍTIMAS NO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

PUNISHMENT AS A HUMAN RIGHTS STANDARD: CENTRALITY OF VICTIM PROTECTION IN INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW AND IN BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURE

Valerio de Oliveira Mazzuoli¹
Antonio Sergio Cordeiro Piedade²

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Relações entre vítima e processo penal. 2.1. Vedação de proteção deficiente às vítimas. 2.1.1. Processo penal justo e equilíbrio de proteção. 2.1.2. *Proibição da proteção deficiente na jurisprudência do STF*. 2.2. Dever de proteção aos direitos das vítimas à luz das obrigações processuais positivas. 2.2.1. Política criminal e proteção dos direitos humanos das vítimas. 2.2.2. Irradiação de efeitos das obrigações positivas no sistema processual penal. 3. Vítimas e sistema interamericano de direitos humanos. 3.1. Centralidade das vítimas no sistema interamericano de direitos humanos. 3.1.1. Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre os direitos humanos das vítimas. 3.1.2. Formação do *corpus juris* vinculante protetivo dos direitos humanos das vítimas no sistema interamericano. 3.2. Punição como *standard* de direitos humanos e novo marco civilizatório. 3.2.1. Punição da criminalidade como padrão (*standard*) internacional de direitos humanos. 3.2.2. Por um novo paradigma civilizatório de proteção de direitos humanos das vítimas. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

RESUMO: O ensaio versa a relação existente entre vítima e processo penal à luz das garantias internacionais de direitos humanos reconhecidas pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos e pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O estudo compreende a vítima como uma atriz central no sistema nacional de justiça cujos direitos não de ser reconhecidos pelo Estado com proeminência, sem deixar de lado os direitos de acusados e réus. A investigação demonstra que a jurisprudência pacífica da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sobretudo nos casos envolvendo

¹ Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT). Pós-Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Clássica de Lisboa (Portugal). Doutor *summa cum laude* em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP), *campus* de Franca. Membro titular da Sociedade Brasileira de Direito Internacional (SBDI), da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas (ABCD) e da Academia Mato-Grossense de Letras (Cadeira nº 36). Advogado de Consultor Jurídico.

² Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT). Doutor em Mestre em Direito Penal pela PUC/SP. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Mato Grosso, com atuação no Tribunal do Júri de Cuiabá-MT. Coordenador do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF) do MPMT. Ex-Presidente da Associação dos Promotores do Júri – “Confraria do Júri”.

o Brasil, é no sentido de atribuir à vítima projeção central e direcionada à responsabilização dos Estados pela falta de diligência em punir os responsáveis pelo cometimento de crimes. O estudo conclui que punir é um *standard* de direitos humanos reconhecido pelo sistema interamericano de direitos humanos, cuja observância na órbita jurídica interna é imperativa.

Palavras-chave: Vítimas; proteção integral; obrigações positivas do Estado; sistema interamericano de direitos humanos; controle de convencionalidade.

ABSTRACT: The essay deals with the relationship between victim and criminal proceedings in the light of international human rights guarantees recognized by the American Convention on Human Rights and by the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. The study understands the victim as a central actor in the national justice system whose rights must be recognized by the State with prominence, without leaving aside the rights of accused and defendants. The essay demonstrates that the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, especially in cases involving Brazil, is in the sense of attributing central projection to the victim and directed to the accountability of States for the lack of diligence in punishing those responsible for committing crimes. The study concludes that punishing is a human rights standard recognized by the Inter-American human rights system, whose observance in the domestic legal sphere is imperative.

Keywords: Victims; comprehensive protection; positive obligations of the State. Inter-American human rights system; conventionality control.

1. INTRODUÇÃO

Tem havido constante incompreensão sobre a finalidade das condenações de Estados-partes em convenções internacionais de direitos humanos levadas a cabo por cortes internacionais regionais, a exemplo, em nosso entorno geográfico, daquelas advindas da atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tal incompreensão deve-se, notadamente, à falta de conhecimento tanto do sistema internacional de proteção dos direitos humanos quanto de sua finalidade precípua, especificamente a atinente à salvaguarda *incontinenti* dos direitos das vítimas de violações a direitos humanos no Continente Americano.

Os sistemas regionais de proteção (europeu, interamericano e africano) constantemente condenam Estados-partes que violam as normas internacionais de proteção e agredem os direitos de pessoas ou grupos de pessoas reconhecidos por instrumentos internacionais de direitos humanos, tanto globais como regionais. Portanto, o que as cortes internacionais de direitos humanos têm exigido é a devida e concreta

punição daqueles que violam direitos humanos de pessoas ou grupo de pessoas, condenando, para tanto, os Estados faltosos e desidiosos no cumprimento da célere e eficiente persecução penal.

No Brasil, têm sido recentes as discussões sobre a proteção integral dos direitos das vítimas, o que veio a se intensificar, em certa medida, a partir do melhor conhecimento das garantias internacionais de direitos humanos (convencionais e jurisprudenciais) provindas do sistema interamericano.³ É possível afirmar, inclusive, que a voz das vítimas ou de seus familiares não encontrava o devido eco no sistema processual penal brasileiro antes das condenações sofridas pelo Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, momento a partir do qual compreendeu-se, finalmente, que as inconveniências na persecução penal são capazes de acarretar a responsabilidade internacional do Estado por violações a direitos humanos em razão da proteção deficiente dos direitos das vítimas da criminalidade.

O tema, não há dúvidas, é da mais alta relevância e deve ser versado à luz das regras internacionais de proteção dos direitos humanos, em especial da jurisprudência consolidada da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a matéria. Como se sabe e se verá no decorrer deste ensaio, o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos não tolera e repele por completo a desídia do Estado no cumprimento de suas obrigações para com as vítimas da criminalidade, razão de ser do entendimento de que “punir é um *standard* de direitos humanos”.⁴ O que o sistema internacional de proteção dos direitos humanos deseja, portanto, é que o crime seja efetivamente combatido e que as vítimas possam receber do Estado a devida proteção de seus direitos garantidos tanto interna como internacionalmente.

O Brasil já foi condenado pela Corte Interamericana em vários casos em que presentes inconveniências gravíssimas na persecução penal, que deixaram vítimas de crimes desamparadas e sem a devida resposta estatal, em violação às garantias previstas nos tratados de direitos humanos ratificados e em vigor no Brasil. Da análise dos casos *Ximenes Lopes* (2006), *Sétimo Garibaldi* (2009), *Escher e Outros* (2009),

³ A propósito, cf. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa; OLIVEIRA, Kledson Dionysio. *Controle de convencionalidade pelo Ministério Público*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 112 e ss; e FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. *As obrigações processuais penais positivas segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022.

⁴ A expressão foi cunhada no Brasil por Valerio Mazzuoli.

Gomes Lund e Outros (2010), *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde* (2016), *Favela Nova Brasília* (2017), *Povo Indígena Xucuru e seus Membros* (2018), *Herzog* (2018), *Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus* (2020), *Márcia Barbosa de Souza e Outros* (2021) e *Sales Pimenta* (2022), é possível verificar que não houve, por parte do Estado brasileiro, a devida e tempestiva resposta aos crimes perpetrados e aos direitos das vítimas.⁵ Será prescindível realizar um comentário sobre cada qual desses emblemáticos casos, bastando – para atingir ao resultado proposto nesta investigação – conhecer esse número expressivo de condenações internacionais contra o Brasil, que é emblemático da necessidade de que juízes e membros do Ministério Público conheçam a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e realizarem o devido exame (aferição ou controle) de convencionalidade das leis.

Em suma, desde que foram compreendidas as responsabilidades dos Estados perante o sistema interamericano relativamente ao cumprimento de obrigações positivas em matéria processual penal os direitos de vítimas e familiares vieram à luz no Brasil, merecendo a devida análise e compreensão da doutrina e jurisprudência pátrias. Daí a necessidade de uma investigação – como a que doravante se levará a cabo – que observe o papel das vítimas no processo penal brasileiro (item 2) sob a ótica das garantias reconhecidas pelo sistema interamericano de proteção dos direitos humanos (item 3).

2. RELAÇÕES ENTRE VÍTIMA E PROCESSO PENAL

Não há dúvidas de que o processo penal é instrumento de proteção dos direitos de todos os cidadãos, sejam infratores ou vítimas. Daí porque as garantias processuais têm lugar para balizar *toda* a persecução penal, desde a investigação do delito, da propositura da ação penal, até a decisão final do Poder Judiciário, condenando ou absolvendo o acusado.

No entanto, se até bem pouco tempo o processo penal mirava sobretudo os autores de delitos, certo é que, nos últimos anos, a matéria teve o seu olhar voltado também, e sobretudo, para as *vítimas*. Estas, historicamente, sempre foram relegadas ao

⁵ Sobre o panorama das condenações dos Estados-partes perante a Corte Interamericana, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos humanos na jurisprudência internacional: sentenças, opiniões consultivas, decisões e relatórios internacionais*. São Paulo: Método, 2019.

esquecimento durante o curso da ação penal, pois entendia-se que o processo penal devia mais ao criminoso do que àquele que sofreu com a prática do crime.

Cançado Trindade corretamente relembra que “o direito penal estatal se orientou, em sua evolução, rumo à figura do delinquente, relegando a vítima a uma posição marginal”, complementando que “este enfoque se refletiu, por algum tempo, no próprio coletivo social, que passou a demonstrar maior interesse pela figura do criminoso do que pelas de suas vítimas, abandonadas ao esquecimento”.⁶ De fato, encontramos no Brasil autores que chegaram ao extremo de afirmar o seguinte sobre a relação entre vítima e direito penal:

“A vítima – o débil no momento em que se dá o delito – tem todos, absolutamente todos os direitos que o sistema coloca à disposição (indenização, proteção, por exemplo), mas não no campo penal: *o Direito Penal nada deve à vítima*. Em palavras mais dóceis, as angústias do ofendido serão satisfeitas nos outros ramos do direito.

A relação jurídico-penal se dá exclusivamente entre o legitimado ativo: o Estado-perseguidor e o cidadão-acusado. Estes são os interessados diretos na contenda – todas as demais pessoas tem (*sic*) sim interesse no seu resultado, *mas do processo não podem participar*”.⁷ [grifos nossos]

Tivesse a vítima, efetivamente, seus direitos garantidos incontinenti no direito interno dos Estados, não estaria o sistema interamericano de direitos humanos externando condenações várias por inconveniências na persecução penal, tanto em relação ao Brasil como para todos os Estados-partes à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Visões como a acima citada estão focadas em uma interpretação do sistema de direitos e garantias que faz tábula rasa dos compromissos internacionais assumidos pelo Estado em matéria de direitos humanos, deixando – repita-se mais uma vez – as vítimas e seus familiares ao esquecimento e relegados a segundo plano no âmbito do direito penal e do processo penal.

No entanto, tem sido alentador constatar que, ainda que tal esquecimento continue a se fazer presente nos dias atuais, começa haver doravante um abrandamento da noção

⁶ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Desafios para a efetiva proteção internacional dos direitos humanos. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (Org.). *Desafios do direito internacional contemporâneo*. Brasília: FUNAG, 2007, p. 238.

⁷ CARVALHO, Amilton Bueno de. *Direito penal a marteladas: algo sobre Nietzsche e o direito*. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 49.

equivocada de que o direito penal não serve às vítimas, senão apenas ao criminoso.⁸ Essa mudança de paradigma no que tange à centralidade das vítimas na órbita dos sistemas de proteção (interno e internacional) se deve ao labor do direito internacional dos direitos humanos e de seus mecanismos de monitoramento internacional, sobretudo, em nosso entorno geográfico, da jurisprudência constante da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Certo é que o processo penal contemporâneo, não obstante continuar focado nas relações empreendidas entre o infrator e o Estado, tem gradativamente avançado para garantir às vítimas de delitos, além de um trâmite eficiente que resguarde a duração razoável do processo, também meios e recursos adequados para a salvaguarda dos seus direitos violados, à luz dos compromissos internacionais de direitos humanos assumidos formalmente pelo Estado e da sólida jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a matéria, a qual impõe aos Estados-partes à Convenção Americana o dever de investigar, processar e punir as violações de direitos humanos ocorridas em seu território, de modo eficaz e sem delongas injustificadas.⁹

O que se apresenta, portanto, nesse contexto, é uma conformação *bifronte* do processo penal atual, que não pode ser olvidada por qualquer operador do direito, notadamente na quadra atual de engajamento cada vez maior do Brasil aos mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos, tanto do sistema da ONU quanto da OEA. Em ambos esses sistemas as aspirações do direito internacional dos direitos humanos apontam para a centralidade das vítimas ou seus familiares no âmbito das garantias do Estado relativas a direitos humanos, pois é notório, repita-se, que as vítimas têm ficado, ao longo dos anos, desguarnecidas de meios eficazes nos Estados para a salvaguarda célere dos seus direitos reconhecidos tanto pelas respectivas Constituições quanto por todos os tratados internacionais de direitos humanos provindos daqueles sistemas.

⁸ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. Dos direitos humanos da vítima de violência e a responsabilidade do Estado. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 37, jul.-set. 2010, p. 121.

⁹ Cf. REZENDE, Guilherme Carneiro de. *O direito humano da vítima a um processo penal eficiente*. Curitiba: Juruá, 2021, p. 27-30; PEREIRA, Frederico Valdez. *Fundamentos do justo processo penal convencional: as garantias processuais e o valor instrumental do devido processo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 86-96; e OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. *Processo penal convencional e fundamentos das obrigações positivas do Estado em matéria penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022, p. 31-140.

Atualmente, as garantias processuais penais existentes no quadro do direito positivo brasileiro (normas internas e tratados internacionais incorporados) permitem às vítimas, v.g., a não submissão a procedimentos repetitivos, desnecessários ou que causem revitimização, sobretudo no âmbito dos crimes sexuais. Todas as autoridades do Estado devem reconhecer nas vítimas a sua condição central no âmbito do sistema de justiça nacional, como sujeitos de direitos que devem receber do Estado uma proteção eficiente, seja na esfera criminal ou cível.

No entanto, a garantia de proteção efetiva dos direitos das vítimas somente será devidamente implementada se firmados princípios norteadores das atividades dos Estados que, sem deixar de lado os acusados no processo penal, levem em consideração as particularidades daqueles que foram ofendidos pela prática criminosa. Assim, para que seja o presente tema devidamente compreendido devem ser analisados dois importantes pontos atinentes às relações entre vítimas e processo penal, quais sejam, o relativo à proibição da proteção deficiente às vítimas (item 2.1) e o dever de proteção aos direitos humanos das vítimas à luz das obrigações processuais positivas (item 2.2).

2.1. Vedação de proteção deficiente às vítimas

Não há dúvidas de que os excessos do Estado contra os indivíduos devem ser contidos e repreendidos, pois num Estado Democrático de Direito não há qualquer margem a discricionariedades e arbitrariedades de quaisquer órgãos de persecução penal. Portanto, todos aqueles que estão no polo passivo de uma ação penal têm a seu favor o princípio da proporcionalidade, na vertente da proibição de excesso. Referido princípio vincula tanto o legislador na criação de tipos penais, que está atrelado ao princípio da legalidade, de modo a evitar a criação de tipos penais demasiadamente abertos, vagos, imprecisos, lacunosos e porosos, bem como o julgador quando aplica a reprimenda penal em casos concretos. Para lograr esse desiderato o direito penal não pode, por meio de seus órgãos de persecução penal, agir de forma desproporcional e desarrazoada para com o agente que violou a norma penal e, via de consequência, ferir os direitos fundamentais de terceiros.

A vedação de excesso tanto foi uma constante ao longo da história que o Estado Liberal de Direito surge como forma de acautelar os cidadãos dos arbítrios do *Leviatã*. Dentro de sua fundamentação individualista, com foco na proteção da burguesia contra o absolutismo monárquico foram desenvolvidas as garantias de primeira dimensão, que não

externavam a preocupação de proteger o corpo social. O que faz o postulado da proibição de excesso é colocar em relevo a tradição histórica dos direitos fundamentais como alicerce dos direitos de defesa frente às intromissões estatais.¹⁰

O sistema garantista ou teoria do garantismo penal tem como precursor Luigi Ferrajoli, cujo referencial teórico tem como marco principal a obra *Direito e Razão*, que encontra na proibição de excesso a viga mestra para sua construção teórica. Tal sistema visa conter o excesso de tutela penal e o abuso estatal, que não deve se imiscuir de forma arbitrária na seara das liberdades individuais, acabando por contemplar a proteção dos direitos fundamentais de viés exclusivamente individual. Segundo essa visão, a incidência do garantismo é abordada sob três enfoques, que se conectam entre si, a saber: a) o que designa um *modelo normativo de direito*, referindo-se ao modelo de “*estricta legalidade*”, inerente ao próprio Estado de Direito, que se caracteriza, no plano político, como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o aspecto jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos; b) como teoria do direito e crítica do direito, que preconiza uma *teoria jurídica da validade e da efetividade* como categorias distintas não só entre si, propondo uma aproximação teórica que mantém separado o *ser* e o *dever ser*; e c) como filosofia do direito e crítica da política, que designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses nos quais a tutela ou a garantia constitui a finalidade, propondo a separação entre o direito e a moral¹¹.

Referida construção teórica consagra o garantismo chamado “negativo”, não havendo confronto ou contraposição com a proibição de excesso ou com a proibição de proteção deficiente. À evidência que o direito penal não pode restabelecer o arbítrio ou o retorno ao período de exceção, bem assim que nesta quadra histórica os avanços das garantias de direitos não podem retroceder de modo algum. Nesse sentido, o que se pretende atualmente é que o processo penal seja justo e equilibrado, que contenha

¹⁰ Cf. HASSEMER, Winfried. *¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?* In: HEFENDEHL, Holand (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 98.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica (et all.). 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 785-787. Sobre o tema no Brasil, cf. FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral). In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação ao modelo garantista no Brasil*. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 25-50.

eventuais excessos, porém sem que haja proteção deficiente no que concerne à repressão, à violência e à desestabilização social proporcionada pela ação das organizações criminosas.

A proibição da proteção deficiente, por sua vez, como desdobramento do princípio da proporcionalidade, tem como desiderato tutelar, em sua plenitude, os direitos fundamentais. Exatamente por esse motivo que o Estado tem diante de si uma obrigação bifronte, consistente em atribuir aos cidadãos garantias suficientes à proteção de seus direitos e, ao mesmo tempo, zelar para que as violações aos bens jurídicos desses mesmos cidadãos sejam reprimidas de modo eficiente. Nesse sentido, ganham destaque os direitos das vítimas no processo penal, sobretudo o direito à participação, o direito de ser ouvida, o direito à consulta ou à assistência jurídica, à proteção e ao sigilo, bem assim o de ser devidamente protegida pelo Estado, à luz do Programa de Proteção às Vítimas e Testemunhas (Provita), advindo da Lei nº 9.807/1999.

Certo é que investigar o alcance e a aplicação da proibição da proteção deficiente, no âmbito da concepção de um garantismo pleno, não significa propor um recrudescimento simplista da intervenção punitiva, muito menos uma apologia ao totalitarismo penal, mas traçar um horizonte que permita uma resposta penal adequada para a crescente criminalidade, sobretudo diante das obrigações positivas do Estado em matéria penal, que tem como foco um olhar atento de proteção às vítimas. O que pretendem as obrigações positivas do Estado em matéria penal é senão reconhecer o dever convencional de os órgãos de controle estatal implementarem uma investigação adequada e efetiva, voltada ao esclarecimento dos fatos e seus autores.¹²

O princípio da proporcionalidade deve ser aplicado, conforme recomendado pela hermenêutica constitucional, tanto em sua face de proibição de excesso como no reverso na proibição de insuficiência. Nesse sentido, a proporcionalidade na conduta do Estado há de ser utilizada não apenas para impedir medidas gravosas e evitáveis, senão também para proibir uma proteção deficiente dos direitos humanos das vítimas. Em outras palavras, a proporcionalidade deve atuar tanto para evitar medidas gravosas e evitáveis por parte do Estado (proibição de excesso, *Übermaßverbot*) quanto para proibir a proteção

¹² V. FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. As obrigações processuais penais positivas segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos, cit., p. 38-40.

subdimensionada (ou insuficiente, *Untermaßverbot*) dos órgãos do Estado que atuam na persecução penal.¹³

Conter os excessos e arbítrios do Estado em face do indivíduo nem de longe se contrapõe à ideia de intervenção penal necessária, a qual tenha a capacidade efetiva de acautelar a sociedade. Quando se enfrenta de forma eficiente a debilidade de tutela penal, principalmente no que se refere aos bens jurídicos difusos, é necessária uma resposta penal diferenciada, que atenda aos anseios da sociedade no combate à criminalidade. Nesse sentido, a não compatibilização da proteção individual com a proteção coletiva traz consequências à própria finalidade do Estado, que é assegurar o convívio de forma tolerável e evitar, no caso das organizações criminosas, uma afronta à própria democracia. Daí se afirmar que um direito penal de intervenção mínima não se contrapõe conceitualmente a um direito penal de intervenção minimamente (constitucionalmente) necessária.¹⁴

A propósito, Ingo Sarlet destaca que a proporcionalidade na vertente da proibição de excesso acabou por se transformar num dos pilares do Estado Democrático de Direito e da correspondente concepção garantista do direito, consignando que a proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que vinculada, igualmente, a um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra os direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que tange aos desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal¹⁵.

¹³ Nesse sentido, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 81, 2005, p. 325-386; GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 57; FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. *As obrigações processuais penais positivas segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*, cit., p. 38-40; REZENDE, Guilherme Carneiro de. *O direito humano da vítima a um processo penal eficiente*, cit., p. p. 117; e OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. *Processo penal convencional e fundamentos das obrigações positivas do Estado em matéria penal*, cit., p. 60-66.

¹⁴ V. FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005, p. 213.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 47, mar. 2004, p. 63-64.

É certo que o direito penal tem o dever de evitar excessos, pois está vinculado a princípios constitucionais e internacionais que limitam a sua incidência. Contudo, é premente compreender que o direito penal deve também tutelar bens jurídicos com densidade social e reafirmar a sua autoridade perante a sociedade, daí surgindo o imperativo de proteção com a consequente necessidade de uma resposta proporcional e adequada por parte do Estado em caso de violações de direitos de qualquer índole. Certo é que a legitimação da intervenção penal – seja vinculando o legislador à criação de tipos penais ou o Poder Judiciário na aplicação de uma pena suficiente e adequada – é corolário da proibição da proteção deficiente dos direitos humanos das vítimas da criminalidade.

Por tal motivo é que o Tribunal Constitucional alemão tem reafirmado, em numerosas decisões, que os direitos fundamentais, como direitos objetivos, não se limitam à obrigação do Estado de não permitir a intromissão nos bens e liberdades dos cidadãos constitucionalmente protegidos como direitos fundamentais (*segurança frente ao Estado*), conotando também a obrigação de proteger tais bens e liberdades de ataques provenientes de outros cidadãos (*segurança por meio do Estado*).¹⁶

Para bem compreender a proibição de proteção deficiente às vítimas, contudo, deve-se entender como os princípios da justiça e do equilíbrio influenciam o processo penal atual (item 2.1.1.) e qual o marco interpretativo do STF relativo ao tema (item 2.1.2).

2.1.1. Processo penal justo e equilíbrio de proteção

Não há dúvidas de que o Estado deve assumir, por meio de seu sistema de justiça criminal, um regime jurídico que assegure instrumentos que possibilitem uma investigação efetiva, por meio da qual se processe e se puna os violadores de direitos humanos e fundamentais. Nesse sentido, o processo penal justo deve contar com uma pauta clara que compatibilize a eficiência da persecução penal com o cumprimento das obrigações processuais positivas e as garantias clássicas do autor do fato delituoso. Não há como criar uma polarização irracional entre a eficiência do processo e as garantias constitucionais do acusado, dado que uma (a eficiência processual) é condição de procedibilidade das outras (as garantias constitucionais do acusado).

¹⁶ STERNBERG-LIEBEN, Detlev. Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal. In: HEFENDEHL, Holand (Ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 105-106.

O processo penal contemporâneo deve curvar-se ao cumprimento de pautas que permitam o esclarecimento da verdade sobre o delito e assegurem o justo processo convencional, conformando-se às garantias constitucionais e internacionais a ele destinadas. Somente assim o elemento da “justiça” estará interligado com o elemento “equilíbrio” no que tange à proteção dos direitos dos acusados e das vítimas, especialmente garantindo a essas últimas respostas adequadas ao mal contra elas praticado.

A constitucionalização do processo penal, somada à convencionalidade dos princípios processuais de justiça, exige significativas mudanças dos intérpretes e operadores do direito nos dias atuais. À luz das obrigações processuais positivas em matéria criminal, impõe-se a busca por investigações aprofundadas e efetivas, céleres e diligentes, no curso da persecução penal, de modo a assegurar um processo penal justo e convencional que garanta o equilíbrio da proteção dos direitos e deveres dos envolvidos. Portanto, o equilíbrio democrático no processo contempla a necessidade de dotar o sistema processual de efetividade com a garantia da duração razoável do processo, esclarecendo os fatos e buscando a verdade processual, que deve ser argumentada com a técnica da prova, para o fim de tutelar, sobretudo, os direitos humanos das vítimas de crimes.

O Brasil vem sendo condenado de forma reiterada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos não pelo excesso, mas por discriminação no acesso à Justiça, por não investigar, julgar e punir exemplarmente os que perpetram violações a direitos humanos das vítimas ou de seus familiares, descumprindo o dever – assumido internacionalmente perante o sistema interamericano de direitos humanos – de esclarecer os fatos lesivos aos interesses das vítimas, materializando um cenário de completa impunidade, com a repetição crônica das violações desses direitos, em total desproteção das vítimas de delitos.

A relação entre processo penal justo e equilíbrio de proteção já se fez sentir na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), que merece ser compreendida, especialmente por se tratar de proteção jurídica a direito de vulnerável.

2.1.2. Proibição da proteção deficiente na jurisprudência do STF

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 418.376/MS, o STF aplicou, pela primeira vez, o princípio da proibição da proteção deficiente em matéria penal, em caso

envolvendo a pretensão de extinção de punibilidade de agente condenado por atentado violento ao pudor praticado contra uma menina de nove anos, de quem abusara por quatro anos e que, aos doze, engravidou, iniciando com o seu agressor uma convivência em união estável.¹⁷

O relator, Ministro Marco Aurélio, votou pela extinção de punibilidade do agente. Toda a discussão gravitava em torno da aplicação da extinção da punibilidade prevista no do art. 107, inc. VIII, do Código Penal – posteriormente revogado pela Lei nº 11.106/05 – relativa aos crimes sexuais (estupro e atentado violento ao pudor) na hipótese de casamento da vítima com o acusado. Em razão do dispositivo constitucional preconizado pelo art. 226, § 3º, que reconheceu a união estável como entidade familiar e facilitou sua conversão em casamento, o réu buscava a extensão do beneplácito da lei, em razão de supostamente conviver em união estável com a vítima.

Entre os Ministros houve severa divergência e se formaram três posicionamentos: a) o primeiro acolhia a tese sustentada pelo acusado e asseverava que o dispositivo deveria ser aplicado por interpretação analógica, dando-lhe, por conseguinte, eficácia; b) o segundo posicionamento entendeu que as particularidades do caso concreto (estupro presumido de uma menina de nove anos de idade) impediam a concessão do dispositivo, não podendo se estender o conceito de casamento para os casos da união estável; e c) a terceira posição, firmada em voto condutor do Ministro Gilmar Mendes, não acolheu o recurso manejado, sob o argumento de violação do princípio da proporcionalidade, na vertente da proibição da proteção deficiente dos direitos fundamentais.

A decisão do STF neste caso representou um avanço significativo relativo à aplicação do princípio da vedação da proteção deficiente às vítimas, por realizar, na hipótese concreta, um coerente juízo de ponderação em que se analisa a magnitude da lesão e a necessidade de proteção de um direito fundamental coletivo, com enfoque social. Esse novo paradigma se implementa no Brasil à luz, também, dos princípios internacionais relativos à matéria, sobretudo no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos e de suas decisões relativamente ao nosso país.¹⁸

¹⁷ STF, RE 418.376/MS, Tribunal Pleno, Rel. p/Ac. Min. Joaquim Barbosa, julg. 09.02.2006, DJ 23.03.2007.

¹⁸ Cf. casos *Ximenes Lopes* (2006), *Sétimo Garibaldi* (2009), *Escher e Outros* (2009), *Gomes Lund e Outros* (2010), *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde* (2016), *Favela Nova Brasília* (2017), *Povo Indígena Xucuru e seus Membros* (2018), *Herzog* (2018), *Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus* (2020), *Márcia Barbosa de Souza e Outros* (2021) e *Sales Pimenta* (2022).

No entanto, a aplicação do referido princípio é necessária com a exaltação de valores como justiça e segurança pública, de forma a não deixar sem proteção outros bens de grande importância para o corpo social. Portanto, a densidade e a relevância do bem jurídico é que determinam a necessidade de proteção, dado que a proibição da proteção deficiente é um instrumento de materialização da dignidade da pessoa humana de índole social, pois, havendo uma insuficiência de proteção aos valores mais caros de uma sociedade, vulneram-se os direitos fundamentais em seu viés coletivo. Por outro lado, havendo uma efetiva tutela do que é digno de proteção, dá-se concretude a uma garantia universal, que é a dignidade da pessoa humana.

2.2. Dever de proteção aos direitos das vítimas à luz das obrigações processuais positivas

Com o advento da técnica do controle de convencionalidade, o tema afeto aos direitos das vítimas à luz das obrigações processuais positivas passou a receber a importância necessária no cenário dos deveres de proteção do Estado, buscando nos instrumentos internacionais de direitos humanos – bem assim na jurisprudência das cortes internacionais respectivas – elementos capazes de reafirmar os direitos dos que sofreram violações de direitos humanos, visando dar melhor efetividade ao processo penal interno, com a punição dos responsáveis pela prática de crimes, notadamente de condutas que causam a ruptura do tecido social.

Cite-se, nesse sentido, o art. 1º, § 1º, da Convenção Americana, segundo o qual os Estados-partes à 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”, complementando, no art. 2º, que se “o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1º ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, *as medidas legislativas ou de outra natureza que forem*

necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”.¹⁹ No mesmo sentido – agora no âmbito do sistema global de proteção – está a redação do art. 2º, § 1º, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, segundo o qual os Estados-partes “comprometem-se a *respeitar e a garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra condição*”, complementando o § 2º da mesma disposição que “na ausência de medidas legislativas ou de outra natureza destinadas a tornar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto, os Estados Partes do presente Pacto *comprometem-se a tomar as providências necessárias com vistas a adotá-las, levando em consideração seus respectivos procedimentos constitucionais e as disposições do presente Pacto*”.

A partir dessa compreensão, busca-se uma sintonia do sistema normativo interno com os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, sobretudo à luz das inúmeras condenações internacionais de Estados que não garantem efetividade interna aos direitos humanos das vítimas, motivo pelo qual têm sido reiteradamente condenados internacionalmente, quer à custa da inação completa na obrigação positiva de proteção, ou em razão da proteção deficiente dos direitos humanos das vítimas, a partir do manejo de um processo penal inconveniente e inapto a garantir e preservar os padrões internacionais mínimos relativos à matéria. As inconveniências ocorridas na órbita processual penal são as responsáveis pela ineficiência punitiva dos que cometem violações a direitos humanos, fugindo ao padrão (*standard*) internacional de reprimenda à criminalidade.

A compreensão do presente tema há de passar pela análise da relação entre política criminal e proteção dos direitos humanos das vítimas (item 2.2.1) e da irradiação de efeitos das obrigações positivas no sistema processual penal (item 2.2.2).

¹⁹ Sobre esses dispositivos, v. PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 11-25.

2.2.1. Política criminal e proteção dos direitos humanos das vítimas

A forma de Estado é fundamental para a estruturação do direito penal com a delimitação e o estabelecimento de marcos políticos e jurídicos para sua formatação, pois em um Estado Democrático de Direito o sistema penal é instrumento hábil a produzir o desejado equilíbrio nas relações sociais, com respostas penais efetivas e proporcionais, com uma política criminal eficiente, que não permita o excesso, mas que também não seja insuficiente no que se refere à proteção dos direitos humanos das vítimas.

Nesse sentido, necessário se faz o desenvolvimento de uma política criminal que assegure a proteção dos direitos humanos das vítimas, com irradiação de seus efeitos a todos os Poderes e instituições de Estado. Assim, o Legislativo terá por missão a elaboração de um arcabouço normativo que garanta a proteção das vítimas, dotando a persecução penal de efetividade, sobretudo à luz dos padrões (*standards*) interamericanos relativos à matéria, nos termos da jurisprudência constante da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O Poder Executivo deverá investir em políticas públicas de segurança pública, com capacitação e treinamento dos integrantes das corporações policiais, além de implementar um sistema de inteligência com troca permanente de informações entre as instituições envolvidas no sistema de justiça, criando núcleos de atendimento às vítimas de crime, aprimorando programas de proteção a testemunhas e vítimas, além de fomentar uma cultura de paz. Esse desiderato passa, não há dúvidas, pela necessidade de patrulhamento policial ostensivo e controle de armas de fogo e drogas no país, com a contrapartida da valorização eficiente da atividade policial, em termos operacionais e remuneratórios, com garantias de condições melhores de trabalho.²⁰

Já o Poder Judiciário, dentro de sua missão convencional e constitucional de entregar justiça, deverá estabelecer uma política institucional planejada e estratégica, por meio da qual logre ser instrumento de garantia dos direitos humanos das vítimas, valendo-se, para tanto, de todas as tecnologias existentes e de bancos de dados que permitam realizar diagnósticos e previsões detalhados sobre esses assuntos, permitindo também o investimento em varas de crimes dolosos contra a vida, crimes contra a dignidade sexual,

²⁰ Cf. RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. Dos direitos humanos da vítima de violência e a responsabilidade do Estado, cit., p. 128.

violência contra crianças, adolescentes e idosos, além de crimes perpetrados por organizações criminosas, milícias e grupos de extermínio.

Por sua vez, o Ministério Público, como instituição que exerce parcela da soberania do Estado na missão de fiscalizar a higidez da ordem jurídica, caberá sistematizar um modelo de atuação funcional que contemple um mínimo de unidade institucional, unidade na elaboração de teses, com a eleição de prioridades, atuando em modelo de agência, com cooperação, coordenação e integração entre os seus órgãos de execução, com foco na defesa dos direitos humanos das vítimas, com a otimização de sua atuação na esfera criminal.

Portanto, a atuação do Estado não pode ser resumida à mera abstenção de agir, devendo também ser estendida à prática de condutas positivas, para fins de resguardar a sociedade e proteger os direitos humanos e fundamentais de todos os cidadãos, dentro das diretrizes do princípio da proporcionalidade. A partir do momento em que há o rompimento da paz social, por meio da prática delitiva, o Estado deve punir o infrator ao mesmo tempo que oferece aparato para quem sofreu a violação, sob pena de afronta ao princípio da proibição da proteção deficiente ou insuficiente.

2.2.2. Irradiação de efeitos das obrigações positivas no sistema processual penal

Não há como se conceber uma pauta de direitos humanos unicamente direcionada a quem violou a norma penal e, via de consequência, cometeu um ilícito penal. Opiniões como a de que “o Direito Penal nada deve à vítima”²¹ são sintomáticas da completa falta de compreensão de como se insere o Brasil no cenário internacional de proteção dos direitos humanos, cuja irradiação de efeitos deve se fazer sentir nas obrigações positivas do Estado no sistema processual penal interno.

O fato de a vítima não ser parte da ação penal – dado que a reprimenda do crime é relação que se estabelece entre o Estado-acusador e o acusado – não corta sua relação com o processo penal, nem a afasta das garantias que lhe são asseguradas interna e internacionalmente. Como exemplo, nos termos do art. 201 e seus parágrafos do Código de Processo Penal, as vítimas contam com as prerrogativas de ser comunicadas dos atos processuais, de ficarem em espaço separado antes do início da audiência e durante a sua

²¹ CARVALHO, Amilton Bueno de. *Direito penal a marteladas...*, cit., p. 49.

realização, bem assim de, conforme o caso, receberem atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, às expensas do ofensor ou do Estado, sem contar com o direito de (no âmbito cível) ser indenizada pelo autor do ato criminoso, caso este seja condenado pelo crime.

Portanto, é necessário ampliar os horizontes e compreender que as obrigações processuais positivas impõem um olhar que contemple um *equilíbrio* de proteção, segundo o qual o Estado tem o dever de investigar de forma eficiente a autoria de um crime, dotando de efetividade o processo e a persecução penal, com uma resposta penal adequada e em um prazo razoável.

A duração razoável do processo constitui direito fundamental de todo cidadão, tanto no plano interno, conforme preconizado pela Constituição Federal, no art. 5º, LXVIII, quanto no plano internacional, nos termos do art. 8º, § 1º, da Convenção Americana de Direitos Humanos, certo de que a prestação jurisdicional eficiente em um tempo razoável são obrigações assumidas pelo Estado brasileiro e que devem ser implementadas pelo sistema pátrio de justiça.

Em razão de o Brasil ter ratificado e internalizado tratados protetivos de direitos humanos das vítimas, o reconhecimento das obrigações positivas tem incidência obrigatória entre nós, sob pena de advirem novas condenações do Estado brasileiro perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Nessa perspectiva, o processo penal passa a ser um instrumento de tutela das vítimas, com mecanismos processuais que assegurem o esclarecimento dos fatos e a punição dos responsáveis.

Não se pode esquecer, nesse sentido, da disposição art. 1º, I, do Código de Processo Penal, que emblematicamente dispõe que a regência do processo penal em todo o território brasileiro dá-se por este Código, mas ressalvando-se “os tratados, as convenções e regras de direito internacional”. Se o Código “ressalva” os tratados, as convenções e regras de direito internacional na aplicação do processo penal é porque tais normas, evidentemente, estão *acima* dele, pelo que a disposição reconhece o respeito que o Código deve ter para com as normas internacionais em matéria processual penal.

No entanto, frise-se que essa postura de salvaguarda dos direitos das vítimas e cumprimento das obrigações processuais penais positivas por parte do Estado exige um avanço e o aprimoramento de técnicas de investigação, de capacitação dos envolvidos na persecução penal e do resgate da confiança nas instituições que fazem parte do sistema pátrio de justiça criminal, sem se olvidar das garantias e melhorias das condições de trabalho e remuneração das forças de segurança pública.

Para se alcançar uma sociedade justa e igualitária, que prima pela observância dos direitos humanos e fundamentais, é primordial que a criminalidade não seja sinônimo de impunidade. Seguramente, a ineficiência do ordenamento jurídico viola os comandos internacionais de proteção dos direitos humanos. Nesse sentido, a tarefa de controlar e aferir a convencionalidade desses dispositivos é de todos os órgãos do Estado vinculados à administração da Justiça, sendo primordial que se instale uma cultura voltada ao conhecimento das normas internacionais e das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, notadamente aquelas que responsabilizam o Estado brasileiro por graves violações de direitos humanos.

É necessário, portanto, ter a clareza de que uma atuação coordenada e integrada das instituições de Estado, somada ao cumprimento dos imperativos emanados do arcabouço de normas internacionais – que exigem um equilíbrio de proteção derivado do cumprimento das obrigações processuais positivas em matéria processual penal – evitará que o Estado brasileiro sofra novas condenações na Corte Interamericana de Direitos Humanos por violações a direitos humanos. Tal proposição representa não uma faculdade, senão um imperativo de tutela e salvaguarda dos direitos humanos das vítimas no direito brasileiro atual.

3. CENTRALIDADE DAS VÍTIMAS NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

As vítimas e seus familiares comportam, no sistema interamericano de direitos humanos, uma posição *central* direcionada à salvaguarda de seus direitos internacionalmente reconhecidos. Essa centralidade, desenhada pela jurisprudência constante da Corte Interamericana de Direitos Humanos, é sobremaneira importante para que uma (re)compreensão do processo penal seja levada a cabo nos Estados-partes à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Ainda que a relação processual penal não se estabeleça *com* a vítima, permanecendo entre o Estado-acusador e o acusado, certo é que o ofendido pela prática criminosa tem o direito de receber do Estado uma adequada resposta (justa punição) ao mal causado pelo crime, transportando-se esse mesmo direito aos seus familiares nos casos em que a gravidade do crime foi tal que tirou a vida da vítima.

É alentador perceber que o direito internacional dos direitos humanos tem logrado, ao longo dos anos, proteger as vítimas da criminalidade com enfoque central e imediato

contra qualquer espécie de desprestígio que possam vir a sofrer com um processo penal desequilibrado ou injusto. Muitas vezes, durante o processo penal, há falhas e inconveniências que são, *ipso facto*, percebidas e detectadas pelas instâncias internacionais de proteção dos direitos humanos, como a Comissão e a Corte Interamericanas de Direitos Humanos. Quando tal ocorre, o direito internacional dos direitos humanos, por meio de uma reprimenda internacional, aciona o Estado faltoso para que cumpra, no plano do direito interno, com a sua obrigação convencional. Esse reflexo, sentido no plano internacional, tem se impregnado no direito interno dos Estados nos últimos anos, tornando o processo penal instrumento *bifronte* de proteção, tanto (i) de acusados, com todas as garantias que a Constituição e os tratados de direitos humanos lhe asseguram, como (ii) das vítimas das violações de direitos humanos, que são aquelas contra as quais a prática criminosa se direcionou, as quais, em sua centralidade perante o sistema, devem receber do Estado a resposta eficaz contra o mal a elas perpetrado.

Uma compreensão de como tal centralidade se comporta em nosso entorno geográfico deve ser levada a cabo juntamente à análise de como a jurisprudência do tribunal interamericano ilumina os sistemas processuais penais dos Estados-partes à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Portanto, a centralidade das vítimas no processo penal há de ser estudada tanto à luz das garantias postas aos cidadãos no sistema interamericano de direitos humanos (item 3.1) quanto sob a ótica da punição enquanto *standard* de direitos humanos contemporâneo (item 3.2).

3.1. Garantias dos direitos humanos das vítimas no sistema interamericano

As vítimas de violações a direitos humanos guardam, já se verificou, posição central no sistema interamericano de direitos humanos, conquistada através do tempo com o desenvolvimento da jurisprudência hoje sólida da Corte Interamericana de Direitos Humanos relativamente à matéria. No sistema interamericano, a compreensão firme e sólida a respeito dos direitos humanos das vítimas é no sentido de responsabilizar os Estados que não investigam e não punem exemplarmente, em prazo razoável, aqueles que comprovadamente cometeram ilícitos penais, deixando as vítimas ou seus familiares ao desamparo da ordem jurídica estatal e das instituições e órgãos de controle do Estado.

As inconveniências ocorridas durante o processo penal são a causa constante de condenações de Estados-partes perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja jurisprudência aponta para a responsabilização estatal quando ausente a devida

diligência das instituições de Estado para a salvaguarda dos direitos de vítimas e seus familiares, quer pela falta de investigação e devido julgamento dos acusados, quer pela demora excessiva em dar o Estado resposta às vítimas ou seus familiares sobre a investigação, julgamento e punição relativamente à prática criminosa.

A compreensão dos direitos humanos das vítimas, portanto, deve passar pelo conhecimento da jurisprudência consolidada da Corte Interamericana de Direitos Humanos (item 3.1.1) e da formação do *corpus juris* protetivo dos direitos humanos das vítimas no sistema interamericano (item 3.1.2).

3.1.1. Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre os direitos humanos das vítimas

A necessidade de proteção dos direitos humanos das vítimas da criminalidade é ponto pacificado na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, notadamente nos casos julgados contra o Brasil. Não é aqui, no entanto, o local apropriado para uma análise detalhada de *toda* a jurisprudência da Corte Interamericana relativamente às inconveniências na persecução penal e garantias dos direitos humanos das vítimas.²² Neste ponto, o que se irá analisar são as condenações da Corte Interamericana dirigidas exclusivamente ao Brasil, em razão de inconveniências na persecução penal e consequente desamparo das vítimas no âmbito do Estado, em violação às obrigações processuais penais positivas.

Frise-se, inicialmente, que o Estado brasileiro já foi internacionalmente condenado pela Corte Interamericana em mais de dez casos envolvendo violação de direitos humanos atualmente, a iniciar pelo caso *Ximenes Lopes*, julgado pelo tribunal interamericano em julho de 2006. A partir daí, sobrevieram as condenações nos casos *Sétimo Garibaldi* (setembro de 2009), *Escher e Outros* (novembro de 2009), *Gomes Lund e Outros* (novembro de 2010), *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde* (outubro de 2016), *Favela Nova Brasília* (fevereiro de 2017), *Povo Indígena Xucuru e seus Membros* (fevereiro de 2018), *Herzog* (março de 2018), *Fábrica de Fogos de Santo Antônio de*

²² Para uma análise de todos esses casos, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos humanos na jurisprudência internacional: sentenças, opiniões consultivas, decisões e relatórios internacionais*. São Paulo: Método, 2019.

Jesus (outubro de 2020), *Márcia Barbosa de Souza e Outros* (setembro de 2021) e *Sales Pimenta* (junho de 2022).

À exceção do caso *Povo Indígena Xucuru e seus Membros* (2018), verifica-se que *todas* as demais condenações internacionais contra o Brasil ocorreram em razão da *inação* do Estado na tomada de medidas eficazes para reprimir delitos ou proteger pessoas, gerando impunidade e, conseqüentemente, violações a direitos humanos de homens e mulheres.

A primeira condenação do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos sobreveio no caso *Ximenes Lopes*, julgado em 2006, decorrente do não cumprimento pelo Estado das obrigações positivas em matéria penal. Nesse caso, a Corte reconheceu que os familiares de vítimas de violações de direitos humanos têm o direito a um recurso efetivo e que o conhecimento da verdade dos fatos em violações de direitos humanos é um direito inalienável e um meio importante de reparação para a suposta vítima e, quando cabível, para seus familiares, além de constituir uma forma de esclarecimento fundamental para que a sociedade possa desenvolver mecanismos próprios de desaprovação e prevenção de violações como essas no futuro.²³

Da mesma forma, ao julgar o caso *Sétimo Garibaldi vs. Brasil* – em que a Comissão Interamericana pleiteava a condenação do Brasil pelo descumprimento da obrigação de punir e investigar o homicídio do Sr. Sétimo Garibaldi ocorrido durante operação extrajudicial de despejo de famílias de trabalhadores sem-terra em área rural do Estado do Paraná – a Corte Interamericana reconheceu que o Brasil violou o dever de respeitar os direitos previstos na Convenção Americana (art. 1º, 1), as garantias judiciais (art. 8º, 1) e o direito à proteção judicial (art. 25, 1).²⁴ Para citar apenas esse caso, a Corte Interamericana reconheceu a obrigação do Brasil de *investigar* os atos violadores dos direitos reconhecidos pela Convenção Americana, procurando o restabelecimento, quando possível, do direito infringido ou a reparação de danos, destacando o papel da vítima e de seus familiares na persecução penal pela morte do Sr. Sétimo Garibaldi, contando com possibilidades de atuar no processo não somente em busca da sanção do responsável, mas também visando uma devida reparação.

²³ Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 4 de julho de 2006, Série C, nº 149, § 245.

²⁴ Corte IDH, *Caso Sétimo Garibaldi vs. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 23 de setembro de 2009, Série C, nº 203, § 204 (itens 3 e 4).

Não obstante as condenações do Brasil no sistema interamericano, o que se verifica é que o Estado brasileiro insiste no desrespeito às decisões internacionais, o que ocorreu, v.g., tanto no caso *Ximenes Lopes* quanto no caso *Sétimo Garibaldi*, tendo o Brasil reconhecido a prescrição da pretensão punitiva no primeiro caso e obstaculizado o prosseguimento das investigações internas, no segundo.²⁵

Em todos os outros casos envolvendo o Brasil a solução da Corte Interamericana foi a mesma, reconhecendo inconveniências na persecução penal e a consequente responsabilidade do Estado brasileiro por violação a direitos humanos. Não se faz necessário transcrever todas as condenações brasileiras perante o sistema interamericano de direitos humanos para compreender que a jurisprudência constante da Corte Interamericana visa proteger os direitos das vítimas da criminalidade, atribuindo-lhes uma centralidade nas relações internacionais a envolver o tema direitos humanos.

Em suma, aqui não impendem digressões maiores sobre as condenações da Corte Interamericana contra o Brasil. Bastou verificar, neste ponto, que a jurisprudência consolidada da Corte Interamericana inadmite por completo omissões estatais e inconveniências na persecução penal que atinjam os direitos humanos das vítimas ou de seus familiares, razão pela qual há um *dever* de conformação do Estado aos ditames estabelecidos por aquele tribunal internacional de direitos humanos no que tange à matéria, em especial à luz das obrigações processuais penais positivas do Estado.

3.1.2. Formação do corpus juris vinculante protetivo dos direitos humanos das vítimas no sistema interamericano

À medida que a jurisprudência do sistema interamericano tem avançado na proteção dos direitos humanos das vítimas, tem sido possível perceber a formação de um *corpus juris* vinculante de proteção dessa categoria de pessoas em nosso entorno geográfico, isto é, no continente americano. A razão de ser dessa constatação advém do reconhecimento, por muitos Estados interamericanos, dentre eles o Brasil, da competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O Brasil

²⁵ V. REZENDE, Guilherme Carneiro de. O direito humano da vítima a um processo penal eficiente, cit., p. 122.

reconheceu tal competência do tribunal internacional em 1998, por meio do Decreto Legislativo nº 89.

O reconhecimento pelo Estado da competência contenciosa do tribunal interamericano impõe à respectiva soberania o dever de observar e fielmente executar os comandos decisórios da Corte Interamericana, nos termos do art. 68, § 1º, da Convenção Americana, segundo o qual “os Estados-partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes”.²⁶ Tal faz com que as decisões da Corte Interamericana sejam *vinculantes* aos Estados-partes na Convenção, incorporando a jurisprudência constante do tribunal interamericano no âmbito de cada soberania, notadamente em relação aos casos em que forem partes.

Daí a conclusão de que todos os casos já julgados contra o Brasil *integram* o direito brasileiro com caráter vinculante, ampliando os meios internos de proteção e salvaguarda dos direitos humanos das vítimas, bem assim direcionando (para o futuro) a jurisprudência nacional sobre o tema. Nesse sentido, as decisões pátrias – inclusive do Supremo Tribunal Federal – deverão pautar-se pelo estabelecido nos julgamentos da Corte Interamericana relativos ao Brasil, sob pena de inconveniência superveniente e, como consequência, de responsabilização do Estado no plano internacional.

Essa conclusão, sobretudo no processo penal, é livre de dúvidas e demarca o entendimento de que o sistema interamericano de direitos humanos não consente com a aplicação de normas processuais que viabilizem situações de impunidade desvirtuadas de sua genuína finalidade, concedendo, *v.g.*, benefícios inadequados (inconvenientes, portanto) a agentes criminosos sem a devida proporcionalidade à dignidade das vítimas ou seus familiares.²⁷

Todos os precedentes da Corte Interamericana, notadamente nas ações contra o Brasil, são *vinculativos* a título de precedentes convencionais, cujo cumprimento não resta facultativo do Estado por qualquer maneira. Assim, as obrigações positivas do Estado em matéria penal compõem o *corpus juris* de proteção dos direitos humanos das vítimas ou seus familiares, sendo inafastável a título obrigacional. Tal direciona o processo penal contemporâneo à iluminação das garantias internacionais de proteção dos

²⁶ Sobre o dispositivo, *v.* PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, cit., p. 356 e ss.

²⁷ Cf. OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. *Processo penal convencional e fundamentos das obrigações positivas do Estado em matéria penal*, cit., p. 230.

direitos humanos, perfazendo interessante (e necessária) interação entre a ordem internacional e a interna no intento de proteger os direitos humanos das vítimas.

Nesse sentido, destaque-se que tanto o Conselho Nacional de Justiça – CNJ quanto o Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP contam, hoje, com Recomendações que encorajam juízes e membros do Ministério Público de todo o Brasil a aplicarem os tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil é parte e a jurisprudência vinculante da Corte Interamericana de Direitos Humanos, para o fim de realizarem o devido controle de convencionalidade das leis.²⁸ Além do mais, especialmente o CNJ tem buscado uma interlocução cada vez mais constante com os órgãos do sistema interamericano de direitos humanos, demonstrando a sua preocupação em que seja seguida pelo Judiciário brasileiro as normativas e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.²⁹

Todo esse *corpus juris* vinculante protetivo dos direitos humanos deve ser levado em conta pelos Estados-partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, à luz das responsabilidades que assumiram quando ratificaram esse instrumento internacional e aceitaram a competência contenciosa do tribunal interamericano, notadamente no que tange às obrigações processuais penais positivas em matéria de direitos humanos, sem as quais a proteção que o Estado confere às vítimas torna-se insuficiente.

3.2. Punição como *standard* de direitos humanos e novo marco civilizatório

Por tudo o que já se viu até aqui, resta claro que há um papel do Estado de agente controlador da criminalidade, atuando por meio dos seus órgãos de controle. Tais obrigações são *positivas* e devem ser implementadas a contento no âmbito da jurisdição interna para que o Estado não seja internacionalmente responsabilizado. A jurisprudência das cortes internacionais de direitos humanos (Corte Europeia e Corte Interamericana de Direitos Humanos) é firme no sentido de que a persecução penal adequada voltada à busca

²⁸ Recomendação nº 123/2022 do CNJ e Recomendação nº 96/2023 do CNMP. Ambas as recomendações são fruto de proposta apresentada ao CNJ e ao CNMP pelo Prof. Valerio Mazzuoli, depois encaminhadas à relatoria respectiva e, ao final, aprovadas por unanimidade.

²⁹ CNJ, Declaração de Intenções – Colaboração entre o Conselho Nacional de Justiça e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 10.02.2015.

da verdade, da identificação e conseqüente punição dos responsáveis pela prática criminosa é uma garantia da proteção adequada aos direitos humanos.³⁰

Esse paradigma corrente dos sistemas regionais de direitos humanos – em especial, do europeu e do interamericano – reflete a necessidade de cumprimento pelos Estados das obrigações processuais penais positivas, à luz do princípio da vedação da proteção deficiente dos direitos das vítimas ou seus familiares. Tal induz ao correto raciocínio de que punir é um *standard* inafastável da estrutura contemporânea de proteção e promoção dos direitos humanos, tanto das Nações Unidas quanto dos sistemas regionais de proteção, dotados de tribunais especializados (Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos). A consequência lógica dessa constatação é projeção que se faz para o futuro em termos de paradigma civilizatório, dado que as atividades dos Estados na persecução penal adequada ao devido processo convencional representam avanço civilizatório indubitável.

Nesse sentido, necessário verificar o porquê de a punição da criminalidade ser um *standard* de direitos humanos (item 3.2.1.) e a necessidade de vir à luz um novo paradigma civilizatório de proteção dos direitos humanos das vítimas (item 3.2.2).

3.2.1. Punição da criminalidade como padrão (standard) internacional de direitos humanos

Sob o prisma das obrigações processuais penais positivas, os Estados devem concretizar os deveres de adotar efetivas medidas de prevenção de ofensas a direitos fundamentais e humanos, de modo a evitar a proteção deficiente dos direitos das vítimas. Trata-se de dever ligado aos princípios de proteção constitucional e internacional em matéria de direitos fundamentais e humanos, sem o que há distorção do real papel do Estado relativamente ao combate à criminalidade. Assim, nas hipóteses em que as lesões a direitos humanos se consumam, devem os Estados adotar providências efetivas de plena investigação e punição dos agentes criminosos responsáveis pela sua prática, além, quando possível, de reparação dos danos decorrentes dessas violações.

³⁰ FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. *As obrigações processuais penais positivas segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*, cit., p. 93-94.

Dessa relação dúplice de respeito e proteção estatais relativas a direitos humanos – *respeitar* os direitos, de um lado, e *proteger* as vítimas, de outro – emerge um novo paradigma para os sistemas de justiça criminal na ordem interamericana, representado pelo dever de defesa das vítimas de lesões criminosas a direitos humanos e fundamentais, bem como de punição penal efetiva e adequada dos agentes criminosos.

Nesse exato sentido, a Organização das Nações Unidas desenvolveu o conceito global de “vítimas da criminalidade”, entendendo tratar-se das “pessoas que, individual ou coletivamente tenham sofrido um prejuízo, nomeadamente um atentado à sua integridade física e um sofrimento de ordem moral, uma perda material, ou um grave atentado aos seus direitos fundamentais, como consequência de atos ou de omissões violadores das leis vigor num Estado membro, incluindo as que proíbem o abuso de poder”.³¹

Em nosso entorno geográfico, a jurisprudência da Corte Interamericana vem contribuindo sobremaneira para o resgate da vítima no direito penal e no processo penal, notadamente quando impõe aos Estados a obrigação de prevenir, investigar e punir os atos violadores a direitos humanos, asseverando que a vítima e seus familiares devem participar dos processos penais em todas as suas etapas, seja na investigação ou no julgamento dos responsáveis.

A propósito, no julgamento do caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1988) a Corte Interamericana deixou claro que é dever do Estado “investigar toda situação na qual tenham sido violados os direitos humanos protegidos pela Convenção”, complementando que “[s]e o aparato do Estado atua de modo que tal violação fique impune e não se restabeleça, enquanto seja possível, à vítima a plenitude de seus direitos, pode se afirmar que descumpriu o dever de garantir seu livre e pleno exercício às pessoas sujeitas à sua jurisdição”. Para a Corte Interamericana, assim, a obrigação de investigar “deve ter um sentido e ser assumida pelo Estado como um dever jurídico próprio e não como uma simples gestão de interesses particulares que dependa da iniciativa processual da vítima ou de seus familiares ou do aporte privado de elementos probatórios, sem que a autoridade pública procure efetivamente a verdade”.³²

³¹ ONU, Assembleia-Geral, *Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder*, Resolução nº 40/34, de 29.11.1985 (Anexo, A.1).

³² Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Mérito, sentença de 29 de julho de 1988, Série C, nº 04, §§ 176-177.

Se a investigação da conduta ilícita leva ao conhecimento da materialidade e da autoria do crime, a punição se impõe, nos termos da legislação interna e dos precedentes jurisprudenciais interamericanos. Tal punição depende de duas circunstâncias: primeiramente, da *criminalização* de condutas ofensivas aos direitos humanos, visando a sua dimensão objetiva, completamente desvinculada de quaisquer pretensões individuais; posteriormente, da necessidade de *previsão e efetividade* das normas de processo, sem as quais as regras de direito material não logram concretização.³³ Presentes tais circunstâncias, a reprimenda pelo cometimento de atos ilícitos deve ser perseguida pelo Estado, como obrigação (além de interna) assumida perante os tratados internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor, bem assim em respeito à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Portanto, punir representa um *standard* (é dizer, um *padrão* atual) de direitos humanos contemporâneos, fixado à base do corpo jurisprudencial das instâncias internacionais de proteção, em especial, neste entorno geográfico, advinda da Corte Interamericana de Direitos Humanos.³⁴ Não se trata de punitivismo internacional ou de ingerência arbitrária de organismos de monitoramento internacional no plano do nosso direito interno. Pensar diferentemente é desconhecer a jurisprudência pacificada das cortes regionais de direitos humanos e ter dos mecanismos de monitoramento internacional apenas uma notícia anedótica, de oitiva, que faz tábula rasa da realidade dos Estados e, sobretudo, das vítimas e de seus familiares.³⁵

3.2.2. Por um novo paradigma civilizatório de proteção de direitos humanos das vítimas

As reflexões levadas a cabo nos itens precedentes convergem para o entendimento de que as vítimas devem guardar posição *central* nos sistemas nacional e internacional de proteção de direitos, sobretudo no âmbito do direito processual penal, sem o que as garantias de direitos humanos previstas em tratados internacionais de que o Brasil é parte restam totalmente esvaziadas. Há obrigações internacionais assumidas pelo Estado, ao

³³ Cf. OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. Processo penal convencional e fundamentos das obrigações positivas do Estado em matéria penal, cit., p. 172.

³⁴ Cf. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa; OLIVEIRA, Kledson Dionysio. Controle de convencionalidade pelo Ministério Público, cit., p. 132.

³⁵ Cf. SOARES, Inês Virgínia Prado; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Um dia que dura décadas: Brasil não pune violações a direitos humanos. Consultor Jurídico, de 09.11.2020.

ratificar os tratados de direitos humanos respectivos, que não podem ser deixadas de lado no plano interno, pois tal é capaz de levar o Estado à responsabilização internacional, como já ocorreu relativamente ao Brasil várias vezes. Assim, há um *dever* jurídico e ético do Estado, assumido perante a sociedade internacional, de atuar positivamente para salvaguardar as vítimas e seus familiares relativamente a seus direitos violados.

A aceitação e compreensão de que as vítimas têm proeminência no processo penal contemporâneo é *conditio sine qua non* para que as soberanias nacionais possam livrar-se de condenações internacionais por violações a direitos humanos em cortes internacionais, em razão de inconveniências perpetradas na persecução penal. Tanto as investigações como os julgamentos e punições efetivas para os agentes da criminalidade são imperativos decorrentes de sólida jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos que não podem ser negligenciados pelos Estados, razão pela qual a efetiva persecução penal, com a consequente proteção dos direitos humanos das vítimas, é imperativo necessário sobretudo na ordem jurídica brasileira.

Quando tal compreensão se fizer efetiva, será possível alcançar um novo paradigma civilizatório de proteção de direitos humanos das vítimas em nosso entorno geográfico, capaz de levar em conta a sua centralidade e a necessidade de efetivação do processo penal voltado às garantias de seus direitos. Tal não conota esquecimento ou abandono dos direitos de acusados ou condenados, senão impõe que *também* as vítimas da criminalidade sejam amparadas pelas instituições de Estado – sobretudo o Ministério Público e o Poder Judiciário – em seu mister respectivo de defesa da ordem jurídica e de resolução de conflitos internos.

Essa plataforma emancipatória ainda não completamente consolidada será fundamental para a fixação de um novo marco normativo nacional que direcione às vítimas ou seus familiares o seu foco central, em consonância com os ditames internacionais de direitos humanos relativos à matéria.

Compreendeu-se, finalmente, que há obrigações positivas em matéria processual penal que devem ser cumpridas pelo Estado, à luz da jurisprudência interamericana de direitos humanos. Como consequência, compreendeu-se também que punir é um *standard* (é dizer, um *padrão*) de direitos humanos, reconhecido pela jurisprudência das cortes regionais de direitos humanos, em especial, em nosso entorno geográfico, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

4. CONCLUSÃO

Ao cabo desta exposição foi possível inferir que o direito brasileiro se encontra atualmente mais aberto à proteção dos direitos humanos das vítimas do que num passado próximo, à luz da influência direta da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos entre nós. Também foi possível aferir que punir é um *standard* do sistema interamericano de direitos humanos, que se torna imperativo ético ao direito brasileiro na salvaguarda dos direitos e garantias destinados às vítimas previstos tanto pelas normas internas quanto pelos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos de que o Brasil é parte.

As relações entre vítimas e processo penal e a compreensão de que este deve àquelas toda a reverência no direito brasileiro atual leva à necessidade de o Estado garantir às vítimas de violações a direitos humanos uma proteção eficiente aos seus direitos constitucional e internacionalmente consagrados. Ao tempo que o processo penal deve ser justo e equilibrado, contendo todo e qualquer tipo de excesso, há de zelar para que a proteção aos direitos das vítimas não seja deficiente no que tange à repressão, à violência e à desestabilização social ocasionada pela ação de organizações criminosas.

Há necessidade, portanto, de dotar o sistema de racionalidade, com equilíbrio de proteção, vedando-se o arbítrio e o excesso estatal contra o indivíduo que violou a norma penal, mas também protegendo bens jurídicos que merecem dignidade penal e, via de consequência, destinando um olhar para quem sofre as consequências das mazelas da criminalidade e da demora na prestação jurisdicional.

O processo penal brasileiro encontra-se, portanto, em uma fase de superação dos seus antigos paradigmas em atenção, especialmente, aos princípios provindos do sistema interamericano de direitos humanos, tal refletindo na proteção integral aos direitos das vítimas e na proibição da proteção deficiente. Ademais, a partir do advento da técnica de controle de convencionalidade o Estado passa a ter por obrigação garantir, no plano do direito interno, aplicação eficaz às normas internacionais de direitos humanos de que o Brasil é parte, juntamente com a aplicação (também eficaz) da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, para a qual a desídia dos Estados na proteção eficaz aos direitos humanos das vítimas leva à responsabilização internacional das respectivas soberanias, dada a falta (ou incompletude) de punição daqueles responsáveis pelas violações de direitos humanos ocorridas.

Daí porque a punição dos responsáveis por violações a direitos humanos é um *standard* internacionalmente reconhecido, que não pode ser afastado em prejuízo dos direitos consagrados às vítimas. De fato, as inconveniências ocorridas na órbita processual penal são as responsáveis pela ineficiência punitiva dos que perpetram violações a direitos humanos, fugindo, portanto, ao padrão (*standard*) internacional de reprimenda à criminalidade.

À luz das normas internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil, há obrigações processuais penais positivas imperativas ao Estado brasileiro, que obrigam todo o sistema de justiça a proteger eficazmente os direitos humanos das vítimas ou de seus familiares. Sem a observância de tais obrigações processuais o sistema nacional de justiça resta imperfeito ou ineficaz em termos de proteção eficiente dos direitos humanos das vítimas.

A falta de punição àqueles que perpetram crimes é capaz de responsabilizar o Estado no plano internacional, o que demonstra ser correta a assertiva de que punir é um *standard* de direitos humanos que requer observância estreita pelos Estados componentes da sociedade internacional atual.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Declaração de Intenções – Colaboração entre o Conselho Nacional de Justiça e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 10.02.2015

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 418.376/MS, Tribunal Pleno, Rel. p/Ac. Min. Joaquim Barbosa, julg. 09.02.2006, *DJ* 23.03.2007.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Desafios para a efetiva proteção internacional dos direitos humanos. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (Org.). *Desafios do direito internacional contemporâneo*. Brasília: FUNAG, 2007, p. 207-321.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Direito penal a marteladas: algo sobre Nietzsche e o direito*. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paulo Zomer Sica (*et all.*). 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. *As obrigações processuais penais positivas segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. 3. ed. rev., atual, e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral). In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação ao modelo garantista no Brasil*. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 25-50.

HASSEMER, Winfried. *¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?* In: HEFENDEHL, Holand (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 59-104.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos humanos na jurisprudência internacional: sentenças, opiniões consultivas, decisões e relatórios internacionais*. São Paulo: Método, 2019.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa; OLIVEIRA, Kledson Dionysio. *Controle de convencionalidade pelo Ministério Público*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. *Processo penal convencional e fundamentos das obrigações positivas do Estado em matéria penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Fundamentos do justo processo penal convencional: as garantias processuais e o valor instrumental do devido processo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. Dos direitos humanos da vítima de violência e a responsabilidade do Estado. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 37, jul.-set. 2010, p. 121-144.

REZENDE, Guilherme Carneiro de. *O direito humano da vítima a um processo penal eficiente*. Curitiba: Juruá, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 81, 2005, p. 325-386.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 47, mar.-abr. 2004, p. 60-122.

SOARES, Inês Virgínia Prado; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Um dia que dura décadas: Brasil não pune violações a direitos humanos. *Consultor Jurídico*, 09.11.2020.

STERNBERG-LIEBEN, Detlev. Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal. In: HEFENDEHL, Holand (Ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 105-128.

**O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA CORTE
INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E NO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

*CONTROL OF CONVENTIONALITY IN THE INTER-AMERICAN COURT OF
HUMAN RIGHTS AND IN THE SUPREME FEDERAL COURT*

Eduarda Azevedo de Oliveira¹
Osmar Mendes Paixão Côrtes²

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Controle de convencionalidade. 3. O controle de convencionalidade na Corte Interamericana de Direitos Humanos. 4. O controle de convencionalidade na ordem jurídica brasileira. 5. A Guerrilha do Araguaia – caso “Gomes Lund e outros versus Brasil”. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

RESUMO: O controle de convencionalidade é espécie de controle de validade de normas, pelo qual se verifica a adequação entre a legislação nacional e os compromissos internacionais de direitos humanos assumidos pelo país perante a comunidade internacional. A partir disso, não basta as leis internas estarem de acordo com a Constituição Federal, precisam também ser compatíveis com os tratados internacionais de direitos humanos. Dessa forma, o presente trabalho tem como objetivo, com respaldo na doutrina, nas legislações nacionais e no próprio Direito Internacional, explorar o instituto do controle de convencionalidade na Corte Interamericana de Direitos Humanos e na Suprema Corte Brasileira, além de fazer uma análise do famoso caso da Guerrilha do Araguaia, apontando a divergência de entendimento entre a CIDH e o STF sobre a Lei de Anistia.

Palavras-chave: Controle de convencionalidade; Direitos Humanos; Corte Interamericana de Direitos Humanos; Supremo Tribunal Federal; Guerrilha do Araguaia.

ABSTRACT: The conventionality control is a kind of control of the validity of norms, through which the adequacy between national legislation and the international human rights commitments assumed by the country before the international community is verified. Based on this, it is not enough for domestic laws to be in accordance with the Federal Constitution, they also need to be compatible with international human rights treaties. Thus, this work aims, with support from the doctrine, national legislation and International Law itself, to explore the institute of conventionality control in the Inter-American Court of Human Rights and the Brazilian Supreme Court, in addition to making

¹ Mestranda em Direito pelo IDP. Especialista em Direito Constitucional pelo CERS. Bacharel em Direito pela Unigran. Bacharel em Relações Internacionais pela UFGD.

² Pós-Doutor em Direito Processual Civil pela UERJ. Doutor em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito pela Unb. Diretor do IBDP. Professor do doutorado e mestrado do IDP/DF. Advogado.

an analysis of the famous case of the Guerrilha do Araguaia, pointing out the divergence of understanding between the IACHR and the Brazilian Supreme Court on the Amnesty Law.

Keywords: Conventionality control; Human rights; Inter-American Court of Human Rights; Supreme Federal Court; Guerrilla of Araguaia.

1. INTRODUÇÃO

O controle de convencionalidade apresenta-se como um mecanismo eficiente à proteção e efetivação dos direitos humanos, tanto no Brasil como nos sistemas regionais e transnacionais de proteção aos direitos do homem. As transformações geradas por esse controle vão além de modificações estruturais, tendo em vista que se apresentam como mudanças de postura e de interpretação do Direito em sua totalidade.

Entende-se por controle de convencionalidade a compatibilidade das leis ordinárias com os tratados internacionais de direitos humanos, os quais, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), caso não aprovados pela sistemática do art. 5º, §3º da Constituição Federal, possuem *status* supralegal. Pode-se dizer, então, que os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil são também, assim como a Constituição, paradigma de controle da produção normativa doméstica.

Por sua vez, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) integra o chamado Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos (SIDH) e é um órgão autônomo, cujo propósito é aplicar e interpretar a Convenção Americana de Direitos Humanos e outros tratados de Direitos Humanos. A Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais. Além disso, é competente para conhecer os casos em que um Estado alegue que outro Estado signatário violou direitos e liberdades protegidos pela Convenção.

O Brasil faz parte do SIDH, mas, participar de uma organização internacional da qual visa proteger os direitos humanos não significa, automaticamente, que o país é um fiel cumpridor dessas normas. O Estado brasileiro mesmo já respondeu por demandas na CIDH, tendo inclusive sido condenado. É justamente sobre uma dessas demandas que o presente estudo pretende focar como objeto: o *caso Gomes Lund e outros vs. Brasil*, a famosa Guerrilha do Araguaia.

A relevância do caso para o estudo do tema controle de convencionalidade se

observa no poder-dever que juízes e tribunais internos têm em adequar o ordenamento jurídico interno aos tratados internacionais de direitos humanos assumidos pelo Estado brasileiro. Isso estabelece que, quando um Estado é parte de um tratado internacional como a Convenção Interamericana, todos seus órgãos, incluindo seus juízes estão submetidos àquele tratado (RUSSOWSKY, 2012, p.75-76).

Dessa forma, diante o exposto, o presente artigo tem como objetivo estudar o controle de convencionalidade realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e pelo Supremo Tribunal Federal, analisando, mais especificadamente, o *caso Gomes Lund e outros vs. Brasil* (Guerrilha do Araguaia), a fim de demonstrar a divergência de entendimento entre as duas Cortes. Para isso, o estudo se desenvolverá através de revisões bibliográficas de doutrinas clássicas do Direito Constitucional e do Direito Internacional Público, de artigos acadêmicos e demais legislações brasileiras e tratados internacionais, utilizando-se como base a Constituição Federal e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Por fim, o presente trabalho foi dividido em quatro partes. Sem buscar esgotar o assunto, em primeiro lugar foi feito um resgate histórico do controle de convencionalidade e uma breve explicação sobre o controle, suas características e procedimento. Em seguida, realizou-se uma exposição sobre o funcionamento do controle de convencionalidade na Corte Interamericana de Direitos Humanos e no ordenamento jurídico brasileiro, por meio do Supremo Tribunal Federal. Para finalizar, houve a análise do famoso caso da Guerrilha do Araguaia, a condenação do Brasil pela CIDH, suas consequências e a divergência de entendimento do STF.

2. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

O controle de convencionalidade originou-se na França no início da década de 1970, quando o Conselho Constitucional francês declarou não ser competente para analisar a convencionalidade preventiva das leis, ou seja, a compatibilidade destas com os tratados ratificados pela França em determinado caso concreto. A justificativa foi de que não se tratava de um controle de constitucionalidade, o único em relação ao qual teria competência para julgar. Esse controle é fruto da criação jurisprudencial, principalmente através dos tribunais protetores dos direitos humanos.

A expressão “controle de convencionalidade” foi utilizada, pela primeira vez, pelo Conselho Constitucional Francês. Ocorre que na França, por força do art.

61 de sua Constituição, as leis ordinárias, antes de sua aplicação, devem ser submetidas ao Conselho Constitucional, equivalente ao Supremo Tribunal Federal no Brasil (STF), para verificação de adequação com o texto constitucional – controle de constitucionalidade. Por sua vez, o art. 55 da Constituição francesa afirma que os tratados e acordos ratificados têm, a partir de sua publicação, hierarquia superior às leis ordinárias, restando, desse modo, ao Conselho Constitucional Francês, a análise de dois tipos de controle normativo: a adequação da lei com a Constituição e a adequação da lei com os tratados e acordos internacionais, de hierarquia superior. Nessa oportunidade, o Conselho francês reconheceu a existência de dois modos distintos de controle normativo: o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade (CHAVES; SOUZA, 2016, p.90).

No Brasil, a Emenda Constitucional nº 45/04 acrescentou ao art. 5º da Constituição Federal o §3º, o qual trouxe a possibilidade de os tratados internacionais de direitos humanos serem aprovados com um quórum qualificado, a fim de obterem um *status* equivalente às emendas constitucionais. Sua redação diz: “§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

Importante mencionar que esta emenda à Constituição fez com que surgisse no direito brasileiro uma nova espécie de controle à produção normativa doméstica: o controle de convencionalidade das leis. Por sua vez, de acordo com Valério de Oliveira Mazzuoli (2011), primeiro autor a trabalhar esse novo tipo de controle no Direito Constitucional brasileiro, o controle de convencionalidade é espécie de controle de validade de normas, complementar ao controle de constitucionalidade, pelo qual se verifica a adequação entre a legislação nacional e os compromissos internacionais assumidos pelo país perante a comunidade internacional para proteção dos direitos humanos.

Deve-se salientar que, antes do julgamento do recurso extraordinário n. 466.343 ocorrido em 03 de dezembro de 2008 sobre a prisão civil do depositário infiel, havia na doutrina o entendimento de que lei federal teria o condão de revogar disposições inseridas em tratados ratificados, já que estes não gozavam de primazia sobre aquela (REZEK, 1998, p. 102-105). A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também seguia o mesmo entendimento.

A partir do julgamento do referido recurso extraordinário, o Supremo Tribunal

Federal uniformizou interpretação segundo a qual as normas de matriz internacional atinentes a direitos humanos gozam de suprallegalidade em face da legislação ordinária nacional. Assim, caso o tratado de direitos humanos não seja aprovado pela sistemática do art. 5º, §3º da Constituição Federal, ele terá *status* supralegal e, com isso, servirá de parâmetro para a realização do controle de convencionalidade.

Dessa forma, ainda segundo Mazzuoli, a Constituição, no caso do direito brasileiro atual, deixou de ser o único paradigma de controle das normas do direito interno. Toda lei para ser válida, deve contar com uma dupla compatibilidade vertical material, ou seja, deve ser compatível tanto com a Constituição brasileira quanto com os tratados de direitos humanos em vigor no país (MAZZUOLI, 2009, p.115). Assim, a compatibilidade das leis com a Constituição é feita por meio do clássico controle de constitucionalidade, e a compatibilidade com os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no país ocorre por meio do controle de convencionalidade.

Importante destacar que essa espécie de controle não está em relação de superioridade nem de inferioridade em relação à Constituição Federal, mas o contrário, é complementar ao controle de constitucionalidade, com a finalidade de que os direitos humanos sejam garantidos a todos, ou seja, é uma ferramenta garantidora do direito de forma mais ampla e uniforme.

O controle de convencionalidade pode ser realizado de diversas formas. Para Mazzuoli, esse controle deve ser exercido pelos órgãos da justiça nacional relativamente aos tratados internacionais aos quais o país encontra-se vinculado. É preciso buscar a conformidade dos atos nacionais com os compromissos internacionais assumidos pelo país, sob pena de incorrer em responsabilidade internacional. Além disso, não apenas os tribunais internacionais devem realizar este controle, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Corte Europeia de Direitos Humanos e o Tribunal de Justiça da União Europeia, mas também os tribunais internos (MAZZUOLI, 2011, p.133).

A própria Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) já pacificou o entendimento durante o julgamento do caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, de 26 de setembro de 2006, que os juízes nacionais devem realizar o controle. A Corte entende que é um dever dos juízes e tribunais nacionais de aplicar as disposições dos tratados internacionais de direitos humanos quando se tratar de controle de convencionalidade (AMARAL; MARTINS, 2018, p.306).

Assim, o magistrado tem o poder-dever de realizar o controle concreto de convencionalidade na forma difusa, exigindo-se, para isso, um caso concreto em que a

decisão terá efeito apenas entre as partes. Tendo como parâmetro um tratado internacional de direitos humanos, o juiz ou tribunal poderá declarar a invalidade da lei em questão quando for verificado a sua inconveniência em relação às obrigações internacionais assumidas pelo Brasil (MARTINS; MOREIRA, 2012).

Assim como no controle de constitucionalidade, há dois tipos de checagem de parâmetros frente aos tratados internacionais no controle de convencionalidade: os preventivos e os repressivos. Ambos vão checar a compatibilidade das leis internas com os tratados internacionais de direitos humanos que o Brasil é parte.

Primeiramente, há o controle preventivo de convencionalidade, o qual tem como objetivo impedir ou prevenir que uma norma contrária a um tratado internacional de direitos humanos entre no ordenamento jurídico nacional. Aqui, o controle é feito antes ou durante o processo legislativo, em que a norma ainda não está pronta. Nas palavras de Amaral e Martins: “São instituídas barreiras que impedem as normas brasileiras de adentrarem o ordenamento jurídico, quando desrespeitam os documentos internacionais” (AMARAL; MARTINS, 2018, p.308).

Em seguida, o projeto de lei é encaminhado ao Presidente da República, o qual poderá realizar a sanção ou o veto. O veto, por sua vez, pode se dar a partir de três fundamentos: a violação de um tratado de direitos humanos, a inconstitucionalidade do projeto ou a falta de interesse público. Além disso, há o controle repressivo de convencionalidade, o qual acontece após a norma jurídica já estar em vigor no ordenamento jurídico.

O controle repressivo pode se dar tanto na forma difusa quanto na concentrada. No controle difuso, qualquer juiz ou tribunal pode afastar a aplicação da lei em determinado caso concreto por entender que esta viola algum tratado internacional de direitos humanos assumido pelo Brasil. Por sua vez, o controle concentrado é realizado por meio das ações constitucionais, as quais são julgadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Há um controle concreto, que pode se apresentar difusamente em processos civis, penais, administrativos ou constitucionais, como indica a obra coordenada por Eduardo Ferrer Mac-Gregor (2012, p. 2-12). Por sua vez, a via concentrada, também chamada de direta, ou de ação ou ainda de controle abstrato é uma ação com a finalidade única: a declaração de uma norma como nula por violação de um tratado internacional, usando as ações constitucionais: como a Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (AMARAL; MARTINS, 2018, p.309).

Dessa forma, fica evidente que além dos tribunais internacionais, os tribunais internos também têm a obrigação de manter o ordenamento jurídico nacional em consonância com os tratados internacionais de direitos humanos assumidos pelo país. Por isso, o controle de convencionalidade se revela como mais uma forma de garantir a devida aplicação dos direitos humanos no Brasil.

3. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) é um órgão judicial autônomo que possui sede na cidade de San José, na Costa Rica, tendo sido criado pelo Pacto de San José para aplicar e interpretar a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e outros tratados de Direitos Humanos no âmbito das Américas. Juntamente com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos forma o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIPDH).

O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos é o conjunto de diplomas e instituições transnacionais que tem como objetivo a proteção e promoção dos direitos do homem no continente americano. O presente sistema apresenta dois regimes distintos: o regime da Carta da Organização dos Estados Americanos e o regime da Convenção Americana de Direitos Humanos, compostos por quatro diplomas normativos fundamentais: a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), a Carta da Organização dos Estados Americanos (1948), a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) e o Protocolo de San Salvador (1988), versando sobre direitos sociais e econômicos. (CHAVES; SOUZA, 2016, p.98).

A CADH trouxe um extenso rol de direitos importantíssimos para a proteção dos direitos humanos. Além disso, trouxe uma estrutura institucional de acompanhamento e controle do cumprimento da Convenção, por meio dos órgãos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, e ainda, a previsão de responsabilidade dos Estados com o conteúdo da Convenção. Assim, essas duas características possibilitam a aplicação do controle de convencionalidade nas Américas e no Brasil, como será demonstrado a seguir.

Por sua vez, a CIDH desempenha duas funções distintas: a consultiva e a contenciosa. A função consultiva é aplicável a todos os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) e consiste na interpretação das normas da Organização e

dos demais tratados de direitos humanos, assim como na análise de compatibilidade entre a produção normativa interna dos Estados-membros e os diplomas internacionais de direitos humanos. Por outro lado, para a realização da função contenciosa, faz-se necessária a aceitação da jurisdição da Corte pelos Estados. No plano contencioso a Corte tem legitimidade para fazer cumprir o conteúdo decisório de suas sentenças (CHAVES; SOUZA, 2016, p.100).

Verifica-se que, tanto no exercício da função consultiva como no da função contenciosa, a Corte Interamericana realiza o controle de convencionalidade das leis. No primeiro caso, porque a Corte, por meio da consulta interpretativa, emite parecer acerca das diretrizes de aplicação dos tratados de proteção dos direitos humanos no plano jurídico interno, podendo consultar a “compatibilidade” entre as leis domésticas e a interpretação da Corte, consoante o art. 64, inciso 2: “A Corte, a pedido de um Estado-membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais”. A função contenciosa é, em si mesma, o exercício do controle de convencionalidade por meio do tribunal transnacional (ou regional) do continente americano, ou seja, a compatibilização entre as leis dos Estados-membros e as normas de proteção aos direitos humanos, por meio de um organismo jurisdicional – no caso, a Corte Interamericana (CHAVES; SOUZA, 2016, p.100-101).

Ainda na esfera contenciosa, as atribuições da Corte restringem-se somente aos Estados signatários da Convenção Americana que explicitamente se submetam à sua jurisdição. Ademais, importante destacar que, apenas a Comissão e os Estados-partes podem apresentar casos à Corte, ou seja, o indivíduo deve recorrer primeiramente à Comissão para que sua situação possa ser ajuizada na Corte. Porém, apesar de não poderem ainda demandar diretamente à Corte, eles possuem o direito de participar durante o processo.

Em seguida, as origens do controle de convencionalidade ocorreram na Europa. Entretanto, foi na América que este fenômeno se desenvolveu com mais força, tanto na modalidade do controle nacional como transnacional das convenções e tratados internacionais. Vale mencionar que, tanto no continente europeu, quanto no continente americano, o controle de convencionalidade conta com a forte participação da jurisprudência das Cortes de Direitos Humanos na construção de sus conceitos e na sua evolução, com destaque para o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) e para a Corte Interamericana de Direitos Humanos (RUSSOWSKY, 2012, p.63).

Um ponto de extrema importância de se destacar é que a Convenção Americana de Direitos Humanos tem força normativa vinculante pela cláusula *pacta sunt servanda*, ou seja, a força obrigatória que os pactos, contratos ou obrigações assumidas devem ser respeitados e cumpridos integralmente. Assim, as disposições da Convenção têm caráter obrigatório, devendo os Estados-partes se comprometerem em respeitar as disposições do referido tratado, conforme dispõe os artigos 1º e 2º:

Artigo 1º 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 2º Dever de adotar disposições de direito interno:

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1º ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, **os Estados-partes comprometem-se a adotar**, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, **as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades** (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969).

Dessa forma, pode-se dizer que o referido artigo 2º se apresenta como um dos fundamentos mais importantes para o controle de convencionalidade na esfera jurídica interna dos Estados-membros. Como já fora mencionado anteriormente e pelo próprio entendimento da CIDH, todo magistrado nacional tem o dever de realizar o exame e, em se constatando incompatibilidade, declara a invalidade/inconveniência de lei e ato normativo (MARTINS; MOREIRA, 2012, p.299). Por isso, os tribunais internos devem estar sempre atentos em manter as leis nacionais em consonância com a Convenção e, caso verifiquem que algo não está de acordo, podem fazer a correção através do controle de convencionalidade.

Segundo Nestor Pedro Sagués (2012, p. 382), observando as decisões da CIDH, há duas formas de controle de convencionalidade: uma forma supranacional de controle, e uma forma de controle nacional de convencionalidade. A primeira delas, o controle

supranacional, surgiu no caso *Olmedo Bustos e outros vs. Chile*, sentença de 05 de fevereiro de 2001, na qual a Corte entendeu que um artigo da constituição chilena havia violado o Pacto de San José da Costa Rica no que se refere à censura televisiva e, por isso, exigiu a reforma da Constituição.

A segunda forma de controle, o controle nacional, teve aparição com o caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, sentença de 26 de setembro de 2006, na qual a Corte afirmou que “o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de ‘controle de convencionalidade’ entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos”. Assim, a CIDH entendeu que a lei de anistia chilena era incompatível com a Convenção Americana e, por isso, orientava os juízes nacionais a não aplicarem as normas locais opostas a ela (SAGUÉS, 2012, p.382).

Por sua vez, vale destacar que, no Sistema Americano há o dever do Estado de cumprir a sentença internacional em sua “integralidade”, assegurando à vítima o gozo do direito ou liberdade violada. A própria Convenção Americana faz uso do entendimento disposto no art. 27 da Convenção de Viena (1969), ao afirmar que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. Assim, os Estados-membros da Convenção têm o compromisso de cumprir a decisão da Corte Interamericana, nos casos em que figurarem como parte (Art. 68,1), sendo a sentença definitiva e inapelável (CHAVES; SOUZA, 2016, p.103-104).

Além disso, a aplicação e a execução das sentenças da CIDH dependem na legislação interna do Estado condenado, devendo, então, adotar medidas cabíveis ao seu cumprimento, não podendo deixar de cumprir a obrigação alegando ausência de lei. Caso não cumpra as decisões da Corte, esta poderá “denunciar” o Estado-parte pelo descumprimento da sentença no seu relatório anual à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, incorrendo o Estado em responsabilidade internacional (CHAVES; SOUZA, 2016, p.104). Nesse sentido, André de Ramos Carvalho defende:

Assim, exige-se o cumprimento no sistema interamericano das necessárias obrigações de fazer e não-fazer exigidas para que a vítima possa fazer valer o seu direito violado. Para tanto, não pode o Estado infrator alegar impedimento de Direito interno, como podem alegar seus pares europeus. Colabora para isso também o art. 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos, que firma o dever genérico dos Estados de introduzir toda e qualquer medida interna necessária para o cumprimento desta Convenção. Assim, as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos devem ser totalmente cumpridas, existindo a obrigação internacional derivada de cumprir de boa-fé tais decisões

(RAMOS, 2009, p. 252).

O Brasil, por sua vez, não aderiu à democratização tão rapidamente e nem se preocupava com a proteção dos direitos humanos. Foi somente depois de 1985, após passar por um longo período ditatorial (1964-1985) e com um cenário internacional que se voltava para o fim da Guerra Fria, que o Estado brasileiro passou a ser reformulado, adotando a Constituição democrática de 1988 e se preocupando com questões relativas aos direitos humanos. A partir daí, o país buscou uma reinserção nos fóruns globais, adotando importantes medidas para incorporar diversos instrumentos internacionais de proteção dos Direitos Humanos (ALGAYER; NOSCHANG, 2012, p.215).

Assim, o Brasil só passou a incorporar a Convenção Americana de Direitos Humanos em 11 de novembro de 1992. Entretanto, somente em 10 de dezembro de 1998 a declaração de aceitação da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos foi depositada na Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, e apenas a partir de 2002 o país passou a submeter-se à jurisdição obrigatória da Corte Interamericana.

A decisão do Brasil de aquiescer à competência da Corte Interamericana em matéria contenciosa, que acolheu queixas de entidades da sociedade brasileira, constituiu, portanto, manifestação do compromisso do país com a proteção internacional dos direitos humanos. Desde então, o Brasil já foi alvo de diversas demandas junto à CIDH por ter violado ou por não protegido satisfatoriamente direitos de seus cidadãos. Mais à frente será analisada com mais detalhes a condenação brasileira no caso Gomes Lund e outro vs. Brasil e a divergência de entendimento da CIDH e do STF.

4. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, como já explicado anteriormente, impõe aos juízes nacionais o dever de realizar o controle de convencionalidade. Contudo, a realidade mostra-se diferente: observa-se uma resistência, tanto doutrinária, em razão das poucas obras sobre o tema, quanto jurisprudencial, mantendo uma posição conservadora, não recepcionista do assunto (RUSSOWSKY, 2012, p.78). A própria adesão tardia do Brasil ao Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos é um sintoma da resistência do País no que diz respeito ao tema do controle de convencionalidade das leis.

Importante ressaltar que há uma divergência no que se refere à possibilidade de conflito entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional, razão pela qual surgiu duas teorias para tentar solucionar o assunto: a teoria monista e a teoria dualista. Em suma, a teoria dualista defende a existência de duas ordens jurídicas autônomas e independentes entre si: a nacional e a internacional. Assim, não haveria qualquer possibilidade de conflito entre as normas interna e internacional, pois elas estariam inseridas em ordenamentos jurídicos dissociados. Para que uma norma internacional seja aplicada no âmbito interno do Estado, é preciso que este faça primeiro a sua ‘transformação’ em direito interno (MADEIRA; MARÓN, 2016, p.67-68).

Por outro lado, a teoria monista veio como uma tentativa de resposta às falhas da perspectiva dualista e defende “que o direito constitui uma unidade, um sistema, e que tanto o direito internacional quanto o direito interno integram esse sistema” (BARROSO, 2008, p. 187). Para definir qual norma deverá prevalecer em caso de conflito entre o direito interno e o direito internacional, foram desenvolvidas duas vertentes distintas dentro do próprio monismo: o monismo internacionalista, no qual se defende a primazia do direito internacional, com o ajuste a ele de todas as ordens internas, e o monismo nacionalista, que pugna pela primazia conferida ao direito interno, com a adoção discricionária dos preceitos de direito internacional (REZEK, 2006, p. 4 apud MADEIRA; MARÓN, 2016, p.69).

Diante disso, pode-se dizer que a Corte Interamericana de Direitos Humanos e parte da doutrina brasileira, como Valério de Oliveira Mazzuoli, André de Carvalho Ramos, Celso de Albuquerque Mello e Flávia Piovesan, são partidárias da teoria monista com primazia do direito internacional. Assim, tanto os diplomas internacionais sobre direitos humanos como as decisões da Corte Interamericana constituem fontes *lato sensu* do Direito, devendo ser, portanto, aplicadas pelos juízes e tribunais brasileiros. É o chamado “bloco de convencionalidade” (CHAVES; SOUZA, 2016, p.106).

Contudo, o STF tem uma posição diferente da CIDH, adotando o posicionamento da teoria dualista, em que os tratados internacionais só terão validade no direito interno se forem recepcionados pela Constituição Federal. Essa divergência das Cortes supremas traz consequências práticas quando o assunto é condenação internacional, conforme será demonstrado mais a frente.

A despeito do posicionamento doutrinário e da Corte Interamericana, entende-se que o Supremo Tribunal Federal brasileiro adota a teoria dualista, ou seja, o entendimento de que existem duas esferas jurídicas ambivalentes e

independentes que não se comunicam. A interlocução entre a esfera de direito internacional e a esfera de direito nacional só é possível se a constituição Estadual recepcionar os tratados e convenções internacionais. A postura dualista do STF é percebida quando considerada a necessidade de promulgação de decreto presidencial ou quórum legislativo para que o tratado internacional passe a ter validade no território brasileiro (CHAVES; SOUZA, 2016, p.107).

Entretanto, vale mencionar que esta posição do Supremo Tribunal Federal de adotar a corrente dualista tem perdido espaço, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência. Isso porque a Emenda Constitucional nº 45/2004 trouxe a possibilidade da equivalência dos tratados de direitos humanos às emendas constitucionais e, ainda, o RE nº 466.343 aponta para a teoria monista, com primazia do direito internacional dos direitos humanos.

Por sua vez, a partir do julgamento do recurso extraordinário nº 466.343 ocorrido em 03 de dezembro de 2008, o Supremo Tribunal Federal uniformizou interpretação segundo a qual as normas internacionais de direito humanos possuem *status* superlegal em face da legislação ordinária nacional. O caso emblemático é o que teve por objeto de análise o Pacto de San José da Costa Rica quanto à prisão civil do depositário infiel. A decisão veiculada neste julgado definiu como “supralegal” esse ato internacional, nos seguintes termos:

Em conclusão, entendo que, desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel, pois **o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão.** Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.460/2002). (BRASIL, 2009).

Assim, ficou pacificado que, caso algum tratado venha a ser devidamente aprovado pelas duas casas legislativas com maioria qualificada (de três quintos, em duas votações em cada casa) e ratificado pelo Presidente da República, terá ele valor de Emenda Constitucional (CF, art. 5º, § 3.º, acrescentado pela EC 45/2004). Fora disso,

todos os demais tratados de direitos humanos vigentes no Brasil contam com valor supralegal, ou seja, estão acima da lei e abaixo da Constituição. Isto representou uma verdadeira mudança na pirâmide de Kelsen, que era composta pelas leis ordinárias na base e a Constituição no topo (MAZZUOLI, 2011, p.14).

A consequência prática disso é que, toda lei infraconstitucional que for contrária aos tratados internacionais de direitos humanos, seja ele aprovado pelo rito especial do art. 5º, §3º, CF ou pelo rito normal, não terá mais validade. Ela até será vigente, mas possuirá validade. Por isso, no julgamento do caso da prisão civil do depositário infiel, o STF realizou um controle de convencionalidade, baseando-se na Convenção Americana de Direitos Humanos, para invalidar todas as leis ordinárias em sentido contrário à Convenção sobre esse assunto. Tanto que, depois desse julgamento, o STF editou a Súmula Vinculante nº 25 para impedir a prisão de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

Dessa maneira, de acordo com Valerio Mazzuoli (2009, p.133), o controle de convencionalidade poderá ser feito pelas ações constitucionais objetivas (ADI, ADC, ADO e ADPF) diretamente no Supremo Tribunal Federal, através do controle concentrado de convencionalidade. Além disso, este controle também poderá ser realizado pelos juízes singulares pela forma difusa e chegar ao STF através dos recursos extraordinários.

Assim, não basta a mera incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no país. É preciso que juízes e tribunais, principalmente o STF como guardião máximo dos direitos no Brasil, tomem atitudes que de fato torne o ordenamento jurídico interno harmônico e compatível com as obrigações internacionais assumidas pelo Estado brasileiro. Isso poderá ser alcançado através da ampla difusão da realização do controle de convencionalidade. A seguir será analisado o *caso Gomes Lund e outros vs. Brasil* e a divergência de entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal e suas consequências para o direito brasileiro.

5. A GUERRILHA DO ARAGUAIA – CASO “GOMES LUND E OUTROS VERSUS BRASIL”

A ditadura militar marcou a história brasileira por ser ter sido um longo período autoritário (1964-1985). Um dos objetivos do regime era o de eliminar grupos opositores de esquerda para pôr fim à pretensa ameaça comunista que rondava o país e assegurar,

por conseguinte, o restabelecimento da ordem interna. Para isso, foram institucionalizadas algumas práticas de repressão de Estado contra os oponentes do regime. Um dos episódios mais violentos e abusivos desse período ditatorial foi a famosa Guerrilha do Araguaia (BERNARDI, 2017, p.49).

A Guerrilha do Araguaia foi o movimento de resistência ao regime militar integrado por alguns membros do então novo Partido Comunista do Brasil. A partir de 1966, os membros do PC do B se instalaram na região à margem esquerda do Rio Araguaia (região limítrofe entre os estados do Pará, do Tocantins e do Maranhão) e lá fixaram a Guerrilha, objetivando equipar com armas um exército popular e alcançar o fim da ditadura por meio da luta armada. Contudo, o exército brasileiro acabou por sufocar o movimento, promovendo o massacre de quase todos os guerrilheiros e algumas pessoas que viviam na região. Ao menos 70 pessoas perderam suas vidas durante a guerrilha, e até hoje somente foram localizados os restos mortais de dois guerrilheiros.

Com o processo de redemocratização controlada, em junho de 1979, João Figueiredo enviou ao Congresso Nacional um projeto de anistia que não só excluía os participantes da luta armada, mas que também estendia o alcance desse benefício aos agentes da repressão do Estado (BERNARDI, 2017, p.56). Assim, em 28 de agosto de 1979 foi promulgada a Lei nº 6.683/1979, também conhecida como Lei de Anistia. A referida lei concedeu anistia geral aos participantes do golpe militar e aos acusados de crimes políticos e eleitorais no período entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979.

Com isso, muitos presos políticos, exilados e clandestinos puderam retornar a seus lares. Entretanto, ficaram de fora da anistia os condenados pela prática de crimes de “terrorismo”, assalto, sequestro e atentado pessoal (art. 1º, §2º, Lei nº 6.683/1979). Mesmo com o fim da ditadura, muitos assuntos ainda ficaram pendentes e as atrocidades cometidas no período ficaram impunes, inclusive o referido caso da Guerrilha do Araguaia.

Com o fim do Regime Ditatorial, nenhuma providência foi tomada, nenhuma responsabilidade foi assumida. As atrocidades cometidas pelos militares e por todo o grupo que os cercava, incluindo até mesmo médicos legistas não foram investigados ou punidos. Anos se passaram, muitas ações foram propostas e muitas foram arquivadas sem nenhuma providência a ser tomada. Até o presente momento não se tiveram notícias quanto ao paradeiro dos corpos de inúmeras pessoas que foram brutalmente assassinadas pelos ditadores na época

do fato. As circunstâncias dos desaparecimentos, a não localização dos restos mortais e a falta de investigação dos responsáveis fizeram com que as famílias buscassem soluções perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (ALGAYER; NOSCHANG, 2012, p.222).

Uma das grandes justificativas para tamanha impunidade foi que, no momento, era preciso fazer uma justiça de transição, ou seja, uma transição conciliada do regime autoritário para um regime democrático. Mezarobba (2009, p. 121) diz que a justiça de transição “envolve, por um lado, graves violações de direitos humanos, e, por outro, a necessidade de justiça que emerge em períodos de passagem para a democracia ou ao final de conflitos”.

Diante disso, foi apresentada denúncia em 07 de agosto de 1995 na Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e pela Human Rights Watch, em nome das pessoas desaparecidas durante o ano de 1972, dando origem ao *Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil*. Concomitante à tramitação dessa ação na CIDH, em 2008, o Conselho Federal da OAB ingressou com a ADPF nº 153 no STF, em que pedia o esclarecimento sobre a expressão “crimes conexos” da Lei de Anistia, a qual isentava de punição e eventuais sanções todos os crimes políticos e conexos ocorridos no Brasil entre 02 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979. A OAB pediu, então, que fosse afastada a anistia dos crimes comuns praticados por agentes públicos, como o homicídio, desaparecimento forçado e tortura dos opositores.

Contudo, em 29 de abril de 2010 o Supremo rejeitou o pedido da OAB, não aceitando o pedido de revisão da Lei de Anistia, afirmando que a lei é compatível com a Constituição Federal, sob o argumento de que “a Lei de Anistia representou, em seu momento, uma etapa necessária no processo de reconciliação e redemocratização do país” e que “não se tratou de uma autoanistia”. Segundo o Ministro Eros Grau, o STF não podia rever o “acordo histórico que permeou a luta por uma anistia ampla, geral e irrestrita”. A seguir, vale a pena destacar alguns argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal³ para reconhecer a compatibilidade da Lei nº 6.683/1979 com a CF/88:

2. O argumento descolado da dignidade da pessoa humana para afirmar a invalidade da conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos

³ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf153.pdf>> Acesso em: 11 dez. 2020.

que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar, não prospera.

4. A lei estendeu a conexão aos crimes praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado de exceção; daí o caráter bilateral da anistia, ampla e geral [...].

5. [...] É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979, que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão crimes conexos na Lei n. 6.683. É da anistia de então que estamos a cogitar, não da anistia tal e qual uns e outros hoje a concebem, senão qual foi na época conquistada [...].

7. No Estado democrático de direito o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Pode, a partir dele, produzir distintas normas. **Mas nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a rescrever leis de anistia.**

8. Revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá - ou não - de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário.

9. A anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Daí não ter sentido questionar-se se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não recebida pela Constituição de 1988; a nova Constituição a [re]instaurou em seu ato originário. [...] **Afirmada a integração da anistia de 1979 na nova ordem constitucional, sua adequação à Constituição de 1988 resulta inquestionável** (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010).

Assim, a mensagem passada pela interpretação do STF é que a Lei da Anistia, tal como foi elaborada e vigora, não afronta a norma constitucional em sua inteireza, mesmo considerando que a Constituição Federal de 1988 é defensora expressa dos direitos humanos. Além disso, percebe-se uma relutância da Corte Suprema Brasileira de respeitar os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no país.

Por sua vez, em 24 de novembro de 2010, mesmo após a decisão do STF, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Estado brasileiro por abster-se de investigar e condenar os culpados pelos crimes de desaparecimento forçado, mortes, tortura e prisões arbitrárias dos guerrilheiros, na famosa Guerrilha do Araguaia. A Corte

acusou o Brasil, em especial o seu Poder Judiciário, de não ter controlado a convencionalidade da Lei de Anistia em relação à Convenção Americana, que segundo o próprio STF tem valor supralegal no Brasil (MAZZUOLI, 2011, p.161-162).

A CIDH condenou o Brasil à uma série de ações de caráter imediato, visando a localização dos corpos desaparecidos e reparações às famílias das vítimas. Além disso, determinou efetivas medidas judiciais para o apontamento dos responsáveis e a sua responsabilização pelos crimes cometidos, bem como a implementação de medidas gerais para o resgate da verdade histórica sobre os fatos ocorridos e a preservação da memória no caso da Guerrilha do Araguaia (RUSSOWSKY, 2012, p.75).

Nos termos dos parágrafos 136, 177 e 188 da decisão da CIDH⁴, restou salientada a necessidade de que o Brasil realize o controle de convencionalidade da lei de anistia, considerando-se o princípio da responsabilidade internacional em relação às obrigações internacionais voluntariamente contraídas:

136. Em virtude dessa lei, até esta data, **o Estado não investigou, processou ou sancionou penalmente os responsáveis pelas violações de direitos humanos cometidas durante o regime militar, inclusive as do presente caso.** Isso se deve a que “a interpretação da Lei de Anistia absolve automaticamente todas as violações de direitos humanos que tenham sido perpetradas por agentes da repressão política”.

177. No presente caso, **o Tribunal observa que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado e que, pelo contrário, a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia, sem considerar as obrigações internacionais do Brasil derivadas do Direito Internacional,** particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento. **O Tribunal estima oportuno recordar que a obrigação de cumprir as obrigações internacionais voluntariamente contraídas corresponde a um princípio básico do direito sobre a responsabilidade internacional dos Estados,** respaldado pela jurisprudência internacional e nacional, segundo o qual aqueles devem acatar suas obrigações convencionais internacionais de boa-fé (pacta sunt servanda). Como já salientou esta Corte e conforme dispõe o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, os

⁴ Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2020.

Estados não podem, por razões de ordem interna, descumprir obrigações internacionais.

188. Com base nas considerações acima, **a Corte Interamericana conclui que, devido à interpretação e à aplicação conferidas à Lei de Anistia [...] o Tribunal conclui que, pela falta de investigação dos fatos, bem como da falta de julgamento e punição dos responsáveis, o Estado violou os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial**, previstos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo tratado [...] (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010).

Importante destacar que, a Corte Interamericana, ao dar prevalência ao Pacto de San José da Costa Rica e à sua jurisprudência sobre as normas internas dos países signatários da OEA e que admitem a jurisdição da corte, consagra, através do controle de convencionalidade, o monismo internacionalista, devendo ser este o caminho a ser seguido pelos seus países signatários (RUSSOWSKY, 2012, p.84). Assim, apesar da Convenção Americana estabelecer em seu artigo 68 que todos os Estados, a partir da adesão formal, se comprometem a cumprir com a decisão da CIDH em quaisquer casos em que foram parte, restou evidente a divergência de entendimento da Corte Interamericana e do STF em relação à Lei de Anistia.

Diante disso, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou a ADPF nº 320 em 15 de maio de 2014, pedindo a revisão da Lei da Anistia, a fim de que seja cumprida a sentença da CIDH que condenou o Brasil a adotar uma série de medidas, entre elas julgar quem cometeu crimes durante a ditadura. A referida ação foi distribuída ao Ministro relator Luiz Fux e já recebeu o parecer do Procurador Geral da República, Rodrigo Janot, se manifestando no sentido de ser promovida uma revisão da Lei (SILVA; JUNIOR, 2015, p.625).

O PGR afirmou que o julgamento da ADPF nº 320 não entrará em conflito com a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a ADPF nº 153, tendo em vista que, nesta, o STF se baseou no controle de constitucionalidade da Lei de Anistia, reconhecendo-a como constitucional. Contudo, a decisão da CIDH levou em conta a incompatibilidade da lei com o Pacto de San José da Costa Rica, exercendo, portanto, o controle de convencionalidade (SILVA; JUNIOR, 2015, p.625).

Dessa forma, o STF pode considerar esse fato como um argumento novo e consolidar o entendimento da Corte Interamericana, inclusive vinculando as decisões dos órgãos judiciários inferiores. Logo, a ADPF nº 320 surge como uma oportunidade para a

revisão da Lei de Anistia, através da fundamentação jurídica do controle de convencionalidade, que faz prevalecer a decisão da CIDH, consolidando a justiça de transição no Brasil (SILVA; JUNIOR, 2015, p. 614).

6. CONCLUSÃO

Diante todo o exposto, percebe-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos desempenha papel fundamental na afirmação dos direitos humanos no âmbito americano. Vítimas de violação de direitos humanos que não tiveram a sua demanda resguardada satisfatoriamente por seu Estado de origem encontram na Corte solução para a tutela de seu direito. Ao analisar o Sistema Interamericano de proteção aos Direitos Humanos, percebe-se a sua dinâmica e o objetivo deste em esclarecer as violações de direitos humanos que lhe são apresentadas tendo por suporte a Convenção Americana de Direitos Humanos e os outros tratados que integram o sistema (ALGAYER; NOSCHANG, 2012, p.224).

A sentença do Caso Guerrilha do Araguaia, como já mencionado, não determinou, somente, que o Estado brasileiro deve reparar os familiares das vítimas, publicar a decisão, encontrar os desaparecidos e fazer um memorial a esse período. Esta sentença determinou um resgate público da história do povo brasileiro que insiste em ficar escondida e abafada (ALGAYER; NOSCHANG, 2012, p.224). A Corte invalidou a lei de anistia brasileira, observando que, quando não exercido o controle de convencionalidade pelo judiciário interno, a Corte Interamericana a controlará, assumindo um típico papel de corte supranacional (RUSSOWSKY, 2012, p.90-91).

Por sua vez, o controle de convencionalidade é um instituto relativamente novo no direito brasileiro, tendo sido difundido a partir da tese escrita por Valério Mazzuoli e da decisão da CIDH no Caso da Guerrilha do Araguaia. Entretanto, apesar de grande avanço ao longo dos anos, o Poder Judiciário brasileiro ainda se mostra um pouco conservador ao defender a primazia do direito interno sob o direito internacional. Assim, percebe-se a partir no julgamento da ADPF nº 153, a qual validou a Lei de Anistia que, a dicotomia entre direito interno e direito internacional, vivenciada desde o surgimento do direito internacional, ainda é bastante presente.

Contudo, a ADPF nº 320 abre uma nova oportunidade para a revisão da lei, pois traz à tona o argumento jurídico do controle de convencionalidade, que invalida esta lei em face das convenções internacionais de direitos humanos. Isso dará a oportunidade ao

STF de se redimir com a história e a honra do Brasil, retirando os efeitos nefastos da Lei de Anistia quanto à impunidade dos torturadores e demais responsáveis pela mais obscura era de existência do Brasil enquanto nação (SILVA; JUNIOR, 2015, p.626).

Dessa forma, o presente artigo teve como objetivo explicitar o controle de convencionalidade, tanto na Corte Interamericana de Direitos Humanos, quanto no Supremo Tribunal Federal. A partir disso, percebe-se a importância que esse controle exerce na proteção dos direitos humanos. Logo, é preciso que o STF atualize o seu entendimento sobre a Lei de Anistia, a fim de adequá-lo à sentença da CIDH que condenou o Brasil pelas omissões na punição dos responsáveis pela repressão na Guerrilha do Araguaia e durante a ditadura militar.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALGAYER, Kelin Kássia; NOSCHANG, Patrícia Grazziotin. *O Brasil e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: considerações e condenações*. Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 13, n. 2, p. 211-226, jul./dez. 2012. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/simposiointernacionaldedireito/article/view/1441>. Acesso em: 10 dez. 2020.

AMARAL, Sergio Tibiriça; BELINATI MARTINS, Flademir Jerônimo. *O controle de convencionalidade no Brasil: um breve ensaio sobre o tema na perspectiva da proteção global dos direitos humanos*. Argumenta Journal Law, Jacarezinho - PR, n. 29, p. 283-318, fev. 2019. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/1342>. Acesso em: 13 dez. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno*. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Alves Celso (orgs.). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROZO, Rebecca Paradellas; SILVA, Stevan Bernardino; PALUMA, Thiago. *O Brasil e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: de Nogueira de Carvalho à Guerrilha do Araguaia*. Revista Jurídica, [S.l.], v. 4, n. 37, p. 335-358, nov. 2015. ISSN 2316-753X. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1053/740>. Acesso em: 13 dez. 2020.

BERNARDI, Bruno Boti. *O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o caso da guerrilha do Araguaia: impactos no Brasil*. Rev. Bras. Ciênc. Polít., Brasília, n. 22, p.49-

92, abr. 2017. Disponível em:
<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-33522017000100049&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 13 dez. 2020.

BRASIL. República Federativa do. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. República Federativa do. *Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979*. Brasília, DF, 1979.

_____. *Caso Gomes Lund e Outros versus Brasil*. Sentença de 24 nov. 2010. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 13 dez. 2020.

CHAVES, Denisson Gonçalves; SOUSA, Mônica Teresa Costa. *O controle de convencionalidade e a autoanálise do poder judiciário brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, v. 61, n. 1, p. 87-113, jan./abr. 2016.

_____. *Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004*. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 13 dez. 2020.

JÚNIOR, Wilson Simões de Lima. *Sentença internacional no caso Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia) vs Brasil e suas consequências no caso de descumprimento*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5784, 3 maio 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72546>. Acesso em: 11 dez. 2020.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. *O Brasil é dualista? Anotações sobre a vigência de normas internacionais no ordenamento brasileiro*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 46, n. 184, p. 29-45, out./dez. 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194945/000881701.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 12 dez. 2020.

MADEIRA, João Bruno Farias; MARÓN, Manuel Fondevila. *A integração entre o direito interno e o direito internacional à luz da teoria da constituição: revisitando as perspectivas monista e dualista do conflito de normas internacionais*. Teorias do Direito e Realismo Jurídico, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 61-83, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/teoriasdireito/article/view/1582>. Acesso em: 13 dez. 2020.

MARTINS, Leonardo. MOREIRA, Thiago Oliveira. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 46, n. 181, p. 113-139, jan./mar. 2009. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194897/000861730.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 13 dez. 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Hierarquia Constitucional e Incorporação Automática dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Ordenamento Brasileiro*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 37, n. 148, p. 231-250, out./dez. 2000. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/642/r148-15.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 10 dez. 2020.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MEZAROBBA, G. *Um acerto de contas com o futuro: a anistia e suas consequências – um estudo do caso brasileiro*. São Paulo: Associação Editorial Humanitas; Fapesp, 2006.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos* (1969). Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 20 jul. 2015.

RAMOS, André de Carvalho. *Supremo Tribunal Federal Brasileiro e o Controle de Convencionalidade: Levando a sério os tratados de direitos humanos*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. V 104. p. 241-286. jan/dez.2009.

REZEK, J. F. *Direito internacional público: curso complementar*. 7. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 1998.

RUSSOWSKY, Iris Saraiva. *O controle de convencionalidade das leis: Uma análise na esfera internacional*. Revista do Caap, Belo Horizonte, v. 18, n. 2, p. 61-96, 2012. Disponível em: <https://revistadocaap.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/305>. Acesso em: 13 dez. 2020.

SAGUÉS, Nestor Pedro. *El control de convencionalidad em el sistema interamericano, y sus anticipos em el ámbito de los derechos económico-sociales: concordâncias e diferencias com el sistema europeo*. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3063/16.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2020.

SILVA, Beclaute Oliveira. *Tratados de direitos humanos supralegais e constitucionais: Uma abordagem analítico-normativa*. Ril, Brasília, v. 53, n. 209, p. 73-86, jan./mar. 2016. Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/520002/001063226.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 dez. 2020.

SILVA, Carla Ribeiro Volpini; JUNIOR, Bruno Wanderley. *A responsabilidade internacional do Brasil em face do controle de convencionalidade em sede de direitos humanos: conflito de interpretação entre a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal quanto a Lei de anistia*. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 12, n. 2, 2015 p.611-629. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37379.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário no 466343 / SP – SÃO PAULO*. Relator: Min. Cezar Peluso. DJ, 3 dez. 2008. Diário da Justiça Eletrônico, 5 jun. 2009.

PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE NO CONTROLE DIFUSO E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO CONTROLE DIFUSO NO CPC BRASILEIRO¹

*PROPORTIONALITY AND REASONABILITY IN DIFFUSE CONTROL AND
CONVENTIONALITY CONTROL AS DIFFUSE CONTROL IN THE BRAZILIAN CIVIL
PROCEDURE CODE*

Hermes Zaneti Júnior²
Geovany Cardoso Jeveaux³

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Códigos-Interpretativos e Escolhas do Intérprete. 3. Proporcionalidade v. Razoabilidade. 3.1. Proporcionalidade. 3.2. Razoabilidade. 4. O Problema: Como Interpretar o Impasse Teórico. 5. Controle de Convencionalidade como Controle Difuso: Aplicação do Critério Hierárquico (SV 25) e do Critério da Especialidade (art. 13, CPC). 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

RESUMO: O presente estudo aborda o tratamento dos temas relacionados ao controle difuso no novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), destacando a interação entre o direito processual e o direito constitucional. No entanto, a efetiva aplicação prática do CPC/2015 nessa área requer um profundo conhecimento de conceitos-chave, cuja ausência pode levar a sérias dificuldades operacionais. O trabalho destaca algumas dessas dificuldades, como o confronto entre razoabilidade e proporcionalidade e o controle de convencionalidade difuso no CPC. Além disso, são apresentadas vias interpretativas capazes de aprimorar as disposições legais, tanto na prática quanto na teoria.

¹ Este trabalho é fruto da pesquisa desenvolvida no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UFES e nos Grupos de Pesquisas “As Colisões de Direitos Fundamentais com Caráter de Princípio no NCPC”, também da UFES, coordenado pelos autores deste texto em conjunto com Prof. Dr. Elias de Oliveira, do Departamento de Ciência da Computação (UFES) e “Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo”, liderado por um dos autores deste texto e pelo Prof. Dr. Antonio Gidi. Trabalho é a visão revista e reescrita dos textos originalmente publicados em *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, SP, v. 16, n. 7, p. 324, jan./abr., 2017 e no Vol. 17 da *Coleção Repercussões do Novo CPC - Controle Concentrado de Constitucionalidade*. Esta versão contém alterações, revisões e correções e uma discussão mais aprofundada sobre o controle de convencionalidade, tendo sido suprimida neste texto a discussão sobre a abstrativização do controle difuso.

² Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Torino. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Doutor em Direito pela Università degli Studi di Roma Tre. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professor da Graduação e Pós Graduação (Mestrado) da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Promotor de Justiça no Estado do Espírito Santo.

³ Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho (UGF/RJ). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/RJ). Professor Adjunto da Faculdade de Direito - Graduação e Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu Mestrado - da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Juiz do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade; Controle difuso; Direito processual; Controle de Convencionalidade; Precedentes.

ABSTRACT: This study addresses the treatment of topics related to diffuse control in the new Code of Civil Procedure (Law No. 13.105/2015), highlighting the interaction between procedural law and constitutional law. However, the effective practical application of the CPC/2015 in this area requires a profound understanding of key concepts, the absence of which may lead to serious operational difficulties. The paper emphasises challenges, such as the confrontation between reasonableness and proportionality and the diffuse control of conventionality in the CPC. Additionally, interpretive approaches are presented to enhance the legal provisions in practice and theory.

Keywords: Unconstitutionality; Diffuse control; Procedural law; Control of Conventionality; Precedents.

1. INTRODUÇÃO

Códigos são produtos da tradição jurídica romano-germânica, surgidos no Estado representativo, que têm a pretensão de tratar de todos os aspectos da vida coletiva, no contexto da ideia de completude da ordem jurídica.

Esses diplomas legislativos também exibem longevidade, não porque retratem as relações jurídicas entre as pessoas e destas com as coisas como se já estivessem dadas de uma vez por todas, mas porque têm a pretensão de refletir, para o futuro, como a sociedade regulada aceita os institutos jurídicos do passado. Como tal, revogações de códigos são eventos raros e ocorrem somente quando se reconhece um descompasso entre os institutos regulados e a tradição jurídica posterior dessa mesma sociedade. Essa ruptura também projeta a cultura futura.

O Código de Processo Civil de 1973 (CPC) foi forjado para litígios individuais e já se encontrava desatualizado em relação aos litígios massificados, estruturais e coletivos emergentes na realidade atual. Além disso, estava defasado no campo do direito constitucional, dado certos institutos surgidos na Constituição Federal de 1988 e reformas constitucionais subsequentes, bem como inúmeras decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no âmbito do controle concentrado e difuso de constitucionalidade, frequentemente referidas como “ativismo judicial” (embora imprecisamente).

Essas inovações, reformas e decisões contribuíram para um aumento considerável da complexidade interpretativa tanto do direito em geral quanto do direito processual, especialmente quando se tratava de conflitos de origem constitucional.

O CPC de 2015 surge no cenário jurídico brasileiro como meio de atualizar o direito processual brasileiro para uma nova realidade, na qual o direito processual como um todo é constitucionalizado, interpretado conforme o conjunto de normas e valores emergentes do pacto constitucional. No entanto, parece termos perdido a oportunidade de debater em profundidade os pontos de contato com o direito constitucional, que serão abordados neste trabalho e que são importantes para interpretar o CPC/2015.

Um exemplo ilustrativo dessa falta de diálogo pode ser encontrado na referência a valores fundamentais estabelecidos na Constituição Federal, utilizados para a organização, disciplina e interpretação do Código em seu art. 1º (CPC/2015). Qual quadro teórico deve orientar a disposição, disciplina e interpretação do CPC com base nos “valores” da dignidade humana, da não discriminação e da prevalência dos direitos humanos, encontrados no art. 1º da Constituição Federal?

Essa não é uma pergunta retórica, já que a menção à razoabilidade no art. 8º, CPC, como um dos critérios para resolver a colisão entre “normas” mencionadas no § 2º do art. 489, CPC, pode sugerir a adesão a uma teoria de valores para orientar essa resolução, em oposição a uma teoria deontológica. Isso coloca um sério problema teórico de grande profundidade e abrangência, com implicações práticas significativas, especialmente quando se trata de conflitos entre direitos fundamentais. Cada uma dessas teorias se baseia em premissas diferentes, levando a resultados distintos.

2. CÓDIGOS-INTERPRETATIVOS E ESCOLHAS DO INTÉRPRETE

O direito é uma ciência social aplicada, uma construção cultural, e lida com ficções. O direito funciona tanto melhor quanto mais atender as necessidades da sociedade a que regula⁴. Por essa razão, pelas complexidades que movimentos culturais e ciências

⁴ Galeno Lacerda identificou essa ligação. Afirma: “Se no processo se fazem sentir a vontade e o pensamento do grupo, expressos em hábitos, costumes, símbolos, fórmulas ricas de sentido, métodos e normas de comportamento, então não se pode recusar a esta atividade vária e multiforme o caráter de fato cultural” (LACERDA, Galeno. *Processo e cultura*, *Revista de Direito Processual Civil*, v. 2, n. 3, p. 75, jul./dez. 1961). O tema das influências culturais do processo é debatido especialmente por CHASE, Oscar. *Law, Culture, and Ritual. Disputing Systems in Cross-Cultural Context*. New York/London: New York University Press, 2005. O estudo de Chase apresenta dois argumentos muito importantes sobre o

sociais incluem, não se pode falar de apenas uma linha de pensamento e de apenas uma teoria universal do direito.

Teorias valem quanto melhor possam explicar a realidade e quanto melhor mantenham uma coerência interna entre suas premissas, não há uma só teoria do direito, teorias do direito disputam espaço entre si.⁵ As teorias que iremos analisar neste texto são duas potenciais escolhas de códigos-hermenêuticos que representam formas de justificar a decisão diametralmente opostas. Entendemos que uma vez escolhido pelo julgador um “modelo de códigos interpretativos” (ou “códigos hermenêuticos”)⁶ como premissa ele deve se manter fiel a escolha, inclusive para permitir o controle intersubjetivo dos resultados alcançados. Acrescentamos ainda que, muito embora a escolha inclusive das fontes esteja nas mãos do intérprete, em nenhuma hipótese essa escolha pode resultar em resultados “aberrantes” do ponto de vista interpretativo, que desborde do conhecimento prático do direito e do que se consideraria aceitável pelo “ponto de vista interno” dos operadores do direito em um determinado ordenamento jurídico.

No caso da primeira teoria, um parâmetro valorativo prévio deve ser estabelecido para medir os interesses em jogo, resultando inevitavelmente em uma escala hierárquica da qual o resultado do conflito estaria sempre pré-determinado.

processo de resolução de disputas, o primeiro diz respeito ao *reconhecimento da inserção cultural* na qual se identifica o direito e o processo; o segundo fala sobre a *relação de reflexividade do processo para a cultura*, que passa a integrar: “o primeiro é o fato de este processo resolutivo refletir a cultura em está inserido – seus valores, seu arranjo social, sua metafísica e os símbolos através dos quais estes elementos são exteriorizados; o segundo é que esta relação é reflexiva – ou seja, a forma de resolução de conflitos será, também, um componente deste movimento contínuo de manutenção e construção da cultura em que está imerso.” Trecho da bem curada tradução em português, CHASE, Oscar. *Direito Cultura e Ritual. Sistemas de Resolução de Conflitos no Contexto da Cultura Comparada*. Trad. Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: RT, 2014, p. 187. No Brasil, mais recentemente, enfrentando o tema dos precedentes a partir da ótica cultural cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes. Justificativa do Novo CPC*. São Paulo: RT, 2014.

⁵ ZANETI JR., Hermes. *A Constitucionalização do Processo. Do Problema ao Precedente. Da Teoria do Processo ao Código de Processo Civil de 2015*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2021 (posfácio).

⁶ CHIASSONI, Pierluigi. *Codici Interpretativi. Progetto di Voce per un Vademecum Giuridico*. In.: P. Comanducci e R. Guastini, *Analisi e Diritto, 2002-2003*, p. 55/124. O autor, pesquisador analítico afiliado à perspectiva realista da Escola de Gênova, defende o não-cognitivismo hermenêutico e justifica também a impossibilidade de aceitação da tese intermediária de Hart, justamente em razão desta última negar o caráter de escolha do código interpretativo (Idem, p. 116). Mais recentemente vale a leitura da síntese sobre o modelo dos códigos interpretativos proposta por Humberto Ávila no prefácio à edição brasileira de CHIASSONI, Pierluigi. *Técnica da Interpretação Jurídica. Breviário para Juristas*. Trad. Daniel Mitidiero; Otavio Domit; Rafael Abreu; Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, especialmente item 2.10 ao afirmar: “O livro e o conceito são incontornáveis em qualquer debate sério sobre as teorias da interpretação e sua aplicação prática.

Por outro lado, em uma teoria deontológica dogmática, na tradição da jurisprudência dos conceitos, como proposta por Robert Alexy, o equilíbrio entre direitos fundamentais como critério para resolver conflitos não aceita uma definição prévia ou a priori antes da comparação concreta dos direitos.

De acordo com Alexy, quando os princípios colidem, a resolução do conflito requer uma ponderação dos princípios com base em seu peso. Como não há hierarquia, relação pré-existente ou exceção entre princípios, ao contrário do que ocorre com as regras, a escolha entre eles não é baseada em uma relação de prioridade incondicional. Daí a necessidade de uma “lei de colisão”.

Em termos gerais, a “lei de colisão” afirma que a precedência depende das consequências jurídicas dos princípios, sendo uma suposição factual do princípio precedente, ou seja, princípios não têm uma relação absoluta de precedência e não são quantificáveis. Portanto, a dimensão do peso é apenas uma metáfora, uma vez que não é possível quantificar os interesses em conflito de forma abstrata ou absoluta, mas apenas de forma concreta e relativa. Essa lei de colisão está relacionada a outra, que Alexy chama de lei de ponderação, que resume a máxima da proporcionalidade.

Enquanto a lei de colisão afirma que não é possível encontrar uma decisão previamente dada para o conflito entre princípios e que a decisão será encontrada em regras que definem certas condições factuais que, uma vez ocorridas, indicam as consequências jurídicas da precedência de um princípio sobre o outro, a primeira lei de ponderação busca explicar racionalmente o grau de importância das consequências jurídicas de ambos os princípios em conflito.

Em outras palavras, na eventualidade de um conflito não ser resolvido pelas máximas parciais anteriores (adequação e necessidade), a primeira lei de ponderação coloca as consequências jurídicas dos princípios ainda em conflito em uma balança (a metáfora do peso) para determinar qual delas é racionalmente mais importante naquele caso específico.

As referências a valores e proporcionalidade mencionadas acima são relevantes para o controle constitucional, pois, no primeiro caso, o parâmetro valorativo constitucional apenas orienta a aplicação das regras processuais como valores em relação às demais regras processuais infraconstitucionais, mas, ao contrário, quando considerado em seu aspecto deontológico, ele constrange como norma, pois o caráter deontológico e de hierarquia que a própria Constituição assume em relação a todo o ordenamento jurídico significa que as normas processuais infraconstitucionais só são consideradas válidas se

estiverem em conformidade com as normas constitucionais, tanto formal como substancialmente.

Em segundo lugar, no que diz respeito à proporcionalidade, dois ou mais direitos fundamentais são confrontados, além dos critérios de conflito entre regras (hierarquia, especificidade e prioridade) ou mais especificamente a relação de regularidade (que também é pertinente à deontologia). Essas observações são feitas porque há uma linha de contato do segundo tema com a razoabilidade (conceitos que serão explorados abaixo) e, especialmente, para confirmar a hipótese inicial sobre a falta de diálogo ou diálogo suficiente e prévio entre processualistas e constitucionalistas no campo do controle difuso.

3. PROPORCIONALIDADE v. RAZOABILIDADE

Faremos agora uma comparação, de acordo com o art. 8º do CPC, “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz...” deverá observar a “proporcionalidade”⁷ e a

⁷ Não iremos aqui discutir a proporcionalidade processual ou panprocessualismo. Este instituto é diverso da proporcionalidade constitucional objeto do presente texto. A proporcionalidade processual é um dos *overriding objectives* da CPR inglesa e encontra-se muito difundido como princípio no *common law* e no direito comparado europeu, tendo sido inclusive contemplado expressamente nas recentes Regras Modelo de Direito Processual Europeu. Para a melhor compreensão da noção de “proporcionalidade processual” sugerimos a leitura de CAPONI, Remo. Procedimento Sommario di Cognizione e Canone di Proporzionalità. In.: Remo Caponi. *Dogmatica Giuridica e Vita*. Milano: Giuffrè, 2022, p. 343-352; CAPONI, Remo. Proporzionalità e Giustizia Civile. In.: Remo Caponi. *Dogmatica Giuridica e Vita*. Milano: Giuffrè, 2022, p. 1274-1288; OSNA, Gustavo. Processo Civil, Cultura e Proporcionalidade: Análise Crítica da Teoria Processual. São Paulo: RT/Thomson Reuters, 2017; ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Complexity, proportionality and the 'pan-procedural' approach: some bases of contemporary civil litigation. *International Journal of Procedural Law*, n° 4. Cambridge: Intersentia, n. 2, pp. 178-201, 2014; PICHÈ, Catherine. *Figures, Spaces and Procedural Proportionality*. In: <http://www.iapl-2011-congress.com/Inhalt/Papers/Paper%20-%20Pich%C3%A9%20-%20Article%20Proportionality.pdf>, acesso em 26/07/2020; PEREIRA CAMPOS, Santiago. Proporcionalidad Procesal y Justicia Civil: Tiempo de Cambios. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. 23, n.2, pp. 125-1238, Maio-Agosto 2022. O Art. 4.2 do Quebec Code of Civil Procedure determina que: “[i]n any proceeding, the parties must ensure that the proceedings they choose are proportionate, in terms of costs and time required, to the nature and ultimate purpose of the action or application and to the complexity of the dispute; the same applies to proceedings authorized or ordered by the judge.” Como interpretado pela Suprema Corte do Canadá: “This principle means that litigation must be consistent with the principles of good faith and of balance between litigants and must not result in an abuse of the public service provided by the institutions of the civil justice system” (Marcotte c. Longueuil (Ville) [2009] 3 R.C.S. 65, citado por PICHÈ, Catherine, *Figures, Spaces and Procedural Proportionality*, p. 10). E, com destaque para a amplitude do conceito e sua utilidade no direito da América Latina, PEREIRA CAMPOS, Santiago. Proporcionalidad Procesal y Justicia Civil: Tiempo de Cambios. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. 23, n.2, pp. 125-1238, Maio-Agosto 2022, que ressalta que as novas regras incluem um mandato de proporcionalidade para que os juízes e tribunais ao exercerem seus poderes de direção do

“razoabilidade”, além de outros axiomas normalmente chamados de princípios (legalidade, publicidade e eficiência).⁸

No direito constitucional, proporcionalidade e razoabilidade possuem duas abordagens temáticas diferentes, a saber: 1) a europeia, na qual a razoabilidade/razionalidade e a proporcionalidade foram reunidas em três etapas da máxima⁹ da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito)¹⁰; 2) a americana, na qual se faz o exame separado da *means-end relationship* e do *test of balancing*.

3.1. Proporcionalidade

A primeira delas tem em Robert Alexy o principal expoente¹¹, para quem os direitos fundamentais têm caráter de princípio, que provém do mandado típico dos

processo e interpretarem normas processuais tratem os casos com justiça, incluindo critérios como 1) a quantidade de dinheiro envolvida; 2) a importância do caso para o desenvolvimento do direito e para a proteção de direitos humanos e direitos fundamentais; 3) a complexidade, consideras o número de partes ou grupos atingidos e a natureza dos temas tratados no conflito; e 4) as condições financeiras de cada parte e o dever de cooperação para com o serviço público da justiça; 5) a escassez dos recursos do sistema de justiça que faz com que na determinação de “quanto de processo” será atribuído a cada caso sejam considerados não somente o caso individual, mas o conjunto de casos sob a responsabilidade do juiz ou tribunal (idem, p. 1218 e 1222).

⁸ Um dos autores deste texto entende, de certa medida no mesmo sentido que Humberto Ávila, que a qualificação como axioma/postulado, regra ou princípio é também relacional, depende do contexto de aplicação: “A junção entre normas-regra, normas-princípio e normas-procedimento forma um modelo combinado no qual a dissociação heurística joga o papel de definir pela interpretação a espécie normativa aplicável” (ZANETI JR., Hermes. *A Constitucionalização do Processo*, op. cit., p. 362, cap. 5).

⁹ A proporcionalidade é um axioma ou metanorma, e não um princípio, porque é usada para resolver a colisão entre direitos fundamentais com caráter de princípio, e por isso ela mesma nunca entra em colisão com um direito fundamental com caráter de princípio (ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, p. 112 - nota 84). Humberto Ávila denomina este axioma de postulado normativo aplicativo (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2005).

¹⁰ Cf. CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso na Constituição: arqueologia e aplicações*. In: MIRANDA, Jorge (org.). *Perspectivas Constitucionais. Nos 20 Anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, V. II, p. 323-358; e SANDULLI, Aldo. *Ecesso di Potere e Controllo di Proporzionalità. Profili Comparati*. Rivista Trimestrale di Diritto Pubbico, Roma: Giuffrè Editore, 1995, p. 329-370.

¹¹ Vários autores trataram desse tema subjacente, ao distinguirem princípios de regras, mas Alexy foi o único a apresentar uma teoria dogmática, capaz de auxiliar a solução prática das colisões entre direitos fundamentais, para as quais os critérios de solução dos conflitos de regras não são adequados. A principal teoria concorrente à de Alexy é a de Dworkin, mas ela não tem caráter dogmático e sua matiz moral (direito como integridade política) não é satisfatória para a explicitação prática de colisões entre direitos fundamentais, diante da dificuldade em se obter consenso sobre qual decisão é a mais compatível com a razão pública e de não permitir, ao mesmo tempo, o controle intersubjetivo das razões (razões, que, diga-

enunciados/disposições das normas de direitos fundamentais (baixa densidade normativa). Como os princípios podem entrar em colisão, esse caráter de princípio implica na máxima da proporcionalidade, com as suas três máximas parciais: 1) adequação; 2) necessidade ou idoneidade do meio (meio mais benigno); 3) proporcionalidade em sentido estrito (ponderação). Logo, do mandado contido nos enunciados/disposições das normas de direitos fundamentais se deduz o caráter de princípio dos direitos fundamentais, e desse caráter se deduz a máxima da proporcionalidade, como critério de solução de eventual colisão entre princípios de direitos fundamentais¹². As máximas parciais, por sua vez, “definem o que deve entender-se por otimização, de acordo com a teoria dos princípios”¹³.

As possibilidades fáticas que condicionam a precedência entre os princípios em colisão são encontradas nas máximas da adequação e da necessidade, enquanto que as possibilidades jurídicas são encontradas na máxima da proporcionalidade em sentido estrito¹⁴. Analisadas em conjunto, essas possibilidades são determinantes para a solução da colisão no caso concreto. A solução representada pela lei de colisão formará uma regra, que, para ser racional, deverá ser universalizável.¹⁵

A primeira máxima parcial da máxima da proporcionalidade exige que o meio usado para atingir o fim de um princípio de direito fundamental seja adequado, no sentido de uma relação entre meios-e-fins, ou seja, no sentido de não haver um desvio de finalidade de um princípio pelo uso incorreto do meio empregado em sua prática.

se de passagem, a teoria não exige sejam explicitadas e justificadas). No Brasil, a teoria de Alexy é criticada na perspectiva analítica por Humberto Ávila (Teoria dos Princípios, *passim*) e na perspectiva hermenêutica por Lenio Streck e a escola hermenêutica gaúcha (STRECK, Lenio. Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5ª ed., revista, modificada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2014, principalmente p. 221-251; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008). Para um estudo crítico da visão de Humberto Ávila a partir da insuficiência de critérios dogmáticos seguros para a solução daquele tipo de embate, capazes de substituir satisfatoriamente a teoria de Alexy, cf. *op. cit.*, p. 121-124, nota de rodapé n. 91.

¹² *Idem*, p. 111.

¹³ ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. Revista Española de Derecho Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 66, set/dez 2002, p. 26, “definen lo que debe entenderse por optimización, de acuerdo con la teoría de los principios”.

¹⁴ *Idem*, p. 112-113.

¹⁵ A formação de uma regra a partir da colisão resulta em um reforço da teoria dos precedentes e no atingimento de uma das premissas do positivismo jurídico que é a exigência de uma regra para o caso que tenha caráter universalizável, para a melhor explicitação destas ideias, inclusive com um atento diálogo as críticas de Luigi Ferrajoli ao proposto por Robert Alexy, cf. ZANETI JR., Hermes. O valor vinculante dos precedentes, p. 226-242.

Assim, se um decreto de desapropriação, a pretexto de atender ao princípio do interesse público, é utilizado para punir um adversário político ou para impedir um negócio legítimo de compra-e-venda apenas porque tal negócio é contrário às opções ideológicas da autoridade pública, o meio utilizado para atingir o fim daquele princípio enunciado não foi adequado. Se, entre dois princípios em colisão, o meio empregado para a realização de um deles, já no exame da primeira máxima, se mostrar inadequado, o outro princípio prevalece. Caso contrário, ou seja, se os meios de realização de ambos os princípios forem igualmente adequados, continua-se a pesquisa com a máxima seguinte.

A segunda máxima parcial é a da necessidade, que exige indagar previamente se havia mais de um meio adequado de realização do fim de cada princípio em colisão. Se os meios de realização dos princípios opostos eram únicos, ambos foram necessários. Caso contrário, deve-se investigar se o meio eleito entre os meios possíveis era o mais benéfico ou o menos maléfico. Ou seja, de acordo com Alexy, “o meio não é necessário se se dispõe de um mais suave ou menos restritivo”¹⁶, de tal modo que “o fim não pode ser obtido de outra maneira que afete menos o indivíduo”, conforme já decidiu o Tribunal Constitucional alemão¹⁷. Desse modo, se o meio eleito era o necessário para ambos os princípios, ou seja, o menos gravoso, a colisão continua. Caso contrário, a colisão se resolve em favor do princípio de meio mais necessário.

Permanecendo a colisão, quando ambos os meios são adequados e necessários, exsurge então a terceira máxima parcial da proporcionalidade, ou seja, a proporcionalidade em sentido estrito, pela qual se cumpre um mandado de ponderação, também enunciado como lei de ponderação.

Referida lei pode ser assim definida, de acordo com Alexy: 1) “quanto maior é o grau da não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro”; ou 2) “quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção”¹⁸.

¹⁶ ALEXY, Robert. Colisão e Ponderação como Problema Fundamental da Dogmática dos Direitos Fundamentais. Palestra proferida na Casa de Rui Barbosa, em 10.12.1998. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, p. 10.

¹⁷ Op. cit., p. 114 (BverfGE 38, 281 (302)). (“el fin no puede ser logrado de otra manera que afecte menos al individuo”).

¹⁸ ALEXY, Robert. Colisão e Ponderação como Problema Fundamental da Dogmática dos Direitos Fundamentais. Palestra proferida na Casa de Rui Barbosa, em 10.12.1998. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, p. 10.

Em outras palavras, a primeira lei de ponderação “diz o que é o importante nas ponderações, quer dizer, o grau ou a intensidade da não satisfação de um princípio, por um lado, e o grau de importância da satisfação do outro princípio, por outro”, ou seja, “diz o que é que tem de ser fundamentado racionalmente”, já que “a lei de ponderação enquanto tal não formula nenhuma pauta com cuja ajuda possam ser decididos definitivamente os casos”. Daí a sua relação com a lei de colisão.

Enquanto a lei de colisão diz que não é possível encontrar uma decisão previamente dada para o embate entre princípios, e que a decisão será encontrada em regras que definem certas condições fáticas e jurídicas, que, uma vez ocorrentes, indicam as consequências jurídicas de precedência de um princípio sobre outro, a lei de ponderação procura explicar racionalmente o grau de importância das consequências jurídicas de ambos os princípios em colisão.

Em outras palavras, a lei de ponderação, na eventualidade de o embate não ter sido solucionado pelas máximas parciais anteriores, coloca as consequências jurídicas dos princípios ainda em colisão numa balança (metáfora do peso), a fim de precisar qual delas é racionalmente mais importante naquele caso concreto. Nas palavras de Alexy, “a ponderação não é um procedimento no qual um bem é obtido com excessiva pressa a custo de outro [...] seu resultado é um enunciado de preferência condicionado que, de acordo com a lei de colisão, surge de uma regra diferenciada de decisão”.¹⁹

Por isso, “a lei de ponderação aponta, primeiro, para a importância da satisfação do princípio oposto e formula, segundo, um mandato”²⁰, vale dizer, uma regra como

¹⁹ ALEXY, Robert. Colisão e Ponderação como Problema Fundamental da Dogmática dos Direitos Fundamentais. Palestra proferida na Casa de Rui Barbosa, em 10.12.1998. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, p. 10.

²⁰ Op. cit., p. 161-162, 164 e 166-167. (“Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”); (“dice qué es lo importante en las ponderaciones, es decir, el grado o la intensidad de la no satisfacción de un principio, por un lado, y el grado de importancia de la satisfacción del otro principio, por el otro”); (“dice qué es lo que tiene que ser fundamentado racionalmente”); (“la ley de la ponderación en tanto tal no formula ninguna pauta con cuya ayuda pudieran ser decididos definitivamente los casos”); (“la ponderación no es un procedimiento en el cual un bien es obtenido con excesivo apresuramiento a costa de otro [...] su resultado es un enunciado de preferencia condicionado que, de acuerdo con la ley de colisión, surge de un regla diferenciada de decisión”); (“la ley de ponderación apunta, primero, a la importancia de la satisfacción del principio opuesto y formula, segundo, un mandato”). É de se questionar se o espaço para a justificação externa das premissas adotadas, assim como o resultado e seu controle subjetivo, necessários para o terceiro passo – tipicamente jurídico – da ponderação não seja exatamente a conexão entre a teoria de Alexy e a hermenêutica filosófica. Isto ocorre justamente porque a soundness – a coerência ou, querendo, a integridade – dependem da compreensão do ordenamento jurídico. Defendendo essa ordem de ideias e a aproximação entre Alexy e Dworkin no ponto em questão cf. ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos

resultado da própria decisão, regra essa que funciona como razão determinativa e que transforma o direito *prima facie* do princípio precedente em direito definitivo, mantendo o direito contido no princípio precedido em seu estado *prima facie* ou relativo.

Tal operação deve ser realizada em três etapas, a saber:

1ª) define-se a intensidade da intervenção, ou seja, o grau de insatisfação ou afetação de um dos princípios;

2ª) define-se a importância dos fundamentos justificadores da intervenção, isto é, a importância da satisfação do princípio oposto;

3ª) realiza-se a ponderação em sentido estrito, ou seja, responde-se sobre se a importância da satisfação de um princípio justifica a não satisfação do outro princípio²¹.

Assim, de forma simplificada, pode-se conceber essas etapas como o resultado de uma relação entre prós e contras ou de custos e benefícios, na qual se pondera se os prós ou benefícios são proporcionalmente maiores do que os contras ou custos, de tal modo que o princípio com menor custo para o outro seja o preferível.

3.2. Razoabilidade

A segunda abordagem é encontrada no direito constitucional norte-americano, principalmente nos casos em que a lei confere tratamento desigual entre as pessoas²², quando então se exige que a classificação diferencial seja razoável e racional. De acordo com Carlos Roberto de Siqueira Castro:

[...] isto requer dizer que a norma classificatória não deve ser arbitrária, implausível ou caprichosa, devendo, ao revés, operar como meio idôneo, hábil e necessário ao atingimento de finalidades constitucionalmente válidas. Para tanto, há de existir uma indispensável relação de congruência entre a classificação em si e o fim a que ela se destina. Se tal relação de identidade entre meios e fins – *'means-end-relationship'*, segundo a nomenclatura norte-americana - da norma classificatória não se fizer

Frederico Bastos. Teoria da Decisão Judicial no Código de Processo Civil: Uma ponte entre Hermenêutica e Analítica?, Revista de Processo, n. 259, ano 41, p. 21-53. São Paulo: RT, 2016.

²¹ Palestra cit., p. 10; e art. cit., p. 32.

²² Também se costuma referir ao modo como as leis são editadas, porque onde o lobby é institucionalizado e os projetos de lei são submetidos a *hearings*, ocasião em que os interesses em jogo são debatidos, o produto legislativo pode ser conferido como base nesses debates prévios, de modo que uma lei que preveja tratamento estranho à matéria antes debatida pode ser acusada de violar a relação de meios e fins, revelando-se assim como um ato arbitrário e, portanto, irrazoável e irracional.

presente, de modo que a distinção jurídica resulte leviana e injustificada, padecerá ela do vício da arbitrariedade, consistente na falta de ‘razoabilidade’ e de ‘racionalidade’, vez que nem mesmo ao legislador legítimo, como mandatário da soberania popular, é dado discriminar injustificadamente entre pessoas, bens e interesses na sociedade política²³.

Se o meio empregado não atingir o fim desejado pelo dispositivo constitucional, a autoridade que o editou terá exorbitado de sua competência, praticando um ato de abuso de poder, e como todo o sistema constitucional se encontra construído com o objetivo de evitar tal abuso, segue-se que tal meio será inconstitucional.

Logo, o propósito do princípio da razoabilidade e da racionalidade no direito americano é o de fornecer um critério para o controle de constitucionalidade, diferentemente da máxima da proporcionalidade para os europeus, que serve principalmente para solucionar colisões entre direitos fundamentais com caráter de princípio e secundariamente para revelar falsas colisões entre direitos fundamentais, quando o embate termina na primeira ou na segunda etapa, hipótese em que somente então o caso se revela como de controle de constitucionalidade ou de legalidade.

Os americanos resolvem o problema da colisão entre direitos fundamentais por intermédio do *test of balancing*²⁴, que é um:

[...] princípio básico de justiça do sistema de pesagem entre dois lados da uma mesma questão. Exame de prós e contras. O objetivo fundamental é o de encontrar a equidade ou a imparcialidade (como equilíbrio perfeito). Constitucionalmente, o princípio envolve direitos individuais garantidos pela Constituição ponderados diante de direitos estatais, em áreas como as da proteção da igualdade e de liberdade de expressão e de imprensa²⁵.

Como se percebe, o tema não é autoevidente e tampouco abre concessão à facilidade, sendo que o art. 8º do CPC de 2015 em nada auxilia o intérprete sobre qual vertente seguir (quanto à teoria, a redação do § 2º do art. 489 seguiu claramente a de

²³ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 157.

²⁴ GARCÍA, Enrique Alonso. La Interpretacion de la Constitucion. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 413 e ss.

²⁵ GIFIS, Steven H. Law Dictionary. New York: Barroñs, 2003, p. 44: “principle basic to the justice system of weighing both sides of an issue. Examining the pros and cons. The ultimate goal is to seek equality or evenhandedness (a perfect balance). Constitutionally, it involves individual rights guaranteed by the Constitution weighed against state rights in such areas as equal protection and freedom of speech and press”.

Robert Alexy), sugerindo apenas que ao separar as expressões proporcionalidade e razoabilidade se estaria seguindo a abordagem americana.

4. O PROBLEMA: COMO INTERPRETAR O IMPASSE TEÓRICO

O grande problema dessa vertente é que ela pressupõe um altíssimo grau de certeza sobre qual tipo de embate está em disputa, demonstrando a experiência que um caso inicialmente tratado como uma colisão entre direitos fundamentais pode se revelar um controle de constitucionalidade ou de legalidade e vice-versa.

Por exemplo: em épocas de infestação de mosquitos transmissores da dengue (e hoje da Zica e da Chikungunya) algumas autoridades estaduais e municipais editam decretos autorizando que seus agentes de saúde requisitem força policial para adentrar as residências fechadas e naquelas nas quais os moradores não atendem ou se recusam a abri-las para as inspeções, numa aparente colisão entre os direitos fundamentais da incolumidade pública e da inviolabilidade da residência, mas quando se constata que há uma reserva de jurisdição para flexibilizar esse segundo direito (inc. XI do art. 5º da CF/88) a colisão é imediatamente barrada na etapa da adequação, porque um decreto não é adequado para substituir uma ordem judicial, caso em que se afasta a colisão e se reconhece a inconstitucionalidade daquele ato normativo.

Exemplo inverso: um vizinho demanda uma igreja evangélica que instala autofalantes do lado de fora para obter adesão de novos fiéis, reclamando que o som é alto e que professa outra religião, vindo a se verificar depois que o som não fere os limites do art. 42 do DL 3688/41, mas que a profissão de fé é exposta de forma ofensiva a outras religiões, hipóteses em que se nega o controle de legalidade da atitude da igreja e que se constata a existência de colisão entre o mesmo direito fundamental (livre expressão religiosa), a ser resolvida pelas etapas da proporcionalidade.

Com isso, conclui-se o seguinte:

a) a separação nominal da proporcionalidade e da razoabilidade, no art. 8º do CPC/2015, indica que em linha de princípio o direito brasileiro seguiu a vertente americana, mas tal separação não pode ser tomada de forma absoluta, porque a experiência mostra que um caso inicialmente tratado como uma colisão entre direitos fundamentais pode se revelar um controle de constitucionalidade ou de legalidade e vice

versa, de modo que apenas quando há um alto grau de certeza²⁶ sobre o tipo de embate que está em disputa é que se deve partir de uma ou de outra abordagem, esta opção cabe ao intérprete e é controlada a partir do caso concreto e da tradição jurídica;

b) constatando-se que um caso inicialmente tratado como de colisão entres direitos fundamentais reclama controle de constitucionalidade ou vice-versa, a vertente inicial (proporcionalidade v. razoabilidade) deve ser convertida na outra para a solução coerente da questão discutida, assegurando-se previamente o contraditório de ambas as partes (art. 10 do CPC/2015), mediante conversão do julgamento em diligência;

c) sendo o caso de incidência da proporcionalidade, deve-se aplicar a teoria de Alexy, já que o § 2º do art. 489 do CPC/2015 citou expressamente os conceitos ligados às leis de colisão e de ponderação, respectivamente, seguindo-se a rotina da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.²⁷

5. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO CONTROLE DIFUSO: APLICAÇÃO DO CRITÉRIO HIERÁRQUICO (SV 25) E DO CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE (ART. 13, CPC)

Nos termos do art. 13 do CPC, “a jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte”.

Tal redação informa que disposições processuais contidas em documentos normativos internacionais excepcionarão o CPC caso tenham previsões divergentes, restando saber se a exceção ocorrerá no contexto do critério de generalidade/especialidade

²⁶ Uma solução simplificada seria adotar sempre a vertente europeia, mas nos casos em que não se duvida do controle de constitucionalidade ou de legalidade nunca haverá mais de um meio a ponderar sequer sobre a licitude dos meios (adequação) e sobre a existência de outro meio menos gravoso (necessidade), porque haverá tão somente um meio em exame: o ato normativo questionado diante de um parâmetro constitucional ou legal.

²⁷ Na doutrina, criticando essa posição e afirmando que o CPC no art. 489, § 2º é inconstitucional por ofensa ao art. 93, X da CF/88 uma vez que não se ponderam regras e o CPC fala em ponderação de “normas”, incluindo, nesse contexto, as regras, conferir STRECK, Lenio. Art. 489. In.: STRECK, Lenio; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (orgs.). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 688-690. Contudo, nos parece que essa crítica não deve subsistir, para afastá-la: a) basta interpretar o termo norma como apenas normas-princípio, conferindo interpretação conforme; b) quando estivermos diante da colisão entre um princípio e uma regra contraposta, basta aplicar também as noções de caráter *prima facie* das regras (observância de sua prevalência em face do princípio democrático e do processo legislativo) e de ponderação de regras a partir de seus princípios fundantes. Isso porque, após a superação do seu caráter *prima facie* das regras é possível a ponderação entre o princípio contraposto e o princípio que está na base da regra.

ou no do critério hierárquico do conflito entre regras. A rigor, a exceção sugere o primeiro critério, porque nesse tipo de conflito de regras uma não elimina a outra, limitando-se a excepcioná-la, no pressuposto de que uma regra especial derroga a geral apenas nos casos especialmente tratados.

Por outro lado, não se pode ignorar que na edição do enunciado da SV n. 25 o STF acabou tratando incidentalmente do segundo critério, deixando assentado, em resumo, que 1) tratados/convenções internacionais que versem sobre direitos humanos terão hierarquia constitucional somente quando aprovados pelo mesmo procedimento e quórum das emendas constitucionais, sendo que 2) aqueles de mesmo conteúdo não aprovados daquela forma terão *status* supralegal. Logo, 3) tratados/convenções internacionais que não versem sobre direitos humanos continuam tendo *status* legal, revogando e sendo revogados por leis ordinárias e complementares, de acordo com o critério temporal de resolução de conflito de regras (*later in time rule*)²⁸.

De fora parte o paradoxo latente que há nesse entendimento, já que na segunda hipótese se abrigam documentos materialmente constitucionais que não têm hierarquia formalmente constitucional, e por isso não são parâmetro de controle de constitucionalidade, mas de controle de convencionalidade²⁹, o fato é que essa nova categoria normativa pode também afetar a aplicação do CPC, embora por outro critério de solução do conflito entre regras.

Novamente, tais conceitos não são vazios, porque 1) uma coisa é deixar-se de aplicar o CPC diante de algum tratado/convenção internacional (de que o Brasil seja aderente, por óbvio) com ele conflitante no pressuposto de que se põem em confronto uma regra geral e uma regra especial, e 2) outra bem diferente é deixar-se de aplicá-lo no pressuposto de que seja hierarquicamente inferior a algum tratado/convenção internacional, quer por ser constitucional ou quer por ser supra-legal, ou 3) de que sejam da mesma hierarquia mas tenham tempos de edição distintos (*later in time rule*).

No primeiro critério, qualquer tratado/convenção internacional que verse sobre regras processuais será aplicado em lugar do CPC, seja qual for o seu conteúdo (direitos

²⁸ Cf. JEVEAUX, Geovany Cardoso; PEPINO, Elsa. Comentários às Súmulas Vinculantes. Com pesquisa sobre a regra do art. 52, X, da CF. Rio de Janeiro: GZ, 2012, p. 153-168.

²⁹ Todo controle exige um parâmetro, que é um dispositivo/enunciado (controle textual) ou uma norma (controle interpretativo) presente em um texto superior, comparado a um objeto, que é um dispositivo/enunciado (controle textual) ou uma norma (controle interpretativo) presente em um texto inferior.

humanos ou não) e seja qual for o tempo de sua aprovação, afirmando-se a especialidade. Assim, tratados aprovados antes do CPC são aplicáveis ainda que em contrariedade com a regra processual interna atual.

No segundo critério, tudo depende do conteúdo versado (necessariamente direitos humanos) e do procedimento de aprovação (de emendas constitucionais ou não), afirmando-se o critério da hierarquia. No primeiro caso, norma constitucional derivada, no segundo, norma supra-legal.

Já no último, o que importa é o tempo de edição e que a mesma matéria processual tratada não abrigue direitos humanos, caso em que apenas os tratados/convenções internacionais posteriores ao CPC teriam incidência, anterioridade. Este último caso é o que tendencialmente menor validade concede aos tratados e convenções internacionais diante do ordenamento interno.

Considerando que nem todas as matérias processuais versam ou abrigam direitos humanos ou fundamentais, a última hipótese supra praticamente negaria o propósito do art. 13 do CPC e de várias outras disposições que seguem a mesma linha (p. ex.: arts. 24, 83, § 1º, I, 1033, 1035, § 3º, III³⁰), já que haveria uma seleção temporal entre tratados/convenções internacionais de conteúdo comum aprovados antes e depois do Código, seleção essa que não se compraz com o texto daquele dispositivo.

Logo, essa interpretação negaria vigência ao próprio Código de Processo Civil que claramente estabeleceu um primado do direito dos tratados na matéria. Assim, deve-se concluir que o art. 13 do CPC adotou o critério da generalidade/especialidade para resolução do conflito de suas regras com as regras processuais de tratados/convenções internacionais aprovados pelo Brasil, mas isso não exclui o critério hierárquico contido no julgamento da SV n. 25, vale dizer, a regra do art. 13 do CPC diz respeito aos tratados/convenções internacionais que versem sobre direitos processuais comuns, seja qual for o tempo de sua aprovação pelo Brasil, mas quando tais documentos internacionais dispuserem sobre direitos processuais de índole fundamental seus enunciados ou dispositivos (no controle textual) e suas normas (no controle interpretativo) servirão de parâmetro para controle das regras conflitantes do CPC nos casos concretos em exame, seja porque o documento internacional goza de *status*

³⁰ O § 3º do art. 26 foge dessa lógica, porque nele a cooperação jurídica internacional, a ser prevista em tratado próprio, não poderá contrariar “as normas fundamentais que regem o Estado brasileiro”.

constitucional (controle de constitucionalidade), seja porque goza de *status* supralegal (controle de convencionalidade).

Para além das normas-lei, as decisões do Supremo Tribunal Federal que formam normas-precedente em matéria constitucional devem ser consideradas parte integrante do “bloco de constitucionalidade”, consistindo as próprias decisões parâmetros de controle (arts. 927, I e V e 948 a 950, CPC). No mesmo sentido, a doutrina reforça que todo o juiz (e todo o intérprete do sistema interamericano de direitos humanos, seja ele Promotor de Justiça, Defensor Público, advogado etc.) é juiz da convencionalidade e tem o papel de aplicar diretamente as normas convencionais e no caso das decisões da Corte IDH que a interpretam (*res interpretata*) considerá-las precedentes conformadores do “bloco de convencionalidade”, consistente no conjunto dos tratados e convenções e das decisões da Corte IDH que servirá como parâmetro de controle difuso da convencionalidade.

Na doutrina é ressaltada ainda a necessidade daí decorrente de uma “dupla compatibilidade vertical e material”, ou seja, em um juízo formal e material de compatibilidade que leve em consideração as normas constitucionais e as decisões do Supremo Tribunal Federal que formem precedentes e os tratados e convenções internacionais e as decisões da Corte IDH para aferir a conformação e a observância ao parâmetro de controle da constitucionalidade e convencionalidade.³¹

Vale uma última observação. O CPC repetiu em diversos artigos normas constitucionais (p. ex.: arts. 3º, 11, 176). Nestes casos apenas os tratados aprovados com *status* de emenda constitucional deverão prevalecer sobre as normas do CPC, preservando-se o critério hierárquico. Enquanto não alterado o texto constitucional, por força do art. 1º do CPC e da superioridade hierárquica, a norma clonada no CPC prevalece sobre o tratado. O que prevalece é a norma constitucional, o extrato constitucional do texto clonado.

6. CONCLUSÃO

Algumas considerações de encerramento sobre o que dissemos até aqui.

Na parte relativa ao controle difuso o CPC não é auto evidente e exige o domínio de alguns conceitos chave do direito constitucional para ser aplicado de forma coerente,

³¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. *Controle de Convencionalidade pelo Ministério Público*. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2021, p. 57.

pois do contrário se observará um autêntico diálogo tardio de surdos e mudos entre processualistas e constitucionalistas, num confronto que vai além da mera conceituação, para afetar a sua aplicação prática, com notório prejuízo à dinâmica judicial.

A falta de diálogo prévio suficiente e amadurecido entre processualistas e constitucionalistas parece ter sido a causa desse problema, porque não se pode acreditar que previsões relativas a fortes teorias do direito constitucional tenham sido incluídas no novo código por força de uma visão unilateral, tanto mais quando elas são fruto de debates e polêmicas entre os próprios constitucionalistas e que por isso talvez devessem ter sido deixadas em seu *locus*, fora das previsões legislativas. A lei contém em germe muitas polêmicas que ainda estão por ser resolvidas.

Contudo, o Código não é um documento teórico e deve receber uma interpretação que lhe garanta a operabilidade. Em razão deste imperativo conhecer as teorias utilizadas e exigir uma justificação interna e externa da decisão que seja intersubjetivamente controlável e procure identificar qual o “modelo de código interpretativo” utilizado para decidir é um avanço.

Quando aplicado o “código interpretativo” da proporcionalidade deve ser seguido o parâmetro proposto pela doutrina nas conhecidas “lei de colisão” e “lei de ponderação”. É a utilização deste critério como modelo interpretativo que procuramos tratar no tópico específico deste texto, permitindo ao leitor ferramentas para a aplicação e a crítica intersubjetiva da aplicação realizada.

No tópico seguinte, quando tratamos do controle de convencionalidade, demonstramos como a compreensão do problema a partir dos códigos interpretativos clássicos escolhidos pelo legislador no art. 13, CPC e pelo Supremo Tribunal Federal nos casos que resultaram no enunciado da súmula vinculante nº 25, resultaram, no atual arranjo normativo-constitucional e na interpretação conforme, que: a) recebido o tratado ou convenção como emenda constitucional aplica-se o critério de hierarquia para definir como prevalente a norma convencional constitucionalizada; b) tendo o tratado ou convenção como escopo norma de direitos humanos aplica-se, igualmente, a preferência hierárquica, por se tratar de norma supralegal; c) para os casos em que não se tratar de normas internalizadas de cariz constitucional ou direitos humanos aplica-se o critério da especialidade determinado pelo CPC.

Assim, em nenhuma hipótese deve prevalecer o critério temporal. Isso ocorre porque o Código de Processo Civil claramente estabeleceu um primado do direito dos tratados na matéria. Portanto, deve-se concluir que o art. 13 do CPC adotou o critério da

generalidade/especialidade para resolução do conflito de suas regras com as regras processuais de tratados/convenções internacionais aprovados pelo Brasil, mas isso não exclui o critério hierárquico conforme os precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Seja como for, espera-se que o presente trabalho forneça ferramentas conceituais para a aplicação coerente do CPC no campo do controle difuso, remediando assim o déficit de diálogo antes mencionado.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Colisão e Ponderação como Problema Fundamental da Dogmática dos Direitos Fundamentais. Palestra proferida na Casa de Rui Barbosa, em 10.12.1998. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.

_____. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 66, set/dez 2002.

_____. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Complexity, proportionality and the 'pan-procedural' approach: some bases of contemporary civil litigation. *International Journal of Procedural Law*, nº 4. Cambridge: Intersentia, n. 2, pp. 178-201, 2014.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2005.

CANAS, Vitalino. O Princípio da Proibição do Excesso na Constituição: arqueologia e aplicações. In: MIRANDA, Jorge (org.). *Perspectivas Constitucionais. Nos 20 Anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, V. II.

CAPONI, Remo. Procedimento Sommario di Cognizione e Canone di Proporzionalità. In.: Remo Caponi. *Dogmatica Giuridica e Vita*. Milano: Giuffrè, 2022, p. 343-352.

_____. Proporzionalità e Giustizia Civile. In.: Remo Caponi. *Dogmatica Giuridica e Vita*. Milano: Giuffrè, 2022, p. 1274-1288.

CAPPELLETTI, Mauro. Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato [1968], trad. para o português de Aroldo Plínio Gonçalves, CAPPELLETTI, Mauro. O controle de constitucionalidade de leis no direito comparado. trad. Aroldo Plínio Gonçalves; revisão José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CHIASSONI, Pierluigi. Codici Interpretativi. Progetto di Voce per un Vademecum Giuridico. In.: P. Comanducci e R. Guastini, *Analisi e Diritto*, 2002-2003, p. 55/124.

_____. Técnica da Interpretação Jurídica. Breviário para Juristas. Trad. Daniel Mitidiero; Otavio Domit; Rafael Abreu; Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

GARCÍA, Enrique Alonso. *La Interpretacion de la Constitucion*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

GIFIS, Steven H. *Law Dictionary*. New York: Barroóns, 2003.

JEVEAUX, Geovany Cardoso; PEPINO, Elsa. *Comentários às Súmulas Vinculantes. Com pesquisa sobre a regra do art. 52, X, da CF*. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4ª ed. São Paulo RT, 2016.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. *Controle de Convencionalidade pelo Ministério Público*. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2021.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OSNA, Gustavo. *Processo Civil, Cultura e Proporcionalidade: Análise Crítica da Teoria Processual*. São Paulo: RT/Thomson Reuters, 2017.

PEREIRA CAMPOS, Santiago. *Proporcionalidad Procesal y Justicia Civil: Tiempo de Cambios*. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. 23, n.2, pp. 125-1238, Maio-Agosto 2022.

PICHÈ, Catherine. *Figures, Spaces and Procedural Proportionality*. In: <http://www.iapl-2011-congress.com/Inhalt/Papers/Paper%20-%20Pich%C3%A9%20-%20Article%20Proportionality.pdf>, acesso em 26/07/2020.

SANDULLI, Aldo. *Eccesso di Potere e Controllo di Proporzionalità. Profili Comparati*. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Roma: Giuffrè Editore, 1995.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Juruá, 2011.

STRECK, Lenio. Art. 489. In.: STRECK, Lenio; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5ª ed., revista, modificada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2014.

ZANETI JR., Hermes. *A Constitucionalização do Processo. Do Problema ao Precedente. Da Teoria do Processo ao Código de Processo Civil de 2015*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2021.

_____. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2ª ed., rev. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016.

ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Teoria da Decisão Judicial no Código de Processo Civil: Uma ponte entre Hermenêutica e Analítica?, Revista de Processo, n. 259, ano 41, p. 21-53. São Paulo: RT, 2016.

**ENTRE DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS: A TUTELA JURÍDICA DOS
DIREITOS HUMANOS-FUNDAMENTAIS NO PARALELISMO DE ORDENS
JURÍDICAS PARA PAÍSES EMERGENTES**

*BETWEEN CONSTITUTIONAL DIALOGUES: LEGAL PROTECTION OF
FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS IN THE PARALLEL OF LEGAL ORDERS FOR
EMERGING COUNTRIES*

Eduardo Cambi¹

Letícia de Andrade Porto Nosaki²

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direito Constitucional Comparado: Interpretando Constituições a partir de problemas comuns. 3. Direitos Fundamentais e Limitações Constitucionais. 4. A Tutela dos Direitos Humanos-Fundamentais no paralelismo de Ordens Jurídicas. 5. Conclusões. 6. Referências bibliográficas.

RESUMO: O direito é um subsistema da sociedade, sendo marcado por conflitos entre direitos humanos-fundamentais. O objetivo da presente pesquisa busca analisar tais controvérsias sob a ótica de um diálogo regional em direitos humanos. Para tanto, a pergunta de pesquisa cinge-se em conhecer: O diálogo entre diferentes ordens jurídicas tem o condão de acomodar e ampliar a tutela dos direitos humanos em países emergentes? Optou-se pelo método dialético, mediante análise bibliográfica atinentes ao diálogo em direitos humanos. Como conclusão, foram buscados instrumentos e análise de direito comparado como soluções de conflitos que envolvam direitos humanos-fundamentais, de forma a encontrar a solução que mais proteja a dignidade humana, em detrimento de limitações e restrições genéricas a esses direitos, no contexto do constitucionalismo latino-americano.

Palavras-chave: Direitos humanos; Direito constitucional comparado; Diálogo em Direitos Humanos; Teoria Crítica dos Direitos Humanos; Limitação dos direitos fundamentais.

ABSTRACT: Law is a subsystem of society, marked by conflicts between fundamental human rights. The objective of this research is to analyze such controversies from the perspective of a regional dialogue on human rights. Therefore, the research question is

¹ Pós-Doutor pela Università degli Studi di Pavia (Itália). Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor do programa de pós-graduação (doutorado e mestrado) da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e do Centro Universitário Fundação Assis Gurgaz (FAG). Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Presidente do Instituto Paranaense de Direito Processual. Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídica. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6446292329035065>.

² Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Especialista em Direito Constitucional pela ABDCONST e FEMPAR/PR. Chefe de gabinete de Desembargador - TJPR.

limited to knowing: Does the dialogue between different legal systems have the power to accommodate and expand the protection of human rights in emerging countries? The dialectical method was used in the present research, through bibliographic analysis related to dialogue on human rights. In conclusion, instruments and comparative law analysis were sought as solutions to conflicts involving fundamental human rights, in order to find the solution that best protects human dignity, to the detriment of generic limitations and restrictions to these rights, in the context of Latin American constitutionalism.

Keywords: Human rights; Comparative constitutional law; Dialogue on Human Rights; Critical Theory of Human Rights; Limitation of fundamental rights.

1. INTRODUÇÃO

O sistema jurídico é parte do macrossistema social³, e deve se adequar às características das sociedades modernas, marcadas pela pluralidade (impossibilidade de organização a partir de norma única, o que enseja a necessidade de interpretar e aplicar várias normas, para evitar antinomias), pela complexidade, pela superação do racionalismo científico positivista e pela influência cada vez maior da tecnologia da informação e da inteligência artificial.

Conflitos entre direitos fundamentais-humanos são inerentes à vida social moderna e a afirmação do Estado Democrático de Direito. As tensões são fenômenos que advêm do desenvolvimento da sociedade, que busca progredir junto à ordem jurídica, o que repercute na tutela dos direitos fundamentais - protegidos em escala nacional - e dos direitos humanos - em escala global.

Boaventura de Sousa Santos elucida três tensões dialéticas: a primeira decorrente da regulação social e emancipação social; a segunda entre Estado e Sociedade Civil - levando-se em consideração as gerações de direitos e a legitimidade de garantia destes; e aquela pertinente ao Estado-nação e o fenômeno da globalização, em conflitos que envolvem a soberania e o reconhecimento global da proteção dos direitos humanos⁴.

O objetivo da pesquisa é analisar os conflitos entre direitos humanos sob a ótica de um diálogo regional, a fim de aperfeiçoar a sua tutela jurídica. A pergunta da presente

³ BITTAR, Eduardo. **Introdução ao estudo do direito: humanismo, democracia e justiça** [versão on-line]. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 521-522.

⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. **As tensões da modernidade**. Fórum Social Mundial. Biblioteca das Alternativas. Disponível em: Boaventura_de_Sousa_Santos (susepe.rs.gov.br) Acesso em: 25 abr. 2022.

pesquisa limita-se em conhecer: O diálogo entre diferentes ordens jurídicas tem o condão de acomodar e ampliar a tutela dos direitos humanos em países emergentes?

O artigo encontra-se dividido em três frentes, quais sejam a exposição das técnicas de direito constitucional comparado, as limitações constitucionais envolvendo a efetivação dos direitos fundamentais e uma análise da tutela dos direitos humanos em se considerando a pluralidade de ordens jurídicas.

Como método de pesquisa, descortina-se o método dialético, mediante análise bibliográfica atinentes ao diálogo em direitos humanos. Pretende-se, também, buscar soluções para conflitos que envolvam direitos fundamentais de forma a encontrar a solução que mais proteja a dignidade humana, em detrimento de limitações e restrições genéricas a tais direitos, no contexto do constitucionalismo latino-americano.

2. DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO: INTERPRETANDO CONSTITUIÇÕES A PARTIR DE PROBLEMAS COMUNS

O direito constitucional comparado discute estratégias para pensar o Direito⁵. Segundo Mark Tushnet, há duas formas de compreender o direito comparado constitucional: por meio do universalismo normativo, mediante observância de princípios fundamentais (principalmente no direito internacional dos direitos humanos) e do funcionalismo. O somatório destes dois métodos resulta em um terceiro: o contextualismo, o qual enxerga as ideias constitucionais pelas lentes do contexto institucional nacional no qual está inserido. Essas metodologias questionam a exportação das ideias constitucionais, uma vez que são vistas sob o aspecto interno, mantendo coerência dentro do sistema nacional e causando mudanças drásticas quando importadas para outro ordenamento jurídico⁶.

Em se partindo de múltiplas ordens jurídicas (nacional, regional e global), os conflitos entre direitos humanos aparecem. Como forma de solucionar tal tensão, o estudo comparativo entre ordens pode operar como instrumento de interpretação de forma a sopesar direitos e garantir a melhor análise protetiva.

⁵ TUSHNET, Mark. Some reflections on method in comparative constitutional law. In: CHOUDHRY, Sujit (ed.). **The migration of constitutional ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 67.

⁶ TUSHNET, Mark. Some reflections on method in comparative constitutional law. In: CHOUDHRY, Sujit (ed.). **The migration of constitutional ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 68.

Na visão de Tushnet, o desafio do contextualismo repousa no cuidado em estabelecer a migração das ideias constitucionais, principalmente no que concerne a este empréstimo a outras jurisdições. O objeto do estudo comparativo deve ser a maneira pela qual as ideias constitucionais que migram transformam-se ao cruzar a fronteira⁷.

Isso porque não há método que seja válido em todos os contextos⁸, assim como inexistente método absoluto. Os pesquisadores devem se pautar pela funcionalidade metodológica, caso a caso. Em se falando de direito comparado, a metodologia não deve ser vista, unicamente, como solução, mas também como um problema⁹.

A ótica funcional, defendida por Tushnet, contribuiu para a prática do direito comparado constitucional. Sob as lentes funcionalistas, escolhe-se um problema comum, social ou político - enquadrado nos termos do direito constitucional -, e se dirige à solução dada em determinado contexto legal nacional (*judicial review*). No funcionalismo, a função é definida como as relações entre instituições e problemas¹⁰.

Com efeito, “[...] supõe que diversas sociedades ou regimes constitucionais têm que lidar com problemas parecidos (senão, os mesmos) e chegam a um acordo (constitucional) com eles de maneira semelhante”¹¹.

O funcionalismo reduz a uma solução unitária, sendo que

[...] a universalidade dos problemas é complementada pela suposição de que diferentes sociedades enfrentam necessidades semelhantes e que, para sobreviver, qualquer sociedade deve ter instituições (funcionalmente equivalentes) que atendam a essas necessidades. O foco na resolução de problemas visa ajudar os comparatistas a (a) transcender as experiências específicas de cada país, (b) restaurar a ideia, o ideal e a ideologia de um corpo coerente de leis e (c) defender ou recapturar o potencial racional das constituições como leis (superior)¹².

⁷ TUSHNET, Mark. Some reflections on method in comparative constitutional law. In: CHOUDHRY, Sujit (ed.). **The migration of constitutional ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 83.

⁸ GLANERT, Simone. Method? In: MONATERI, Pier Giuseppe (ed.). **Methods of Comparative Law**. Cheltenham/Northampton: Edward Elgar, 2012. p. 65.

⁹ GLANERT, Simone. Method? In: MONATERI, Pier Giuseppe (ed.). **Methods of Comparative Law**. Cheltenham/Northampton: Edward Elgar, 2012.. p. 81.

¹⁰ FRANKENBERG, Günter. **Comparative constitutional studies: between magic and deceit**. Cheltenham; Northampton: Edward Elgar, 2018. p. 70.

¹¹ FRANKENBERG, Günter. **Comparative constitutional studies: between magic and deceit**. Cheltenham; Northampton: Edward Elgar, 2018. p. 70.

¹² FRANKENBERG, Günter. **Comparative constitutional studies: between magic and deceit**. Cheltenham; Northampton: Edward Elgar, 2018. p. 71.

Por outro lado, a ideia do transplante jurídico no âmbito do direito comparado revela-se de extrema importância, em razão do diálogo entre sistemas e a congruência de normas em direitos humanos que permitam alargar a proteção a nível local e regional. Conforme Alan Watson, os transplantes jurídicos impõem “a mudança de uma regra [...] de um país para outro, ou de um povo para outro”¹³.

Assim, o Direito é marcado por regras, que podem dialogar com outras jurisdições e sistemas. Isso porque, na história das Constituições, segundo John Cairns¹⁴, é comum observar imitações, adaptações e rejeições de textos normativos estrangeiros. Um bom exemplo está no uso difundido do Código Napoleônico para regular o Direito Civil no ocidente. A colonização das Américas, da África e da Ásia pela Europa pode ser a chave para a recepção normativa napoleônica no século XIX, o que configurou a influência do sistema francês em outros países¹⁵.

Todavia, há críticas que negam que o transplante jurídico possa perfazer um diálogo constitucional. Conforme Pierre Legrand, “o significado da regra é [...] uma função dos pressupostos epistemológicos do intérprete que estão, eles próprios, histórico e culturalmente condicionados”¹⁶. O intérprete cresce com a visão do ambiente no qual faz parte; por isso, diz-se que cada criança inglesa é uma jurista da *common law*¹⁷. Logo, a interpretação é o produto subjetivo cultural, por meio de uma compreensão da regra baseada em valores da época e do ambiente no qual o indivíduo está inserido.

He argued that **law simply could not be separated from its context**. Indeed the law only existed as interpreted and applied “within an interpretative community.” Law was “a matter of myth and narrative,” which, if belonging to another culture, we could only grasp “imperfectly through translation rather than expect to find a method of reproducing its ‘effects.’” To put it crudely, in

¹³ WATSON, Alan. *Legal Transplants: An Approach to Comparative Literature*. 2nd. ed. Athens, Georgia: **University of Georgia Press**, 1993, p. 21.

¹⁴ CAIRNS, John W. Watson, Walton, and the history of legal transplants. **Georgia Journal of International & Comparative Law**, Athens, v. 41, p. 637-696, 2013. p. 669

¹⁵ CAIRNS, John W. Watson, Walton, and the history of legal transplants. **Georgia Journal of International & Comparative Law**, Athens, v. 41, p. 637-696, 2013. p. 670.

¹⁶ LEGRAND, Pierre. A impossibilidade de “transplantes jurídicos”. **Cadernos do programa de pós-graduação Direito** - UFRGS. v. 9, n. 1, 2014. p. 05.

¹⁷ LEGRAND, Pierre. A impossibilidade de “transplantes jurídicos”. **Cadernos do programa de pós-graduação Direito** - UFRGS. v. 9, n. 1, 2014. p. 06.

other words, **law only has a meaning in context; change the context and the law changes**¹⁸. (Grifo nosso).

Nesse cenário, os transplantes jurídicos - considerados efetivos - só poderiam ocorrer entre sistemas jurídicos quando as normas e o contexto fossem importados igualmente - o que, na prática, revela-se impossível¹⁹, uma vez que cada Estado possui suas particularidades - e cada Constituição é única.

O estudioso do direito comparado deve ter em mente o somatório de ordens jurídicas, e não um sistema único. O Direito é um ramo de estudo multicultural e polissêmico, com visões e valores plurais e diferentes. Cada manifestação do Direito - seja por regras, atos ou outras normativas - deve estar imbricado com um fato social e associado por um conjunto de valores.

A metalinguagem descritiva e crítica, por guardar sensibilidade com a heterogeneidade cultural, revela-se uma forma assertiva de proceder aos estudos comparados. O mais importante na análise comparada repousa no ponto de encontro entre aquilo que é significativo na diferença em relação aos outros²⁰.

A propósito, Gunther Teubner explica:

“Comparative law should no longer simply study foreign laws but study the interrelations between different legal systems”; “Transplants [are] the main source of legal change”; and “Legal evolution takes place rather insulated from social changes, that it tends to use the technique of ‘legal borrowing’ and **can be explained without reference to social, political, or economic factors**”²¹. (grifo nosso)

As Constituições são frutos da realidade histórica de uma sociedade, convivendo com contradições e tensões internas, normas abertas, redundantes e vagas, o que pode resultar em problemas de interpretação e de entendimento²², que serão objeto de análise do próximo tópico.

¹⁸ CAIRNS, John W. Watson, Walton, and the history of legal transplants. **Georgia Journal of International & Comparative Law**, Athens, v. 41, p. 637-696, 2013. p. 680.

¹⁹ CHOUDHRY, Sujit. Migration in comparative constitutional law. In: CHOUDHRY, Sujit. **The migration of constitutional ideas**. Cambridge University Press, 2007. p. 17.

²⁰ TAYLOR, Charles. **The Malaise of Modernity**. Toronto: Anansi, 1991, pp. 35-36.

²¹ TEUBNER, Gunther. **Legal Irritants**: good faith in british law or how unifying law tends up in new divergences, 61 mod. l. rev. , 11, 14 (1998).

²² FRANKENBERG, Günter. **Comparative constitutional studies**: between magic and deceit. Cheltenham; Northampton: Edward Elgar, 2018. p. 87.

Apesar das dificuldades envolvendo a metodologia comparada para a interpretação adequada aos direitos humanos e ao princípio *pro persona*, o direito comparado consubstancia-se em importante fomento ao diálogo, contribuindo para a potencial proteção aos direitos humanos, servindo como meio para ampliar e tutelar esses direitos. As eventuais limitações constitucionais atinentes ao alcance dos direitos fundamentais e humanos, como as colisões entre direitos, serão tratadas no próximo tópico.

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS E LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS

No Estado Democrático de Direito, a convivência de direitos fundamentais, por vezes, desperta tensões e choques em situações nas quais um deve preponderar sobre o outro. Sobre o impasse, por exemplo, destaca-se a colisão ocorrida entre o direito à vida e a liberdade religiosa das Testemunhas de Jeová, contemplada na reflexão realizada por Luís Roberto Barroso. “Em uma sociedade plural, é inevitável que os direitos da personalidade entrem em conflitos potenciais ou reais entre si, exigindo temperamentos e até a imposição de restrições recíprocas ou condicionadas”²³.

Ao se falar de colisões, Marcelo Duque leciona acerca da eficácia dos direitos fundamentais e a impossibilidade da renúncia a tais direitos. Sobre os maus entendidos provocados pela palavra ‘renúncia’, afiança o autor,

A renúncia a direitos fundamentais deve ser entendida, então, **como uma renúncia ao exercício desses direitos e não à titularidade dos mesmos**, muito embora haja quem defenda que o não exercício (*Nichtausübung*) de um direito não significa renúncia, pois representa determinada forma de exercício de liberdade. O problema é que se se contempla a renúncia a partir de perspectiva diversa, que não a do não exercício de direitos, fica difícil fundamentá-la do ponto de vista constitucional. Isso porque aquele que ingressa em uma relação de poder não pode renunciar ao direito fundamental como tal (*als solches*), já que no caso ele se ocupa meramente da possibilidade de emprego do direito fundamental em determinada extensão, por meio da natureza dessa relação. Ademais, como os próprios críticos da expressão

²³ BARROSO, Luís Roberto. Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (Org.). **Direitos, deveres e garantias fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 661-708.

reconhecem, a concepção de não exercício de um direito fundamental cumpre uma função central de liberdade assegurada, sendo possível ser fundamentada em consideração ao ordenamento constitucional vigente. **A perspectiva do exercício harmoniza-se, portanto, com a questão decisiva da matéria, que é saber em qual medida o indivíduo pode renunciar a direitos fundamentais do qual é titular**²⁴. (Grifo nosso).

A renúncia aos direitos fundamentais só pode ser analisada à luz do caso concreto, em razão da natureza abstrata desses direitos. Importante delinear que a renúncia atinge o exercício dos direitos colidentes - e não a titularidade destes.

Os direitos fundamentais se consubstanciam em direitos tutelados pela Constituição Federal, no âmbito da ordem jurídica nacional. Por outro lado, os direitos humanos transcendem fronteiras, sendo direitos inerentes ao ser humano, independentemente de onde se encontrarem. Conforme lecionam Melina Girardi Fachin e Marcos Alberto Rocha Gonçalves,

Inicialmente idealizado dentro do ordenamento jurídico interno, os direitos fundamentais tutelam aqueles direitos indispensáveis à vida humana, com foco na dignidade da pessoa. Já no cenário internacional, os direitos humanos ganham força por meio dos tratados internacionais, que funcionam como base para a consecução de um "piso protetivo". Os direitos fundamentais e os direitos humanos complementam-se, à medida que ambos promovem a proteção de garantias pautadas no princípio *pro persona*. Pensando a partir da ótica do constitucionalismo multinível e de um diálogo entre atores, direitos humanos e fundamentais se fundem. Isso porque a dignidade da pessoa humana é a força motriz do diálogo, que irradia e permeia as diferentes ordens jurídicas. Logo, direitos humanos e direitos fundamentais "convergem para o mesmo fim e sentido de prevenir o sofrimento humano e resguardar sua dignidade"²⁵.

Inegável a indissociação entre direitos fundamentais e liberdade, uma vez que é esse componente de liberdade que comporta restrições e renúncias pontuais em face do exercício de determinados direitos fundamentais em situações específicas. Também, não

²⁴ DUQUE, Marcelo Schenk. A questão da renúncia a direitos fundamentais. **Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: RT, 2014. p. 107

²⁵ FACHIN, Melina Girardi; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. De fora, de cima e de abaixo – todos os sentidos da dignidade no discurso de direitos. **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**, Curitiba, v. 02, n. 02, p. 78-94. jul./dez. 2016. p. 91.

se pode falar em renúncia total - isso porque, “para que seja constitucionalmente fundamentada, tem que ser parcial”²⁶.

Para tanto, Gilmar Mendes sustenta o estabelecimento do âmbito de proteção estritamente relativo, que “dependem de concretização e conformação por parte do legislador”²⁷, devendo vincular e obrigar o Estado. Isso porque supressões nesses direitos podem lesar as garantias neles tuteladas, existindo para o legislador “um dever de preservar tais garantias”²⁸. Da mesma forma que devem ser preservadas, surge o dever de legislar, que se consubstancia em “conferir conteúdo e efetividade aos direitos constitucionais com âmbito de proteção estritamente normativo”²⁹.

Sobre limitações e ampliações dos direitos fundamentais, Peter Häberle defende sua multidimensionalidade, a partir da percepção destes como uma espécie de “conjunto flexível a serviço da proteção ideal dos direitos fundamentais”³⁰. Tal conjunto abre-se ao desenvolvimento de novos temas e dimensões protetivas ao indivíduo e grupos sociais³¹, que evoluem com o passar do tempo.

O nível da margem de autonomia que um indivíduo detém ao renunciar seus direitos fundamentais encontra-se intimamente relacionado com a disponibilidade desses direitos e a autodeterminação do particular, sendo que a restrição de direitos deve construir uma relação de simbiose, buscando uma realização comum dos direitos e garantias³².

²⁶ DUQUE, Marcelo Schenk. A questão da renúncia a direitos fundamentais. **Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: RT, 2014. p. 110.

²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 39.

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 39.

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 39.

³⁰ HÄBERLE, Peter. Dimensões dos direitos fundamentais à luz de uma comparação de níveis textuais de Constituições. **Revista de Direito Público**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 55, p. 30-56, 2014. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2236/1159> Acesso em: 12 jul. 2022. p. 189.

³¹ HÄBERLE, Peter. Dimensões dos direitos fundamentais à luz de uma comparação de níveis textuais de Constituições. **Revista de Direito Público**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 55, p. 30-56, 2014. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2236/1159> Acesso em: 12 jul. 2022. p. 189.

³² DUQUE, Marcelo Schenk. A questão da renúncia a direitos fundamentais. **Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: RT, 2014. p. 114-118.

No que se refere às restrições, a prevalência da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro é fator a ser considerado, em razão do papel central que tal direito assume na garantia dos direitos humanos. Na dicção de Luís Roberto Barroso,

A dignidade da pessoa humana é o fundamento e a justificação dos direitos fundamentais. Ela tem uma dimensão ligada à autonomia do indivíduo, que expressa sua capacidade de autodeterminação, de liberdade de realizar suas escolhas existenciais e de assumir a responsabilidade por elas. A dignidade pode envolver, igualmente, a proteção de determinados valores sociais e a promoção do bem do próprio indivíduo, aferido por critérios externos a ele. Trata-se da dignidade como heteronomia. Na Constituição brasileira, é possível afirmar a predominância da ideia de dignidade como autonomia, o que significa dizer que, como regra, devem prevalecer as escolhas individuais. Para afastá-las, impõe-se um especial ônus argumentativo.³³

Mesmo em se estabelecendo parâmetros de identificação dos limites de restrição a um direito fundamental, percebe-se que a identificação do âmbito de proteção desses direitos não é facilmente visualizada, exigindo cuidados hermenêuticos do operador do Direito.

Gilmar Mendes, ao proceder ao estudo comparado da teoria dos *limites dos limites* (*Schranken-Schranken*), procura balizar a atuação do legislador quando da restrição de direitos individuais, criando verdadeiros núcleos essenciais intangíveis dos direitos fundamentais. Ou seja, “esses limites, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas”³⁴.

Com efeito, a construção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, aplicadas em muitas Constituições contemporâneas, consigna que “os direitos fundamentais não podem ser restringidos a ponto de se tornarem invólucros vazios de

³³ BARROSO, Luís Roberto. Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (Org.). **Direitos, deveres e garantias fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 42

³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 56.

conteúdo, sobretudo em sistemas onde desfrutam do *status* de cláusulas pétreas”³⁵. O núcleo essencial funciona como o último limite, o qual deve ser respeitado pelo legislador.

Não se pode olvidar que, na dicção de Dworkin, os direitos fundamentais são considerados trunfos - especialmente aqueles que protegem liberdades e garantias³⁶, razão pela qual sua ponderação deve ser estritamente pontual e essencial, de maneira a provocar o mínimo impacto na proteção desses direitos.

A concepção de uma constituição democrática que contemple a ótica pluralista é “um verdadeiro compromisso de possibilidades”³⁷. Nesse diapasão, desenham-se as constituições “abertas”, as quais permitem, “dentro dos limites constitucionais, tanto a espontaneidade da vida social como a competição para assumir a direção política, ambas condições para a sobrevivência de uma sociedade pluralista e democrática”³⁸.

Com maior amplitude, a tutela dos direitos humanos não encontra limitação no texto constitucional, mas, sim, abre-se à proteção proveniente do bloco de constitucionalidade, previsto no art. 5º, § 2º da CF. Essa ampliação garante espaço de destaque ante às diversas ordens jurídicas que orbitam e coexistem, trazendo o fomento ao diálogo e a potencial permeabilidade de diplomas protetivos internacionais de direitos humanos na ordem jurídica pátria.

Por essa razão, tendo em vista a importância do estudo pretérito das metodologias de direito comparado, tem-se que o fio condutor entre Constituição e a tutela dos direitos fundamentais, tratado neste tópico, ampliar-se-á no próximo item sob as lentes de uma ótica global de proteção aos direitos humanos.

³⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 140.

³⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 586.

³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. A influência de Peter Häberle no Constitucionalismo brasileiro - Um dossiê em homenagem a Peter Häberle. **Journal of institutional studies**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, 2016. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/48/43> Acesso em: 12 jul. 2022. p. 36.

³⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**: Ley, Derechos, Justicia. 10a ed. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2011, p. 14.

4. A TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS-FUNDAMENTAIS NO PARALELISMO DE ORDENS JURÍDICAS

A pluralidade de ordens jurídicas abre a discussão da doutrina constitucionalista em relação à concepção do constitucionalismo multinível (de Pernice)³⁹.

Há doutrinadores, inclusive, que defendem a constitucionalização do direito internacional (e internacionalização do direito constitucional), em razão da influência mútua de ambos. Sobre a harmonização entre ordens jurídicas, André de Carvalho Ramos leciona:

Conseqüentemente, o Brasil – por sua livre vontade – possui agora textos normativos de ordens diversas (de matriz constitucional e de matriz internacional) que podem colidir e, para piorar, pode existir interpretação diversa sobre o mesmo diploma (o Supremo Tribunal Federal interpretando as normas internacionais incorporadas internamente de modo dissonante dos órgãos criados pelos próprios tratados). Se não avançarmos na análise do fenômeno da pluralidade das ordens jurídicas surge o risco do choque das placas tectônicas, com danos a todos os ordenamentos envolvidos⁴⁰.

A harmonização das ordens jurídicas não se consubstancia, unicamente, na acomodação entre ordens, mas, sim, na garantia da efetividade dos direitos humanos e garantias fundamentais, de modo a tomar medidas que sejam, de fato, protetivas e eficazes. Aqui, pode-se pensar em políticas públicas eficientes e com um controle judicial profícuo. Afinal, conforme Ana Paula de Barcellos, “políticas públicas são indispensáveis para a garantia e a promoção de direitos fundamentais”⁴¹.

Os tratados internacionais sobre direitos humanos são instrumentos que devem permear o ordenamento jurídico nacional dos Estados-parte, por meio da sua ratificação e posterior exercício do controle de convencionalidade, de modo a harmonizar diferentes

³⁹ RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 106/107, p. 497-524, jan./dez. 2011/2012. p. 499.

⁴⁰ RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 106/107, p. 497-524, jan./dez. 2011/2012. p. 498.

⁴¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In.: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti. (org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e ‘reserva do possível’**. 2ª Ed. Porto Alegre; Livraria do Advogado. p. 106

ordens jurídicas e conferir o maior grau protetivo, em matéria de direitos humanos, aos indivíduos.

O controle de convencionalidade não se restringe aos diplomas internacionais, como também atinge os *standards* interpretativos firmados pela Corte Interamericana em sede de suas sentenças.

Ezequiel Malarino enumera três passos a serem seguidos pelos Tribunais nacionais quando da observância da jurisprudência dos órgãos interamericanos de proteção de direitos humanos: i) a identificação da jurisprudência e da doutrina trazida a partir dela; ii) a aplicação da doutrina ao caso concreto; e (iii) a compatibilidade da doutrina com o ordenamento jurídico nacional⁴².

Com isso, pode-se falar na construção do Estado cooperativo, onde “não se deve pensar apenas no Estado como ser único e individualizado, mas como membro integrante de uma comunidade internacional, em que os direitos humanos assumem importância ainda maior”⁴³.

No panorama interno, o bloco de constitucionalidade opera como fomentador do controle de convencionalidade, especialmente a partir da exegese do art. 5, § 2º, da Constituição Federal de 1988 (Os direitos e garantias expressos nesta Constituição *não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados*, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte). Infere-se que os tratados internacionais em direitos humanos integram o bloco de constitucionalidade, em razão da ampliação das garantias e direitos dispostos na Magna Carta.

A constitucionalidade material dos tratados de direitos humanos decorre do teor protetivo, enquanto a constitucionalidade formal depende da aprovação pelo *quórum* suscitado no art. 5º, §3º, da Constituição Federal. Entretanto, os tratados ratificados antes

⁴² MALARINO, Ezequiel. Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ESLNER, Gisela (Org.). **Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional**. Tomo II. Berlin: Konard Adenauer, 2011. p. 453-455.

⁴³ CAMBI, Eduardo; MARGRAF, Alencar Frederico; Franco, Tiago Arantes. Tratados internacionais de direitos humanos e o controle de convencionalidade, **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 102, p. 245-268, 2017.

da Emenda Constitucional nº 45/2004 podem ser considerados materialmente constitucionais - em razão da ausência de forma requerida⁴⁴.

A lógica interpretativa das normas constitucionais e normas internacionais de direitos humanos, o art. 5º, §2º da Constituição e a teoria da recepção adotada no Brasil reforçariam o argumento de que o §3º adicionado ao art. 5º é meramente uma regra que atribui o status de norma constitucional formal aos tratados incorporados posteriormente à mencionada emenda. As consequências de recepcionar um tratado com status equivalente ao de emendas seriam: (i) reformar a Constituição quando a norma prevista no tratado formais benéfica; (ii) impossibilitar a denúncia do tratado agora protegido como cláusula pétrea.

[...]

Do exposto, observa-se que, em relação à tese da hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, a defesa da constitucionalidade material de todos os tratados radica na norma do art. 5º, §2º, enquanto o art. 5º, §3º viria somente reforçar o regime jurídico ao contribuir para a constitucionalidade também formal das normas. Além do mais, a maior legitimidade democrática desses tratados quando passam pelo rito de aprovação de emendas é fator de relevância tanto no plano interno quanto internacional. Assim, para a terceira corrente apresentada, os tratados incorporados na forma do art. 5º, §3º gozariam do mesmo regime protetivo dos tratados de direitos humanos: um regime mais reforçado⁴⁵.

Na mesma senda de compatibilização e ampliação protetiva, o diálogo entre Cortes desponta como importante mecanismo de efetivação de direitos humanos, em virtude da emergência de diferentes interpretações jurídicas havidas - as quais ampliam a proteção aos direitos.

O surgimento do diálogo - e da interpretação dialógica - desenha-se como ferramenta poderosa para o estudo comparado. Isso porque a interpretação comparada

⁴⁴ GUSSOLI, Felipe Klein. Hierarquia supraconstitucional relativa dos tratados internacionais de direitos humanos. **Revista Investigação Constitucional**, Curitiba, v. 6, n.3, p. 703- 747, set./dez. 2019. p. 725.

⁴⁵ GUSSOLI, Felipe Klein. Hierarquia supraconstitucional relativa dos tratados internacionais de direitos humanos. **Revista Investigação Constitucional**, Curitiba, v. 6, n.3, p. 703- 747, set./dez. 2019. p. 728.

traz à discussão características invisíveis aos olhos domésticos - e existentes em outras ordens⁴⁶.

Vivendo-se em um contexto multicultural, há que se conceber “uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre a competência global e a legitimidade local”, em oposição a uma política hegemônica de direitos humanos. Essa corrente atua na contramão do “choque de civilizações” de Huntington, que formulava a globalização “como arma do Ocidente contra o resto do mundo”⁴⁷.

Importante visão é trazida por Joaquín Herrera Flores, quando da concepção do diamante ético na Teoria Crítica aos direitos humanos, sob as lentes do universalismo de confluência⁴⁸.

Na qualidade de diamante, nossa figura pretende afirmar a indiscutível **interdependência entre os múltiplos componentes que definem os direitos humanos no mundo contemporâneo**. Com o “diamante ético”, nos lançamos a uma aposta: os direitos humanos vistos em sua real complexidade constituem o marco para construir uma ética que tenha como horizonte a consecução das condições para que “todas e todos” (indivíduos, culturas, formas de vida) possam levar à prática sua concepção da dignidade humana. Nada é mais universal que garantir a todos a possibilidade de lutar, plural e diferenciadamente, pela dignidade humana. A maior violação aos direitos humanos consiste em impedir que algum indivíduo, grupo ou cultura possa lutar por seus objetivos éticos e políticos mais gerais; entre os quais, se destaca o acesso igualitário aos bens necessários ou exigíveis para se viver dignamente. Não permitir que as pessoas que querem e desejam trabalhar em nossos países tenham acesso ao direito à cidadania, bem como impedir que as mulheres tenham acesso à educação ou à saúde constituem violações de direitos humanos da pior espécie, uma vez que afetam o que é universal na proposta dos direitos: a possibilidade de lutar pela consecução da dignidade (Grifo nosso).

⁴⁶ CHOUDHRY, Sujit. Migration in comparative constitutional law. In: CHOUDHRY, Sujit. **The migration of constitutional ideas**. Cambridge University Press, 2007. p. 23.

⁴⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. **As tensões da modernidade**. Fórum Social Mundial. Biblioteca das Alternativas. Disponível em: Boaventura_de_Sousa_Santos (susepe.rs.gov.br) Acesso em: 25 abr. 2022.

⁴⁸ ANDRADE, Aline Memória. MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. Conflito de Cosmovisões de Direitos Humanos: Universalismo vs. Relativismo e as propostas conciliatórias multiculturalistas de Boaventura de Sousa Santos e Joaquín Herrera Flores. **Revista Direitos Humanos e Democracia**. Editora Unijuí. ano 8, n. 16, jul./dez. 2020.

De outra ponta, a concepção de um diálogo intercultural pode parecer desafiadora. Como forma de compreender tal permuta, na visão de Boaventura de Sousa Santos, a hermenêutica diatópica emerge como modelo de interpretação. Senão, veja-se,

No caso de um diálogo intercultural, a troca não é apenas entre diferentes saberes, mas também entre diferentes culturas, ou seja, entre universos de sentido diferentes e, em grande medida, incomensuráveis. Tais universos de sentido consistem em constelações de *topoi* fortes. **Os *topoi* são os lugares comuns retóricos mais abrangentes de determinada cultura. Funcionam como premissas de argumentação que, por não se discutirem, dada a sua evidência, tornam possível a produção e a troca de argumentos.** *Topoi* fortes tornam-se altamente vulneráveis e problemáticos quando “usados” numa cultura diferente. O melhor que lhes pode acontecer é serem despromovidos de premissas de argumentação a meros argumentos. Compreender determinada cultura a partir dos *topoi* de outra cultura pode revelar-se muito difícil, se não mesmo impossível. Partindo do pressuposto de que tal não é impossível, proponho a seguir uma hermenêutica diatópica, um procedimento hermenêutico que julgo adequado para nos guiar nas dificuldades a enfrentar, ainda que não necessariamente para as superar. Na área dos direitos humanos e da dignidade humana, a mobilização de apoio social para as possibilidades e exigências emancipatórias que eles contêm só será concretizável na medida em que tais possibilidades e exigências tiverem sido apropriadas e absorvidas pelo contexto cultural local. **Apropriação e absorção, neste sentido, não podem ser obtidas através da canibalização cultural. Requerem um diálogo intercultural e uma hermenêutica diatópica. A hermenêutica diatópica baseia-se na ideia de que os *topoi* de uma dada cultura, por mais fortes que sejam, são tão incompletos quanto a própria cultura a que pertencem.** Tal incompletude não é visível do interior dessa cultura, uma vez que a aspiração à totalidade induz a que se tome a parte pelo todo. O objectivo da hermenêutica diatópica não é, porém, atingir a completude — um objectivo inatingível — mas, pelo contrário, ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua através de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura e outro, noutra. Nisto reside o seu carácter diatópico.

O universalismo de confluência assegura a construção de parâmetros mínimos de proteção dos direitos humanos, uma vez que é movimentado pelo “ativo protagonismo da sociedade civil internacional, a partir de demandas e reivindicações morais”⁴⁹.

Por outro lado, há um importante papel a ser desempenhado pelas Cortes Constitucionais nessa costura dialógica, ao identificar pontos desafiadores e carentes de resolução em comum.

No cenário nacional, pode ser destacado o fomento ao diálogo no âmbito do Supremo Tribunal Federal, quando do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional (situação reconhecida, preteritamente, pela Corte Constitucional da Colômbia), na ADPF 347, e sua aplicação no sistema carcerário brasileiro. Também merece ser salientada a decisão na ADI nº 5357, julgada em 2016, a qual sublinhou a necessidade do ensino inclusivo em todos os níveis de educação, buscando na Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência a concretização dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Nesta ocasião, foi realizada adequação da legislação nacional aos ditames da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, o que culminou na elaboração do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), no âmbito nacional.

As costuras dialógicas e a vinculação aos precedentes - da Corte Interamericana de Direitos Humanos, na região latinoamericana -, devem se balizar pelo seu caráter universal, não se resumindo, unicamente, às partes envolvidas na decisão, “que permite que o argumento seja válido e aplicável a todas as situações análogas às que foram decididas pela Corte IDH”⁵⁰.

Portanto, a universalidade deve ser testada pelo julgador, no sentido de seguir ou afastar o precedente da Corte IDH, comparando se os casos análogos ou similares poderão ser decididos com fundamento na *ratio decidendi* fixada⁵¹.

⁴⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 149.

⁵⁰ CAMBI, Eduardo. PORTO, Leticia de Andrade. Constitucionalismo Multinível. **Revista dos Tribunais**, n. 1039. maio/2022

⁵¹ CAMBI, Eduardo. PORTO, Leticia de Andrade. Constitucionalismo Multinível. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 1039. maio/2022; MARINONI, Luiz Guilherme. Julgamento colegiado e precedente. **Revista de processo**, São Paulo, v. 264, p. 357-394, fev. 2017.

5. CONCLUSÕES

As tensões decorrentes das colisões de direitos fundamentais são inerentes às relações jurídicas e de poder, admitidas em um Estado Democrático de Direito, bem como podem ser resultado do desenvolvimento social e do surgimento de novos direitos a serem tutelados em uma sociedade em constantes transformações.

Volta-se à pergunta da presente pesquisa: O diálogo entre diferentes ordens jurídicas tem o condão de acomodar e ampliar a tutela dos direitos humanos em países emergentes? Tem-se que o direito comparado constitucional encontra variadas razões de acontecer, mormente em razão da multiplicidade de ordens jurídicas e da necessidade de se conhecer soluções para problemas comuns.

Não se quer dizer que todas as ordens jurídicas padecem das mesmas carências e problemas, mas, sim, que suas similitudes podem servir de resposta para adversidades semelhantes vividas nos mais variados confins do planeta, com a experiência de soluções inovadoras e criativas, que podem ser estudadas como ferramentas de compatibilização de conflitos entre direitos humanos-fundamentais.

A costura dialética entre direito internacional e direito constitucional deve levar em conta as características de cada região, amoldando-se, da melhor forma possível, às ordens jurídicas (nacional, regional e global) distintas, seja transplantada ou doadora, de modo a respeitar a diversidade cultural (pluralismo razoável)⁵² e potencializar a efetivação da dignidade da pessoa humana.

Também, as limitações envolvendo os direitos fundamentais - tutelados pelas ordens jurídicas nacionais - não encontram amparo na radicalização e abdicação total de um determinado direito. Pelo contrário, a sua limitação deve se basear no estudo

⁵² Segundo John Rawls, “uma sociedade democrática não é e não pode ser uma comunidade, entendendo por comunidade um corpo de pessoas unidas por uma mesma doutrina abrangente, ou parcialmente abrangente. O fato do pluralismo razoável, que caracteriza uma sociedade com instituições livres, torna isso impossível. Esse fato consiste em profundas e irreconciliáveis diferenças nas concepções religiosas e filosóficas, razoáveis e abrangentes, que os cidadãos têm do mundo, e na idéia que eles têm dos valores morais e estéticos a serem alcançados na vida humana. Mas nem sempre é fácil de aceitar esse fato, e cabe à filosofia política tentar reconciliar-nos com ele mostrando-nos sua razão e, na verdade, seu valor e seus benefícios políticos” (**Justiça como equidade. Uma reformulação.** São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 4-5).

cuidadoso das conjecturas, buscando a melhor interpretação e a maior proteção do indivíduo, com base no princípio *pro persona*.

Tem-se que o fio-condutor do presente artigo encontra amparo na proteção e ampliação dos direitos humanos, seja a partir do olhar interno, por meio da tutela dos direitos fundamentais pela Constituição, ampliando-se ao ponto de analisar costuras interpretativas com o direito constitucional comparado. Por fim, alcançou-se o olhar regional-global e os mecanismos que podem ser utilizados para a ampliação da proteção desses direitos, consubstanciados no exercício do controle de convencionalidade, do fomento ao diálogo entre cortes, e na abertura proporcionada através do bloco de constitucionalidade.

No contexto do constitucionalismo latino-americano, especialmente formado por países emergentes, como o Brasil, a hermenêutica jurídica deve buscar ser confrontada com os problemas estruturais da realidade, como a miséria e a concentração de renda que privilegia apenas uma pequena parte da população com serviços de saúde, educação e segurança de qualidade, bem como a corrupção sistêmica que enfraquece as políticas públicas inclusivas e gera indicadores sociais bem distantes do mínimo desejável.

Logo, a afirmação dos direitos humanos-fundamentais sociais, econômicos e culturais, em países situados normalmente no Hemisfério Sul, deve ser permeada com posturas mais assertivas - próprias do constitucionalismo horizontal (que compreende o Direito como subsistema social, em que as normas jurídicas são emanadas de centros diferenciados de poder e decisão, além do Estado, em oposição à noção de que ele seja uma estrutura hierárquica e analiticamente escalonada, legitimada pelo Direito Natural, pelo consenso democrático ou por sua própria racionalidade imanente)⁵³ - quando

⁵³ Conforme Luiz Fernando Coelho, pode-se “repensar o sistema jurídico de um país, nos termos enunciados pelas teses pluralistas, no sentido de que o direito positivo não é o conjunto homogêneo das normas jurídicas dimanadas do Estado, mas constitui um aglomerado de subsistemas jurídicos plurais, correspondentes a cada grupo, sendo que cada um desses subsistemas jurídicos tende a impor-se aos demais, com a constituição formal ou à revelia dela. A positividade dimana assim do fato de que as normas sociais a que se atribui essa característica são as que efetivamente preponderam sobre todas as outras, inclusive as vigentes no interior dos grupos. Mas como o direito positivo continua sendo a ordenação normativa da sociedade, ele infiltra-se nas microssociedades como ordenamento que convive com os ordenamentos jurídicos plurais e com as outras formas de normatividade, e muitas vezes a elas se submete. Um dos mecanismos de tal submissão é precisamente a interpretação das leis, cuja metodologia e teorias filosóficas subjacentes estão ao dispor dos grupos que reúnem condições materiais para manipular a ciência do direito e seus operadores. Como existem interesses conflitantes e os prevalecentes em cada grupo, estes se esforçam para impor seu direito aos demais. Daí a caracterização de uma ordem jurídica horizontal, onde

comparadas com a realidade de países, como os da Europa Ocidental e os Estados Unidos, onde o respeito a tais direitos foram incorporados historicamente pelo Estado Liberal e pelo Estado de Bem Estar Social, e, apesar dos retrocessos trazidos pelo neoliberalismo, são concretizados com maior grau de efetividade.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, y su diferenciación con el control de constitucionalidad. **Revista de Derecho Político**, Universidad de Chile, n. 93, p. 321-381, maio/ago. 2015.

ANDRADE, Aline Memória. MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. Conflito de Cosmologias de Direitos Humanos: Universalismo vs. Relativismo e as propostas conciliatórias multiculturalistas de Boaventura de Sousa Santos e Joaquín Herrera Flores. **Revista Direitos Humanos e Democracia**. Editora Unijuí. ano 8, n. 16, jul./dez. 2020.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In.: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti. (org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e 'reserva do possível'**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (Org.). **Direitos, deveres e garantias fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2011.

BITTAR, Eduardo. **Introdução ao estudo do direito: humanismo, democracia e justiça** [versão on-line]. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CAIRNS, John W. Watson, Walton, and the history of legal transplants. **Georgia Journal of International & Comparative Law**, Athens, v. 41, p. 637-696, 2013.

CAMBI, Eduardo. PORTO, Leticia de Andrade. Constitucionalismo Multinível. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 1039. maio/2022

CAMBI, Eduardo; MARGRAF, Alencar Frederico; Franco, Tiago Arantes. *Tratados*

as relações entre as normas não são lógicas, de subordinação hierárquica, mas sociológicas, de coordenação e conflito” (Interpretação constitucional para países emergentes. **Revista Jurídica do MPPR**, Curitiba, vol. 15, dez. 2021. p. 18).

internacionais de direitos humanos e o controle de convencionalidade, **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 102, p. 245-268, 2017.

CHOUDHRY, Sujit. Migration in comparative constitutional law. In.: CHOUDHRY, Sujit. **The migration of constitutional ideas**. Cambridge University Press, 2007.

COELHO, Luiz Fernando. Interpretação constitucional para países emergentes. **Revista Jurídica do MPPR**, Curitiba, vol. 15, dez. 2021.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: RT, 2014.

FACHIN, Melina Girardi; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. De fora, de cima e de abaixo – todos os sentidos da dignidade no discurso de direitos. **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**, Curitiba, v. 02, n. 02, p. 78-94. jul./dez. 2016.

FRANKENBERG, Günter. **Comparative constitutional studies: between magic and deceit**. Cheltenham; Northampton: Edward Elgar, 2018.

GLANERT, Simone. Method? In: MONATERI, Pier Giuseppe (ed.). **Methods of Comparative Law**. Cheltenham/Northampton: Edward Elgar, 2012.

GUSSOLI, Felipe Klein. Hierarquia supraconstitucional relativa dos tratados internacionais de direitos humanos. **Revista Investigação Constitucional**, Curitiba, v. 6, n.3, p. 703- 747, set./dez. 2019. p. 725.

HÄBERLE, Peter. Dimensões dos direitos fundamentais à luz de uma comparação de níveis textuais de Constituições. **Revista de Direito Público**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 55, p. 30-56, 2014. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2236/1159> Acesso em: 12 jul. 2022.

LEGRAND, Pierre. A impossibilidade de “transplantes jurídicos”. **Cadernos do programa de pós-graduação Direito - UFRGS**. v. 9, n. 1, 2014.

MALARINO, Ezequiel. Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ESLNER, Gisela (Org.). **Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional**. Tomo II. Berlin: Konard Adenauer, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. Julgamento colegiado e precedente. **Revista de processo**, São Paulo, v. 264, p. 357-394, fev. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. A influência de Peter Häberle no Constitucionalismo brasileiro - Um dossiê em homenagem a Peter Häberle. **Journal of institutional studies**, v. 2, n. 1, 2016. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/48/43> Acesso em: 12 jul. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 586.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 106/107, p. 497-524, jan./dez. 2011/2012.

RAWLS, John. **Justiça como equidade**. Uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **As tensões da modernidade**. Fórum Social Mundial. Biblioteca das Alternativas. Disponível em: Boaventura_de_Sousa_Santos@susepe.rs.gov.br Acesso em: 25 abr. 2022.

TAYLOR, Charles. **The Malaise of Modernity**. Toronto: Anansi, 1991.

TEUBNER, Gunther. **Legal Irritants: good faith in british law or how unifying law tends up in new divergences**, 61 mod. l. rev., 11, 14 (1998).

TUSHNET, Mark. Some reflections on method in comparative constitutional law. In: CHOUDHRY, Sujit (ed.). **The migration of constitutional ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

O PROCEDIMENTO DE CITAÇÃO EM AÇÕES DE RESPONSABILIZAÇÃO DE CORPORações TRANSNACIONAIS POR VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: O CASO UNIÃO V. INDÚSTRIA DO TABACO¹

THE CITATION PROCEDURES OF TRANSNATIONAL CORPORATIONS REGARDING JUDICIAL PROCEEDINGS FOR HUMAN RIGHTS VIOLATIONS IN BRAZIL: THE CASE UNION V. TOBACCO INDUSTRY

Leonardo de Camargo Subtil²
Vinícius de Azevedo Fonseca³

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A Evolução do Direito Internacional sobre Responsabilização de Corporações Transnacionais por violação de Direitos Humanos. 3. O procedimento de citação em Ações de Responsabilização de Corporações Transnacionais por violação de Direitos Humanos no Brasil: O Caso União v. British American Tobacco e Philip Morris. 4. O futuro do procedimento de citação em Ações de Responsabilização de Corporações Transnacionais: Uma proposta ao Grupo de Trabalho Intergovernamental aberto sobre Corporações Transnacionais e outras Empresas com respeito aos Direitos Humanos (OEIGWG) do Conselho de Direitos Humanos da ONU. 5. Conclusões. 6. Referências bibliográficas.

RESUMO: Em maio de 2019, a União ingressou com Ação Civil Pública referente ao reembolso das despesas federais relacionadas ao tratamento de doenças do tabagismo (I) e à compensação por danos morais coletivos contra as duas maiores corporações – subsidiárias nacionais e matrizes estrangeiras – manufactureiras de tabaco instaladas no Brasil (II). Considerando esse complexo cenário, fazendo uso de uma metodologia científica analítico-normativa, foi definido como problema de pesquisa: A partir do Caso União v. Indústria do Tabaco, em que extensão se revela normativamente efetivo o Projeto

¹ Artigo originalmente publicado pelos Autores em: SUBTIL, Leonardo de Camargo; FONSECA, Vinícius de Azevedo. O Procedimento de Citação em Ações de Responsabilização de Corporações Transnacionais por Violação de Direitos Humanos no Brasil: o Caso União v. Indústria do Tabaco. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 134, p. 223-246, 2022.

² Presidente do Instituto Brasileiro de Direito do Mar (IBDMAR). Doutor em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), com período anual de estudos doutorais na Universidade de Genebra, Suíça. Foi Nippon Fellow no International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS), Hamburgo, Alemanha. Foi Pesquisador Visitante no Max-Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Alemanha. Coordenador e Professor no Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado/Doutorado) da Universidade de Caxias do Sul (UCS), Caxias do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: leonardodecamargosubtil@gmail.com.

³ Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul (UCS), Caxias do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil. Fellow no Global Legal Fellowship in Tobacco Control Law and Policy do International Legal Consortium da Campaign for Tobacco-Free Kids e do O'Neill Institute for National and Global Health Law da Universidade de Georgetown, Washington, Estados Unidos. Advogado da União lotado na Procuradoria-Regional da União da 4ª Região. E-mail: vafonsec@ucs.br.

de tratado juridicamente vinculante para regular as atividades de corporações transnacionais e outras empresas relacionadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos no que toca ao modo pelo qual as corporações transnacionais são citadas em processos judiciais nos Tribunais nacionais, mais especificamente, nos Tribunais de Estados que não sejam de suas sedes principais?

Palavras-chave: procedimento de citação; corporações transnacionais; responsabilidade internacional; indústria do tabaco; Conselho de Direitos Humanos da ONU.

ABSTRACT: In May 2019, the *Union* or the *Brazilian Federal State* filed an application concerning the refund of its expenses related to smoking diseases treatments (I) and the compensation for collective moral damages against the two biggest tobacco manufacturing corporations – national subsidiaries and foreign parent companies – in Brazil (II). From this context, using an analytical-normative scientific methodology, the research problem of this scientific paper was established: To what extent does the *draft* legally binding treaty to regulate the activities of transnational corporations and other companies related to international human rights law prove to be legally effective in relation to the way in which transnational corporations are called in judicial proceedings in national Courts, more specifically, in the Courts of States other than its main headquarters?

Keywords: citation procedures; transnational corporations; international responsibility; tobacco industry; UN Human Rights Council.

1. INTRODUÇÃO

Em maio de 2019, a União ajuizou Ação Civil Pública perante a Justiça Federal brasileira, buscando a condenação dos dois maiores grupos fabricantes de cigarros atuantes no Brasil. Em especial, tal Ação Civil Pública fez referência ao reembolso das despesas federais relacionadas ao tratamento de doenças do tabagismo (I) e à compensação por danos morais coletivos (II). Inédita no Brasil, fundamentada na Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco (CQCT), a Ação trouxe uma série de particularidades, entre elas a composição do seu polo passivo, no qual constam a inglesa *British American Tobacco* e a estadunidense *Philip Morris International*.

O ineditismo da demanda judicial, proposta pela União por meio da Advocacia-Geral da União (AGU), tem levado ao Judiciário brasileiro uma plêiade de novas questões materiais e processuais, sendo a primeira delas a forma de citação e integração dessas corporações transnacionais ao processo, ao passo que a União requer a citação das matrizes por meio das subsidiárias brasileiras. Essas subsidiárias, óbvia e

estrategicamente, negam-se a receber a ordem de citação em nome de suas matrizes estrangeiras.

A questão compõe o quadro temático da responsabilização de empresas transnacionais por violação de Direitos Humanos, temática já conhecida da comunidade político-jurídica internacional. Contudo, tal questão ganha novos contornos com a elaboração de um projeto de instrumento internacional vinculante sobre o tema, de autoria do Grupo de Trabalho Intergovernamental aberto sobre Corporações Transnacionais e outras Empresas com respeito aos Direitos Humanos (OEIGWG) do Conselho de Direitos Humanos da ONU, denominado “*draft legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises*”.

A partir desse contexto problemático fático-juridicamente, fazendo uso de uma metodologia científica analítico-normativa e da técnica de pesquisa exploratório-bibliográfica⁴, foi definido como problema de pesquisa do presente artigo científico: A partir do Caso União v. Indústria do Tabaco, em que extensão se revela normativamente efetivo o Projeto de tratado juridicamente vinculante para regular as atividades de corporações transnacionais e outras empresas relacionadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos no que toca ao modo pelo qual as corporações transnacionais são citadas em processos judiciais nos Tribunais nacionais, mais especificamente, nos Tribunais de Estados que não sejam de suas sedes principais?

É nessa conjuntura que se propõe, através dessa contribuição científica, uma investigação inicial à luz da experiência do recente precedente brasileiro de persecução civil de corporações transnacionais, tendo por hipótese principal a (in)efetividade do projeto de instrumento vinculante existente, particularmente quanto à forma de integração processual dessas corporações internacionais a demandas judiciais em curso em Cortes e Tribunais de Estados diferentes do da sua sede, como forma de conferir o mais efetivo acesso à jurisdição às vítimas de violações de Direitos Humanos.

Ainda, em caso de eventual inefetividade das normas do projeto de instrumento juridicamente vinculante para regular as atividades de corporações transnacionais e outras empresas por violação ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, pretende propor-

⁴ CORTEN, Olivier. *Méthodologie du droit international public*. Bruxelles: Éditions de l'Université de Bruxelles, 2009. p. 19.

se minuta de texto de uma norma internacional que seja capaz de garantir a efetividade do acesso à jurisdição e, como decorrência, possibilitar a concreta responsabilização de corporações transnacionais por violação de Direitos Humanos.

Para tanto, o trabalho científico será desenvolvido em três partes. Na primeira, será abordada a evolução do Direito Internacional sobre responsabilização de corporações transnacionais por violação a Direitos Humanos. Na segunda, discorrer-se-á sobre o caso concreto da ação judicial promovida pela União em face das sociedades fumageiras, com ênfase na problemática da citação das matrizes estrangeiras. Por fim, com amparo no estudo dos tópicos anteriores, será realizada análise a respeito da (in)efetividade do referido projeto de instrumento vinculante do Grupo de Trabalho e, eventualmente, sugerida a adoção de texto normativo.

2. A EVOLUÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL SOBRE RESPONSABILIZAÇÃO DE CORPORações TRANSNACIONAIS POR VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

No plano teórico-normativo, a categoria dos atores corporativos transnacionais permanece sendo uma categoria *ad hoc*⁵ no Direito Internacional. A Corte Internacional de Justiça sempre insistira no fato de que as corporações são criadas e reguladas por Estados mesmo que operem muito além dos limites do Estado de incorporação, assim como ocorrido, inicialmente, no Caso *Anglo Iranian Oil*⁶ e, em momento posterior, nos Casos *Barcelona Traction*⁷ e *Diallo*⁸. Contudo, há uma tendência em elevar o *status* de corporações transnacionais em função de aumentar a sua *accountability*, considerando que “[n]umerous treaties impose obligations on States to regulate the conduct of

⁵ CRAWFORD, James. *Chance, order, change: The course of international law. General Course on Public International Law*. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, Brill Academic, 2014. p. 155.

⁶ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). *Anglo Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran)*, Preliminary Objections, Judgement, ICJ Reports 1952, p. 102, 112.

⁷ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, op. Cit., p. 33-34.

⁸ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 2007, pp. 605-606 (par. 61-65); INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Merits, Judgment, ICJ Reports 2010, pp. 673, 675-676 (par. 99, 104-105).

corporations; and corporations have invoked human rights under regional human rights treaties.”⁹.

Já em perspectiva fático-pragmática, a discussão em torno dos atores corporativos transnacionais surge, em termos mais amplos, “*como resultado del creciente intercambio comercial internacional entre países, empresas y otros actores, y de la globalización económica neoliberal de finales del siglo pasado.*”¹⁰. Em termos concretos e específicos, a interferência de grandes agentes econômicos em fatos envolvendo graves violações de Direitos Humanos remonta à década de 1970, com a atuação de sociedades estadunidenses em suporte ao golpe de Estado no Chile, em 1973. Passa ainda, esta interferência, por condutas relacionadas a suborno em troca de contratos militares e apoio econômico, bem como fornecimento de armamento a regimes que empreendiam violações sistemáticas aos Direitos Humanos, nas décadas seguintes.¹¹

Como resposta, a Organização das Nações Unidas (ONU) criou, em 1973, sua Comissão sobre Empresas Transnacionais, órgão responsável pela elaboração do Projeto de Código de Conduta sobre Empresas Transnacionais¹², de 1983. Essa primeira tentativa de estabelecer diretrizes sociais e ambientais globais aos conglomerados econômicos, entretanto, enfrentou fortes resistências por parte de governos do hemisfério Norte, onde muitas das transnacionais estão sediadas. Como resultado, o Projeto de Código de Conduta acabou cancelado e infrutífero.¹³

Em outras frentes, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), tutora dos interesses de países desenvolvidos, em 1976, emanou suas Diretrizes para Empreendimentos Multinacionais – documento posteriormente

⁹ CRAWFORD, James. Chance, order, change: The course of international law. General Course on Public International Law. p. 155.

¹⁰ RIVERA, Humberto Cantú. Empresas de seguridad privada y derechos humanos. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 16, n. 3, p. 75-92, 2019. p. 78.

¹¹ FEENEY, Patricia. A luta por responsabilidade das empresas no âmbito das Nações Unidas e o futuro da agenda de advocacy. Sur, Rev. int. direitos human., São Paulo, v. 6, n. 11, p. 174-191, dez. 2009, p. 176. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452009000200009&lng=en&nrm=iso. Acesso: 28 dez. 2019.

¹² UNITED NATIONS. Digital library. Commission on Transnational Corporations: report on the special session, 7-18 March and 9-21 May 1983, p. 12-27. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/204950?ln=en>. Acesso em: 29 dez. 2019.

¹³ FEENEY, Patricia. A luta por responsabilidade das empresas no âmbito das Nações Unidas e o futuro da agenda de advocacy. p. 176.

revisado¹⁴ – e a Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1977, adotou a Declaração Tripartite de Princípios Relativos a Empreendimentos Multinacionais e Política Social, cujo maior marco foi estabelecer, em seu parágrafo 8º, que as empresas deveriam “respeitar a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os pactos internacionais correspondentes adotados pela Assembleia Geral das Nações Unidas”.¹⁵

Ambos os instrumentos carecem de poder juridicamente vinculante em relação aos Estados, constituindo-se, porém, em uma relevante *soft law* dos Direitos Humanos e empresas internacionalmente¹⁶, em função de que “[o]ther attempts to improve accountability of corporations and international actors are found in soft law norms, including voluntary codes, agreements and declarations.”¹⁷. Em sequência às iniciativas referidas de 1973 e 1983, no âmbito das Nações Unidas, em 1999, o então Secretário-Geral, Kofi Annan, lançou o Pacto Global da ONU, com o objetivo de promover a adoção voluntária, em práticas empresariais, de 10 (dez) princípios sobre Direitos Humanos, relações de trabalho, meio ambiente e combate à corrupção.¹⁸

O final de década de 1990 ainda trouxe a publicação de um substancial número de códigos de conduta, adotados individual e unilateralmente por grandes sociedades empresárias, como resultado de uma série de denúncias de violações de Direitos Humanos em setores como o têxtil, de vestuário e da extração.¹⁹

A escalada da pressão social e de regulamentos, ainda que não juridicamente vinculantes, de limitação de práticas corporativas abusivas, conduziu a que a Comissão de Direitos Humanos da ONU²⁰ passasse à elaboração de um Projeto de instrumento

¹⁴ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. OECD guidelines for multinational enterprises, 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2019.

¹⁵ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Declaração tripartite de princípios sobre empresas multinacionais e política social, Brasília, 2002. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/documents/publication/wcms_227046.pdf. Acesso em: 29 dez. 2019.

¹⁶ CRAWFORD, James. Chance, order, change: The course of international law. General Course on Public International Law. p. 156.

¹⁷ CRAWFORD, James. Chance, order, change: The course of international law. General Course on Public International Law. p. 156.

¹⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Global rede Brasil. Disponível em: <https://www.pactoglobal.org.br/>. Acesso em: 29 dez. 2019.

¹⁹ FEENEY, Patricia. A luta por responsabilidade das empresas no âmbito das Nações Unidas e o futuro da agenda de advocacy. p. 179.

²⁰ A Comissão de Direitos Humanos foi criada, em 1946, para funcionar como o principal órgão legislativo da ONU voltado à proteção e à promoção dos Direitos Humanos. Entre as maiores realizações da Comissão estão os Projetos que deram origem à Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e aos Pactos

internacional com o intuito de consolidar a responsabilidade de empresas transnacionais por possíveis violações a Direitos Humanos. Foram publicadas, então, em 2003, as “Normas sobre Responsabilidades em Direitos Humanos das Empresas Transnacionais e Outros Empreendimentos Privados”.²¹

A reação de atores empresariais e de muitos Estados ao documento foi substantivamente negativa, o que culminou com o seu abandono, em 2005, a partir do pedido da Comissão de Direitos Humanos e da subsequente designação pelo Secretário-Geral da ONU, do Professor John Ruggie, como Relator Especial sobre Direitos Humanos e Empresas.²² Ruggie deu por encerrado o debate a respeito das normas até então negociadas por duas razões principais: “*primeiro, elas representavam a criação de um novo ramo do Direito Internacional com normas diretamente aplicáveis às empresas e, em segundo lugar, as Normas falharam ao tentar definir as respectivas obrigações de Estados e empresas.*”²³

Nada obstante, o Representante Especial reconheceu, em seu Relatório de 2007, que:

Clearly, a more fundamental institutional misalignment is present: between the scope and impact of economic forces and actors, on the one hand, and the capacity of societies to manage their adverse consequences, on the other. This misalignment creates the permissive environment within which blameworthy acts by corporations may occur without adequate sanctioning or reparation. For the sake of the victims

Internacionais sobre Direitos Civis e Políticos e sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966. A partir da Resolução nº 60/251, adotada pela Assembleia-Geral da ONU em 15 de março de 2006, a Comissão foi substituída pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, a quem coube assumir, revisar, aperfeiçoar e racionalizar os trabalhos e responsabilidades de competência da Comissão até então. UNITED NATIONS. General Assembly. Human Rights Council. Resolution 60/251. Human Rights Council, 15 mar. 2006. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/502/66/PDF/N0550266.pdf?OpenElement>. Acesso em: 7 abr. 2020; UNITED NATIONS. Human Rights Council. Brief historic overview of the Commission on Human Rights. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CHR/BriefHistoric.doc>. Acesso em: 7 abr. 2020.

²¹ UNITED NATIONS. Digital library. Norms on the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights, 2003. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/501576>. Acesso em: 29 dez. 2019.

²² FEENEY, Patricia. A luta por responsabilidade das empresas no âmbito das Nações Unidas e o futuro da agenda de advocacy. p. 179-181. Acerca desse processo evolutivo, ver também: RIVERA, Humberto Cantú. Empresas de seguridad privada y derechos humanos. p. 78-79.

²³ FEENEY, Patricia. A luta por responsabilidade das empresas no âmbito das Nações Unidas e o futuro da agenda de advocacy. p. 181.

of abuse, and to sustain globalization as a positive force, this must be fixed.²⁴

Em 2011, o Representante Especial entregou seu Relatório Final, no qual apresentou princípios orientadores para a implementação do seu trabalho anterior. O último Relatório de John Ruggie foi intitulado *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework*²⁵ e consistiu na listagem de 31 (trinta e um) princípios, com respectivos comentários, destinada a viabilizar a implementação dos parâmetros “proteger, respeitar e reparar”.²⁶ O Relatório foi aprovado pela Resolução 17/4 do Conselho de Direitos Humanos da ONU, que ainda decidiu pelo estabelecimento de um grupo de trabalho para, entre outras finalidades, “[p]romote the effective and comprehensive dissemination and implementation of the Guiding Principles.”²⁷

O ponto de culminância do progresso na normatização da responsabilidade internacional de corporações transnacionais por violação aos Direitos Humanos, considerando o momento presente, foi a adoção da Resolução 26/9 pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas. Aprovada em 14 de julho de 2014, por 20 (vinte) votos favoráveis contra 14 (quatorze) contrários, além de 13 (treze) abstenções²⁸, a Resolução 26/9 do Conselho decidiu estabelecer um Grupo de Trabalho Intergovernamental aberto, cujo objetivo era o de elaborar um instrumento jurídico internacional vinculante para regular, no âmbito do Direito Internacional dos Direitos

²⁴ UNITED NATIONS. Digital library. Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie, 17 fev. 2007, p. 3. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/594238?ln=en>. Acesso em: 29 dez. 2019.

²⁵ UNITED NATIONS. Digital library. Guiding principles on business and human rights: implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' framework, 21 mar. 2011. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/705860?ln=en>. Acesso em: 29 dez. 2019.

²⁶ CONECTAS Direitos Humanos. Empresas e direitos humanos: parâmetros da ONU para proteger, respeitar e reparar, 2012. Disponível em: <https://www.conectas.org/publicacoes/download/empresas-e-direitos-humanos-parametros-da-onu>. Acesso em: 30 dez. 2019. Ver também: CRAWFORD, James. Chance, order, change: The course of international law. General Course on Public International Law. p. 156-157.

²⁷ UNITED NATIONS. General Assembly. Human Rights Council. Resolution 17/4. Human rights and transnational corporations and other business enterprises, 6 jul. 2011. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/HRC/RES/17/4>. Acesso em: 30 dez. 2019.

²⁸ Incluída a posição de abstenção do Brasil

Humanos, as atividades de corporações transnacionais e outros empreendimentos empresariais.²⁹

Já no seu Relatório de 2008, intitulado *Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights*³⁰, Ruggie estabeleceu e embasou-se em três importantes premissas fundamentais: “*cabe aos Estados proteger os Direitos Humanos contra violações decorrentes de atos de terceiros; empresas têm a responsabilidade de respeitar os Direitos Humanos e as vítimas de violações devem ter facilitado o acesso às vias de reparação.*”³¹

Desde sua criação, o referido Grupo de Trabalho realizou cinco sessões anuais³², sendo que, na quarta sessão, em 2018, foi apresentado e discutido o primeiro Projeto de texto de instrumento jurídico internacional vinculante, denominado *zero draft*. A partir das sugestões apresentadas com base no *zero draft*, a Missão Permanente do Equador elaborou uma versão revisada do projeto, exposta na quinta sessão do Grupo e que, após debates e negociações intergovernamentais, encontra-se com prazo aberto ao envio de sugestões de texto por parte dos Estados e outros “interessados relevantes” até o final do mês de fevereiro de 2020.³³

Pois como antecipado no título, uma das finalidades desta contribuição científica reside justamente no fato de poder colaborar com os trabalhos do mencionado Grupo,

²⁹ UNITED NATIONS. General Assembly. Human Rights Council. Resolution 26/9. Elaboration of an international legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, 14 jul. 2014. Disponível em: <https://undocs.org/A/HRC/RES/26/9>. Acesso em: 30 dez. 2019.

³⁰ UNITED NATIONS. Digital library. *Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights*, 7 abr. 2008. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/625292?ln=en-record-files-collapse-header>. Acesso em: 29 dez. 2019.L

³¹ OLSEN, Ana Carolina Lopes; PAMPLONA, Danielle Anne. Violação a direitos humanos por empresas transnacionais na América Latina: perspectivas de responsabilização. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, v. 7, n. 13, p. 129-151, 13 set. 2019, p. 137-138. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/8496>. Acesso em: 30 dez. 2019.

³² RIVERA, Humberto Cantú. Some remarks on the third sessions of the Business and Human Rights Treaty Process and the ‘Zero Draft’. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 2, p. 24-40, 2018. p. 37-39. Sobre as referidas Sessões, do Documento de Elementos ao Draft 0, ver também: GUAMÁN, Adoración. Del Documento de Elementos al Draft 0: apuntes jurídicos respecto del posible contenido del proyecto de Instrumento Vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 2, p. 84-114, 2018.

³³ UNITED NATIONS. Human Rights Council. Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Pages/IGWGOntnc.aspx>. Acesso em: 30 dez. 2019.

tendo em conta as dificuldades que se tem encontrado em debater e refletir sobre a responsabilização internacional e, mais especificamente, a integração ao processo judicial de corporações transnacionais responsáveis por violações de Direitos Humanos. Eis o caso particular estabelecido na demanda ajuizada pela União em face das duas principais fabricantes de cigarro atuantes no Brasil.

3. O PROCEDIMENTO DE CITAÇÃO EM AÇÕES DE RESPONSABILIZAÇÃO DE CORPORações TRANSNACIONAIS POR VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: O CASO UNIÃO V. BRITISH AMERICAN TOBACCO E PHILIP MORRIS

Em 21 de maio de 2019, a União, através da Advocacia-Geral da União (AGU), ajuizou, perante a Justiça Federal em Porto Alegre, Ação Civil Pública de tutela do direito fundamental à saúde e ressarcimento ao erário³⁴, em face dos dois grupos empresariais que dominam o mercado nacional de fabricação e comercialização de cigarros. Em síntese, a União requereu o ressarcimento dos gastos por si havidos com o pagamento de tratamentos de 26 (vinte e seis) doenças tabaco relacionadas, além de condenação à indenização por dano moral coletivo.³⁵

Conforme se extrai da petição inicial da demanda judicial³⁶, o pleito condenatório fundamentava-se nas modalidades da responsabilidade civil objetiva e subjetiva. A primeira, por aplicação das teorias do risco da atividade e do risco proveito, e a segunda, em decorrência de uma série de condutas adotada pelos grupos econômicos, que a AGU aponta como antijurídicas. Dentre as mencionadas condutas antijurídicas estavam a omissão e a manipulação de informações, marketing direcionado a jovens, fraude através do desenvolvimento e comercialização de cigarros ditos *light*, destruição de documentos e pesquisas e, por último, os esforços deliberados contra a regulação estatal.

Além disso, a Ação destinava-se ao cumprimento do artigo 19 da Convenção-Quadro sobre Controle do Tabaco (CQCT), o qual dispõe que: “*Para fins de controle do*

³⁴ A ação foi distribuída à 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Porto Alegre e tramita sob processo nº 5030568-38.2019.4.04.7100.

³⁵ ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. AGU cobra de fabricantes de cigarro ressarcimento de gasto com tratamento de fumantes. 21 mai. 2019. Disponível em: https://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/756818. Acesso em: 03 jan. 2020.

³⁶ BRASIL. Justiça Federal (Seção Judiciária do Rio Grande do Sul). Petição inicial. Processo nº 5030568-38.2019.4.04.7100/RS. 1ª Vara Federal de Porto Alegre, 19 jul. 2019. Disponível em: <https://www2.jfrs.jus.br/consulta-processual/>. Acesso em: 3 jan. 2020.

tabaco, as Partes considerarão a adoção de medidas legislativas ou a promoção de suas leis vigentes, para tratar da responsabilidade penal e civil, inclusive, conforme proceda, da compensação.”³⁷. Adotada pelos Estados membros da Organização Mundial da Saúde (OMS), em 21 de maio de 2003, e entrado em vigor internacionalmente em 27 de fevereiro de 2005, a CQCT foi assinada pelo Brasil em 16 de junho de 2003. Em âmbito nacional, a referida Convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 1.012, de 27 de outubro de 2005 e, em 3 de novembro de 2005, ratificada pelo Governo brasileiro. Por fim, entrou em vigor no Brasil, mais precisamente, em 1º de fevereiro de 2006.

A respeito da CQCT, é relevante juridicamente o fato de que as Cortes Supremas da Costa Rica³⁸ e do Peru³⁹ já reconheceram a sua condição de tratado internacional de Direitos Humanos, em razão do seu objetivo último de proteção do direito fundamental à saúde. Assim, ao menos em termos de direito comparado, a questão está inserida na temática da responsabilização de transnacionais por violação a Direitos Humanos.

Compõem o polo passivo da Ação Civil Pública os dois grupos que, conforme a União, em conjunto, detêm aproximadamente 90% do mercado formal brasileiro de fabricação e de comercialização de cigarros. De um lado, o Grupo British American Tobacco (BAT), através da Souza Cruz LTDA. – adquirida pela BAT ainda em 1914⁴⁰ – e da Sociedade-matriz inglesa British American Tobacco PLC. De outro, o Grupo Philip Morris (PM), através da Philip Morris Brasil Indústria e Comércio LTDA., da Philip Morris Brasil S/A (empresa norte-americana autorizada a funcionar no Brasil) e também da matriz estadunidense Philip Morris International (PMI).

³⁷ BRASIL. Decreto nº 5.658, de 2 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco, adotada pelos países membros da Organização Mundial de Saúde em 21 de maio de 2003 e assinada pelo Brasil em 16 de junho de 2003. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5658.htm. Acesso em: 03 jan. 2020.

³⁸ COSTA RICA. Corte Suprema de Justicia. Res. Nº 2012-003918. Consulta legislativa facultativa, 20 mar. 2012, p. 21. Disponível em: http://www.asamblea.go.cr/sd/Reglamento_Asamblea/RAL2014/ResolucionesSala/3918-12.pdf. Acesso em: 4 jan. 2020.

³⁹ PERU. Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N.º 00032-2010-PI/TC. Demanda de inconstitucionalidade interpuesta por más de 5,000 ciudadanos, contra el artículo 3º de la Ley N.º 28705 — Ley General para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco, 20 mar. 2012, p. 36, para. 67. Disponível em: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00032-2010-AI.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2020.

⁴⁰SOUZA CRUZ. Nossa história. Disponível em: http://www.souzacruz.com.br/group/sites/SOU_AG6LVH.nsf/vwPagesWebLive/DOAG7DXA. Acesso em: 5 jan. 2020.

Litigando em face das subsidiárias brasileiras e das suas matrizes estrangeiras, a União requereu que a citação dessas corporações transnacionais se desse nos endereços das subsidiárias brasileiras, por aplicação das disposições do art. 75, inciso X e parágrafo 3º, do Código de Processo Civil (CPC), uma vez que esse último dispositivo determina que: “*O gerente de filial ou agência presume-se autorizado pela pessoa jurídica estrangeira a receber citação para qualquer processo.*”.⁴¹ Tal pedido foi acolhido pela juíza da 1ª Vara Federal de Porto Alegre.⁴²

Ocorre que tanto Souza Cruz, quanto Philip Morris Brasil, recusaram-se a receber a citação em nome das suas matrizes. Ainda, interpuseram recurso de Agravo de Instrumento em face da decisão proferida e pleitearam reconsideração à juíza da 1ª Vara Federal. Em suas razões^{43,44}, as empresas fumageiras brasileiras afirmaram não se tratar de agências ou filiais das matrizes BAT e PMI, mas, sim, de “empresas autônomas, com organização funcional e diretiva próprias”, não lhes sendo, assim, aplicável a regra do art. 75, inciso X e parágrafo 3º, do CPC.

A magistrada competente pela Ação, então, revogou seu despacho – o que ocasionou a perda do objeto jurídico dos Agravos – e, após manifestação da União, prolatou nova decisão, com manutenção do entendimento da validade da citação, entre outros motivos, porque “[a]s empresas estrangeiras podem ter efetiva ciência do processo através das suas subsidiárias nacionais, sem que isso implique prejuízo às suas defesas, sendo inadequado impor à parte-autora a adoção de todas as medidas relacionadas à expedição de carta rogatória para cientificá-las.”⁴⁵

⁴¹ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 5 jan. 2020.

⁴² BRASIL. Justiça Federal (Seção Judiciária do Rio Grande do Sul). Despacho/decisão. Processo nº 5030568-38.2019.4.04.7100/RS. 1ª Vara Federal de Porto Alegre, 19 jul. 2019. Disponível em: <https://www2.jfrs.jus.br/consulta-processual/>. Acesso em: 5 jan. 2020.

⁴³BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (4ª Turma). Despacho/decisão. Agravo de instrumento nº 5035403-29.2019.4.04.0000/RS. Relatora: Maria Isabel Pezzi Klein, 21 ago. 2019. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_pesquisa&seq=120|868. Acesso em: 5 jan. 2020.

⁴⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (4ª Turma). Despacho/decisão. Agravo de instrumento nº 5035329-72.2019.4.04.0000/RS. Relatora: Maria Isabel Pezzi Klein, 21 ago. 2019. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_pesquisa&seq=120|868. Acesso em: 5 jan. 2020.

⁴⁵ BRASIL. Justiça Federal (Seção Judiciária do Rio Grande do Sul). Despacho/decisão. Processo nº 5030568-38.2019.4.04.7100/RS. 1ª Vara Federal de Porto Alegre, 4 fev. 2020. Disponível em: <https://www2.jfrs.jus.br/consulta-processual/>. Acesso em: 6 fev. 2020.

Em face dessa decisão, as empresas brasileiras demandadas interpuseram novos recursos de Agravo de Instrumento, basicamente repetindo os argumentos apresentados nos recursos anteriores. A esses Agravos⁴⁶, foi negado efeito suspensivo pelo Desembargador Federal Relator competente, de modo que os recursos serão definitivamente julgados pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, após apresentação de contrarrazões pela União e sem suspensão do prazo para apresentação de contestação em primeira instância⁴⁷. Esse é o *status* do processo judicial quando da finalização do presente artigo científico.

No que concerne ao presente estudo, é essencial destacar dois pontos sobre o Caso: 1) As sociedades nacionais foram efetivamente constituídas como pessoas jurídicas distintas em relação às matrizes estrangeiras, do que se conclui não se subsumirem ao conceito estrito de agência ou filial, que tratam formalmente da mesma pessoa jurídica, conforme se infere do art. 969 do Código Civil⁴⁸; 2) Os Relatórios⁴⁹ anuais⁵⁰ aos

⁴⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (4ª Turma). Despacho/decisão. Agravo de instrumento nº 5006560-20.2020.4.04.0000/RS. Relator: Ricardo Teixeira do Valle Pereira, 12 mar. 2020. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_pesquisa&seq=120|868. Acesso em: 6 abr. 2020.

⁴⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (4ª Turma). Despacho/decisão. Agravo de instrumento nº 5006590-55.2020.4.04.0000/RS. Relator: Ricardo Teixeira do Valle Pereira, 12 mar. 2020. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_pesquisa&seq=120|868. Acesso em: 6 abr. 2020.

⁴⁸ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 5 jan. 2020.

⁴⁹ O Relatório Anual da BAT de 2018 cita o termo “Brazil” 48 vezes, ao longo de 330 páginas, versando, entre outros, sobre premiação recebida no país (p. 24), venda de imóveis em território nacional (p. 140) e até mesmo relatório de ações judiciais em face do grupo sob jurisdição brasileira (p. 194, 201, 203 e 205). BRITISH AMERICAN TOBACCO. Transforming tobacco. Annual report and form 20-f 2018. Disponível em: [https://www.bat.com/group/sites/UK__9D9KCY.nsf/vwPagesWebLive/DOAWWGJT/\\$file/Annual_Report_and_Form_20-F_2018.pdf](https://www.bat.com/group/sites/UK__9D9KCY.nsf/vwPagesWebLive/DOAWWGJT/$file/Annual_Report_and_Form_20-F_2018.pdf). Acesso em: 6 jan. 2020.

⁵⁰ O Relatório Anual da PMI de 2018 cita o termo “Brazil” 21 vezes, ao longo de 139 páginas, versando, entre outros, sobre maket share (p. 2), certificação recebida no Brasil (p. 5), proibição do uso de aditivos (p. 32), além de relatório sobre litígios judiciais em jurisdição brasileira (p. 7, 96, 97 e 99). PHILIP MORRIS INTERNATIONAL. 2018 annual report. Disponível em: <https://philipmorrisinternational.gcs-web.com/static-files/824f3f55-f97f-4f8f-bcb8-d00aa4dc65b1>. Acesso em: 6 jan. 2020.

acionistas, os sítios eletrônicos⁵¹, a análise das engenharias societárias dos Grupos⁵², além de outras evidências notórias, como o fato de fabricarem e comercializarem os mesmos produtos, das mesmas marcas, não deixam dúvidas de que se tratam, as subsidiárias brasileiras, da *longa manus* de suas matrizes no país, a forma como aquelas decidiram se instalar e atuar sob jurisdição brasileira.

A opção realizada por transnacionais, de aquisição ou abertura de sociedades empresárias no Brasil, de acordo com a legislação nacional, em detrimento da implantação de filial estrangeira é algo comum e está vinculada à minoração de custos e de entraves burocráticos, já que a instalação de filial no Brasil depende até mesmo de autorização do Poder Executivo, nos termos do art. 1.134 do Código Civil. Esse fato já foi, inclusive, reconhecido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP):

O estabelecimento de uma filial estrangeira para operar no Brasil está sujeita às disposições previstas no Decreto-lei 2.627/40 (artigos 64 a 73) e na Instrução Normativa DNRC nº 07/2013. Em razão da burocracia, das despesas envolvidas serem maiores do que aquelas relativas à constituição de uma empresa brasileira, além de seu funcionamento ser permitido somente a partir de cumpridas todas as formalidades, tudo o que implica em longa demora, a prática não tem recomendado o estabelecimento de filial de empresa estrangeira em território brasileiro, advindo disso, nos termos da legislação brasileira, a sua atuação por meio de sociedade por quotas de responsabilidade limitada e de sociedade por ações.⁵³

Por sua vez, a interpretação dos termos “agência” e “filial”, para fins de citação de pessoa jurídica estrangeira em solo brasileiro, vinha sendo realizada de forma oscilante

⁵¹ Entre outros, o sítio eletrônico da BAT estampa fotografia com legenda de empregados da companhia no Rio de Janeiro. Disponível em: https://www.bat.com/group/sites/UK__9D9KCY.nsf/vwPagesWebLive/DOB4JJB8, além de apontar como sua referência para contato no Brasil o endereço da Souza Cruz. Disponível em: https://www.bat.com/group/sites/UK__9D9KCY.nsf/vwPagesWebLive/DO9FBKBG. Já a PMI sequer possui sítio eletrônico próprio, estando inserido na página eletrônica da PMI. Disponível em: <https://www.pmi.com/markets/brazil/pt/about-us/overview>.

⁵² Vide listagem de subsidiárias no relatório anual da BAT de 2018 (p. 236-245) e no relatório anual 2018 da PMI em versão com anexos – anexo 21, p. 154-156. Disponível em: <https://philipmorrisinternational.gcs-web.com/static-files/e33a340d-fb9c-4f3b-b62a-686a12887329>.

⁵³ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo (28ª Câmara). Acórdão. Apelação nº 0022990-59.2012.8.26.0003. Relator: Mário Chiuvite Junior, 23 fev. 2016. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>. Acesso em: 7 jan. 2020.

na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Contudo, em novembro de 2019, a Corte Especial daquele Tribunal pronunciou-se, de forma unânime, em favor da interpretação extensiva dos termos, como se pode apreender da ementa do julgado:

11. Considerando-se que a finalidade destes dispositivos legais é facilitar a citação da pessoa jurídica estrangeira no Brasil, tem-se que as expressões “filial, agência ou sucursal” não devem ser interpretadas de forma restritiva, de modo que o fato de a pessoa jurídica estrangeira atuar no Brasil por meio de empresa que não tenha sido formalmente constituída como sua filial ou agência não impede que por meio dela seja regularmente efetuada sua citação.

12. Exigir que a qualificação daquele por meio do qual a empresa estrangeira será citada seja apenas aquela formalmente atribuída pela citanda inviabilizaria a citação no Brasil daquelas empresas estrangeiras que pretendessem evitar sua citação, o que importaria concordância com prática processualmente desleal do réu e imposição ao autor de óbice injustificado para o exercício do direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa.⁵⁴

Caso aplicado o recente entendimento do STJ à casuística da Ação Civil Pública da União em face das fabricantes de cigarro, em harmonia à estabilidade, à integridade e à coerência jurisprudenciais, normativamente esperadas por força dos artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil (CPC), ter-se-ia por válidas as citações da inglesa BAT e da estadunidense PMI por meio das suas subsidiárias brasileiras, o que não apenas cumpriria com a obrigação jurídica nacional e internacional de garantia de amplo acesso à jurisdição, como iria ao encontro da devida responsabilização das corporações transnacionais por danos causados em Estados diversos da sua sede.

É justamente nesse ponto que a experiência do caso concreto poderia servir como colaboração ao instrumento internacional vinculante que está sendo elaborado no âmbito do Grupo de Trabalho Intergovernamental aberto sobre Corporações Transnacionais e outras Empresas com respeito aos Direitos Humanos (OEIGWG) do Conselho de Direitos Humanos da ONU. Ações de Responsabilização de Corporações Transnacionais por violação de Direitos Humanos no Brasil.

⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). Acórdão. HDE 410/EX. Relator: Min. Benedito Gonçalves, 20 nov. 2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 7 jan. 2020.

4. O FUTURO DO PROCEDIMENTO DE CITAÇÃO EM AÇÕES DE RESPONSABILIZAÇÃO DE CORPORações TRANSNACIONAIS: UMA PROPOSTA AO GRUPO DE TRABALHO INTERGOVERNAMENTAL ABERTO SOBRE CORPORações TRANSNACIONAIS E OUTRAS EMPRESAS COM RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS (OEIGWG) DO CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DA ONU

Como se infere do tópico anterior, a primeira problemática a ser enfrentada na possível responsabilização internacional de corporações transnacionais por violações a Direitos Humanos consiste na dificuldade de sua integração, quando situadas no exterior – especialmente as respectivas matrizes –, a processos judiciais.

Com certa segurança, nesses casos, poder-se-ia lançar mão do procedimento da carta rogatória. Entretanto, entende-se que esse é um meio, além de deveras custoso e vagaroso, processualmente desnecessário, considerando-se que – como é o caso de BAT e PMI – no mais das vezes, as subsidiárias locais não mais são do que meros prolongamentos da unidade central estrangeira, onde são destinados os resultados financeiros das atividades desenvolvidas mundialmente.

A regulação dessa controvertida situação, aliás, já se encontra contemplada no projeto de instrumento vinculante, que, em seu artigo 1º, privilegia o aspecto material das ligações societárias, utilizando-se do conceito de *contractual relationship* para colocar sob responsabilidade das matrizes as condutas de suas subsidiárias, quaisquer que sejam as características formais que se lhe possam emprestar:

‘Contractual relationship’ refers to any relationship between natural or legal persons to conduct business activities, including but not limited to, those activities conducted through affiliates, subsidiaries, agents, suppliers, any business partnership or association, joint venture, beneficial proprietorship, or any other structure or contractual relationship as provided under the domestic law of the State.⁵⁵

⁵⁵ UNITED NATIONS. Human Rights Council. Legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises. Disponível em: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG_RevisedDraft_LBI.pdf. Acesso em: 8 jan. 2020.

Esse conceito vai ao encontro do último entendimento emanado pelo STJ, anteriormente mencionado, de que não será pela utilização de ferramentas formais de estruturação de cadeia societária que as grandes empresas ou corporações transnacionais deixarão de ser responsabilizadas e, antes disso, integradas a processos judiciais por meio do procedimento citatório.

Feita essa observação, é de ver-se que desde o Relatório *Protect, Respect and Remedy*, o facilitado e efetivo acesso das vítimas à jurisdição é considerado um dos pontos elementares na tutela dos Direitos Humanos em caso de violações por corporações transnacionais. O Projeto de instrumento vinculante do mencionado Grupo de Trabalho do Conselho de Direitos Humanos da ONU reforça essa preocupação, assentando, por duas vezes, ser esse um dos propósitos do documento (artigo 2º), além de direito das vítimas (artigo 4º). Para concretizar tal propósito, o instrumento juridicamente vinculante apresenta, ainda que dispersamente entre seus artigos, uma série de disposições.

O artigo 7º garante que as ações judiciais interpostas sob o fundamento daquele instrumento internacional poderão ter jurisdição reconhecida tanto no Estado em que ocorridos os fatos violadores de obrigações jurídicas, quanto no Estado de domicílio das vítimas, além do domicílio da corporação transnacional violadora dos direitos humanos em questão.

Por sua vez, o artigo 10, ao tratar da assistência legal mútua, abrange “*effecting service of judicial documents*”, no que se poderia incluir a realização de citações e intimações. Já o artigo 4º, em seu parágrafo 10, estabelece como direito das vítimas a existência de mecanismos para a imediata execução de julgados estrangeiros, de modo a fazer cumprir nacionalmente as reparações às violações de direitos humanos.

Ainda, é de se notar que o artigo 9º aponta que serão aplicadas as leis do Estado da jurisdição do processo às questões tanto materiais quanto procedimentais não previstas no referido instrumento jurídico internacional vinculante.

Esses dispositivos normativos, em que pese salutar, não conseguiriam garantir, em tese, a devida e mais eficiente integração de corporações transnacionais estrangeiras em processos judiciais, tampouco e, por decorrência, assegurariam que sentenças oriundas de tais processos teriam o devido cumprimento em outras jurisdições. Sendo assim, não cumpririam com o propósito de oferecer o mais efetivo e facilitado acesso à justiça às vítimas de lesões de Direitos Humanos por corporações transnacionais.

O dispositivo que estabelece o Estado do domicílio da vítima ou do local dos fatos como competente para conhecer de ações abarcadas pelo instrumento, por exemplo, é

substancialmente inovador. Nada obstante, somente será realmente efetivo caso assegure a integração de sociedades empresárias ou corporações transnacionais – sobretudo as matrizes – aos processos judiciais. Do contrário, eventual responsabilização interna atingirá somente as subsidiárias locais dos conglomerados – caso existentes – e, ainda assim, haverá risco de sua *deslocalização*.

Caso emblemático da inefetividade de litigar apenas em face das sociedades subsidiárias é a experiência da província do Quebec, no Canadá, em que, condenadas em demanda similar à ajuizada pela União no Brasil, as subsidiárias locais das gigantes do tabaco utilizaram-se de instrumento análogo à recuperação judicial para se proteger⁵⁶ e, neste momento, as matrizes estrangeiras poderão decidir se socorrerão ou não suas operações locais canadenses.⁵⁷ Enquanto isso, nem um centavo da reparação judicial estabelecida devida foi pago.

Já a *deslocalização* consiste na facilidade que corporações transnacionais possuem de iniciar e encerrar as atividades das suas unidades através do globo e, assim, realocar parte das suas operações, movidas, na maioria das vezes, pelos custos, seja de produção, seja de regulação estatal ou, neste caso, em razão de condenações judiciais ou na sua iminência.⁵⁸

Por essa particularidade, entende-se que qualquer projeto de instrumento vinculante que pretenda ser efetivo na regulamentação da responsabilização de sociedades transnacionais por violações a direitos humanos somente o será caso tutele a integração de sociedades estrangeiras – sobretudo das matrizes – às lides judiciais, assim como assegure o reconhecimento ou a homologação para cumprimento de decisões judiciais emanadas nesses moldes.

Retomando a análise das disposições do Projeto do Grupo de Trabalho, nota-se que a previsão de cooperação para a realização de serviços envolvendo documentos

⁵⁶ MULIER, Thomas; RASTELLO, Sandrine. Big tobacco's legal woes in Canada pose its biggest risk in decades. *Financial Post*. Toronto, 20 mar. 2019. Disponível em: <https://business.financialpost.com/news/retail-marketing/big-tobaccos-legal-woes-in-canada-pose-biggest-risk-in-decades>. Acesso em: 9 jan. 2020.

⁵⁷ LONGORIA, Sean. Analysts: Tobacco giants' Canadian units could face bankruptcy after court case. *S&P Global*. Nova Iorque, 4 mar. 2019. Disponível em: <https://www.spglobal.com/marketintelligence/en/news-insights/latest-news-headlines/50341385>. Acesso em: 9 jan. 2020.

⁵⁸ URIARTE, Oscar Ermida. *Deslocalización, globalización y derecho del trabajo*. IUSLabor, n. 1, 2007. Disponível em: <https://www.raco.cat/index.php/IUSLabor/article/download/57944/68007>. Acesso em: 9 jan. 2020.

judiciais, em que seriam incluídas citação e intimação, conforme acima mencionado, seria pouco efetiva como meio de prover o devido acesso à jurisdição. Perceba-se, por exemplo, que os relatórios anuais de BAT e PMI trazem listagem e relatos dos processos judiciais existentes nas jurisdições das suas subsidiárias, o que comprova que o fluxo de documentos e informações – inclusive a respeito de demandas judiciais – é corrente entre subsidiárias e matrizes transnacionais. Ademais, tem-se que a utilização de carta rogatória para qualquer notificação pressupõe que a pessoa jurídica a ser notificada no exterior não possua atividades ou qualquer tipo de ponto de contato no Estado da causa, o que não se aplicaria às transnacionais e tampouco se coaduna ao conceito de “*contractual relationship*”, previsto no artigo 1º do projeto de instrumento juridicamente vinculante.

Já a garantia de cumprimento imediato de decisões judiciais, nacionais ou estrangeiras, apresentada como um direito das vítimas no artigo 4º, parágrafo 14 do instrumento, pode esbarrar nas previsões do parágrafo 10, artigo 10, o qual dispõe que o reconhecimento e o cumprimento de decisões judiciais estrangeiras poderão ser recusados, dentre outros motivos, se houver prova de que ao requerido “[w]as not given reasonable notice and a fair opportunity to present his or her case.”. Trata-se de oportunidade para que a sociedade estrangeira requerida alegue que não foi apropriadamente citada e, assim, se desvie da devida responsabilização imposta.

O mesmo se poderia dizer da previsão normativa contida no parágrafo 11, artigo 10, ao dispor que a assistência jurídica mútua poderia ser negada caso o próprio objeto da assistência fosse contrário ao sistema jurídico do Estado requisitado. Nessa hipótese, aliás, o cumprimento de procedimentos como a citação também poderia ser negado. Além disso, a generalidade da previsão “[i]f it would be contrary to the legal system of the requested State Party” permitiria que Estados que assim desejassem, se utilizassem do dispositivo em tela para proteger corporações transnacionais com sede em seu território, frustrando a execução de atos processuais ou o cumprimento de decisões judiciais.

Derradeiramente, deixar à legislação do local do foro – como preconiza o artigo 9º – a definição a respeito da forma e da validade da citação de sociedades estrangeiras também não parece estar em harmonia ao propósito de assegurar efetivo acesso à jurisdição pelas vítimas das violações. Em especial, pois não haveria uma desejável e necessária uniformidade no tratamento de processos judiciais que versam sobre violações a direitos humanos e, sobretudo, inexistiria segurança jurídica de que as decisões de processos em que citações de sociedades estrangeiras tenham se dado por meio de suas subsidiárias ou afins seriam reconhecidas ou homologadas em Estados estrangeiros.

Em razão desse complexo cenário fático e normativo, repleto de interessantes controvérsias, entende-se que o efetivo acesso à jurisdição por parte das vítimas e, ao final, a obtenção de concreta responsabilização de corporações transnacionais por violação de direitos humanos depende da existência de norma internacional que repute válida a citação de corporações transnacionais realizada através de suas subsidiárias ou afins, bem como de regra que imponha o reconhecimento ou homologação de decisões judiciais em cujos processos tenha sido adotado tal procedimento.

A título colaborativo ao Grupo de Trabalho Intergovernamental aberto do Conselho de Direitos Humanos da ONU, sugere-se a inclusão, no projeto de instrumento internacional vinculante sobre a responsabilidade de corporações transnacionais sobre violação de direitos humanos, de dispositivo com a seguinte redação:

Artigo X. Citação de corporações transnacionais e outras empresas

1. Para os fins do presente instrumento, considera-se válida citação ou qualquer tipo de notificação em processo judicial direcionada a corporação matriz estrangeira, que seja realizada através de subsidiárias ou pessoas jurídicas ou naturais com quem mantenha relação contratual.
2. Os Estados Partes do presente instrumento adotarão medidas para reconhecer e homologar decisões e atos judiciais de processos em que a citação ou as notificações em geral de corporações estrangeiras tenham se realizado através de subsidiárias ou de pessoas jurídicas ou naturais com quem mantenham relação contratual.

Entende-se que, assim, estará melhor amparado o propósito do instrumento e o direito das vítimas de efetivo acesso à jurisdição, além de mais bem instrumentalizada a responsabilização de corporações transnacionais por violações de direitos humanos.

5. CONCLUSÃO

O presente artigo se propôs a investigar a (in)efetividade do projeto de instrumento internacional vinculante sobre a responsabilidade de corporações transnacionais sobre violação de direitos humanos, elaborado pelo Grupo de Trabalho Intergovernamental aberto do Conselho de Direitos Humanos da ONU, especificamente quanto à forma de integração dos conglomerados internacionais em demandas judiciais em Cortes e Tribunais de Estados diferentes da sua sede.

A partir da pesquisa empreendida e da análise do Caso União v. Indústria do Tabaco, recente precedente brasileiro de litigância estatal em face das fumageiras transnacionais, verificou-se que: 1) A regulação em torno da responsabilidade internacional de corporações transnacionais por violações de direitos humanos somente será efetiva caso tutele a integração de corporações transnacionais – sobretudo empresas matrizes – a lides judiciais em outros Estados, assim como assegure o reconhecimento ou a homologação para cumprimento das respectivas decisões judiciais proferidas; 2) O efetivo acesso à jurisdição por parte das vítimas e, ao final, a obtenção de concreta responsabilização de corporações transnacionais por violação de direitos humanos depende da existência de norma internacional que repute válida a citação de corporações transnacionais realizada através de suas subsidiárias ou afins, bem como de regra internacional que imponha o reconhecimento ou homologação de decisões judiciais em cujos processos tenha sido adotado tal procedimento.

Sendo assim, concluiu-se pela inefetividade do projeto de instrumento vinculante internacional particularmente em relação aos procedimentos citatórios em torno de corporações transnacionais, procedendo-se à realização de sugestão de texto normativo a ser considerado e, eventualmente adotado, para a obtenção dos fins pretendidos.

Ao final do trabalho, verificou-se que o estudo empreendido, na sua primeira parte, possibilitou que se compreendesse a necessidade da responsabilização de corporações transnacionais por violações de direito humanos, bem como a evolução e os interesses envolvidos na regulamentação internacional da questão, com destaque à primordialidade histórica de proporcionar às vítimas acesso facilitado e efetivo à jurisdição.

De outra parte, a análise do caso concreto da demanda da União em face das fabricantes de cigarros permitiu desvelar o modo como cadeias societárias engendradas por grupos transnacionais podem obstar a devida responsabilização dessas corporações. Verificou-se, igualmente, que a litigância em face apenas de sociedades subsidiárias locais dessas grandes corporações pode ser inefetiva, como revelou a experiência canadense em caso semelhante e diante da realidade do poder de deslocalização dessas empresas.

Por fim, ficou assente que, embora as normas sobre competência, assistência jurídica mútua e reconhecimento de decisões judiciais, presentes no texto do projeto de instrumento vinculante, sejam salutares, não são suficientes para garantir o efetivo acesso à jurisdição e, por consequência, a devida responsabilização de corporações

transnacionais. Em um mundo global, as atividades corporativas transnacionais reclamam uma nova forma de responsabilização internacional, uma forma *transnacional*, levando em conta os desafios da proteção dos direitos humanos.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. AGU cobra de fabricantes de cigarro ressarcimento de gasto com tratamento de fumantes, 21 mai. 2019. Disponível em: https://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/756818. Acesso em: 03 jan. 2020.

BRASIL. Decreto nº 5.658, de 2 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco, adotada pelos países membros da Organização Mundial de Saúde em 21 de maio de 2003 e assinada pelo Brasil em 16 de junho de 2003. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5658.htm. Acesso em: 03 jan. 2020.

BRASIL. Justiça Federal (Seção Judiciária do Rio Grande do Sul). Despacho/decisão. Processo nº 5030568-38.2019.4.04.7100/RS. 1ª Vara Federal de Porto Alegre, 4 fev. 2020. Disponível em: <https://www2.jfrs.jus.br/consulta-processual/>. Acesso em: 6 fev. 2020.

BRASIL. Justiça Federal (Seção Judiciária do Rio Grande do Sul). Petição inicial. Processo nº 5030568-38.2019.4.04.7100/RS. 1ª Vara Federal de Porto Alegre, 19 jul. 2019. Disponível em: <https://www2.jfrs.jus.br/consulta-processual/>. Acesso em: 3 jan. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 5 jan. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 5 jan. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). Acórdão. HDE 410/EX. Relator: Min. Benedito Gonçalves, 20 nov. 2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 7 jan. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo (28ª Câmara). Acórdão. Apelação nº 0022990-59.2012.8.26.0003. Relator: Mário Chiuville Junior, 23 fev. 2016. Disponível em:

<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>. Acesso em: 7 jan. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (4ª Turma). Despacho/decisão. Agravo de instrumento nº 5035329-72.2019.4.04.0000/RS. Relatora: Maria Isabel Pezzi Klein, 21 ago. 2019. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_pesquisa&seq=120|868. Acesso em: 5 jan. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (4ª Turma). Despacho/decisão. Agravo de instrumento nº 5035403-29.2019.4.04.0000/RS. Relatora: Maria Isabel Pezzi Klein, 21 ago. 2019. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_pesquisa&seq=120|868. Acesso em: 5 jan. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (4ª Turma). Despacho/decisão. Agravo de instrumento nº 5006560-20.2020.4.04.0000/RS. Relator: Ricardo Teixeira do Valle Pereira, 12 mar. 2020. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_pesquisa&seq=120|868. Acesso em: 6 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (4ª Turma). Despacho/decisão. Agravo de instrumento nº 5006590-55.2020.4.04.0000/RS. Relator: Ricardo Teixeira do Valle Pereira, 12 mar. 2020. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_pesquisa&seq=120|868. Acesso em: 6 abr. 2020.

BRITISH AMERICAN TOBACCO. Transforming tobacco. Annual report and form. 20-f 2018. Disponível em: [https://www.bat.com/group/sites/UK__9D9KCY.nsf/vwPagesWebLive/DOAWWGJT/\\$file/Annual_Report_and_Form_20-F_2018.pdf](https://www.bat.com/group/sites/UK__9D9KCY.nsf/vwPagesWebLive/DOAWWGJT/$file/Annual_Report_and_Form_20-F_2018.pdf). Acesso em: 6 jan. 2020.

CONNECTAS Direitos Humanos. Empresas e Direitos Humanos: parâmetros da ONU para proteger, respeitar e reparar, 2012. Disponível em: <https://www.conectas.org/publicacoes/download/empresas-e-direitos-humanos-parametros-da-onu>. Acesso em: 30 dez. 2019.

CORTEN, Olivier. *Méthodologie du droit international public*. Bruxelles: Éditions de l'Université de Bruxelles, 2009.

CRAWFORD, James. *Chance, order, change: The course of international law*. General Course on Public International Law. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, Brill Academic, 2014.

CORTEN, Olivier. *Méthodologie du droit international public*. Bruxelles: Éditions de l'Université de Bruxelles, 2009.

COSTA RICA. Corte Suprema de Justicia. Res. N° 2012-003918. Consulta legislativa facultativa, 20 mar. 2012. Disponível em: http://www.asamblea.go.cr/sd/Reglamento_Asamblea/RAL_2014/Resoluciones_Sala/3918-12.pdf. Acesso em: 4 jan. 2020.

FEENEY, Patricia. A luta por responsabilidade das empresas no âmbito das Nações Unidas e o futuro da agenda de advocacy. Sur, Rev. int. direitos human., São Paulo, v. 6, n. 11, p. 174-191, dez. 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452009000200009&lng=en&nrm=iso. Acesso: 28 dez. 2019.

GUAMÁN, Adoración. Del Documento de Elementos al Draft 0: apuntes jurídicos respecto del posible contenido del proyecto de Instrumento Vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 15, n. 2, p. 84-114, 2018.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). Anglo iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran), Preliminary Objections, Judgement, ICJ Reports 1952.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, op. Cit., p. 33-34

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 2007, pp. 605-606.

LONGORIA, Sean. Analysts: Tobacco giants' Canadian units could face bankruptcy after court case. S&P Global. Nova Iorque, 4 mar. 2019. Disponível em: <https://www.spglobal.com/marketintelligence/en/news-insights/latest-news-headlines/50341385>. Acesso em: 9 jan. 2020.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida; PEREIRA, Henrique Viana. A função social das sociedades transnacionais. In: A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e Direitos Humanos, Curitiba: CRV, 2016, p. 53-71. Disponível em: <http://docs.uninove.br/arte/email/pdf/Livro-CNPQ.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2020.

MULIER, Thomas; RASTELLO, Sandrine. Big tobacco's legal woes in Canada pose its biggest risk in decades. Financial Post. Toronto, 20 mar. 2019. Disponível em: <https://business.financialpost.com/news/retail-marketing/big-tobaccos-legal-woes-in-canada-pose-biggest-risk-in-decades>. Acesso em: 9 jan. 2020.

MUNIZ, Tânia Lobo; TORRES, Glaucia Cardoso Teixeira. Responsabilidade social das empresas transnacionais. In: A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e Direitos Humanos, Curitiba: CRV, 2016, p. 187-205. Disponível em: <http://docs.uninove.br/arte/email/pdf/Livro-CNPQ.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2020.

OLSEN, Ana Carolina Lopes; PAMPLONA, Danielle Anne. Violação a direitos humanos por empresas transnacionais na América Latina: perspectivas de responsabilização. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, v. 7, n. 13, p. 129-151, 13 set. 2019. Disponível em:

<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/8496>. Acesso em: 30 dez. 2019.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. OECD guidelines for multinational enterprises, 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Global rede Brasil. Disponível em: <https://www.pactoglobal.org.br/>. Acesso em: 29 dez. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Declaração tripartite de princípios sobre empresas multinacionais e política social, Brasília, 2002. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_227046.pdf. Acesso em: 29 dez. 2019.

PERU. Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N.º 00032-2010-PI/TC. Demanda de inconstitucionalidade interpuesta por más de 5,000 ciudadanos, contra el artículo 3º de la Ley N.º 28705 —Ley General para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco, 20 mar. 2012, p. 36, para. 67. Disponível em: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00032-2010-AI.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2020.

PHILIP MORRIS INTERNATIONAL. 2018 annual report. Disponível em: <https://philipmorrisinternational.gcs-web.com/static-files/824f3f55-f97f-4f8f-bcb8-d00aa4dc65b1>. Acesso em: 6 jan. 2020.

RIVERA, Humberto Cantú. Some remarks on the third sessions of the Business and Human Rights Treaty Process and the ‘Zero Draft’. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 2, p. 24-40, 2018.

RIVERA, Humberto Cantú. Empresas de seguridad privada y derechos humanos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 3, p. 75-92, 2019.

SOUZA CRUZ. Nossa história. Disponível em: http://www.souzacruz.com.br/group/sites/SOU_AG6LVH.nsf/vwPagesWebLive/DOAG7DXA. Acesso em: 5 jan. 2020.

UNITED NATIONS. Digital library. Commission on Transnational Corporations: report on the special session, 7-18 March and 9-21 May 1983, p. 12-27. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/204950?ln=en>. Acesso em: 29 dez. 2019.

UNITED NATIONS. Digital library. Guiding principles on business and human rights: implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ framework, 21 mar.

2011. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/705860?ln=en>. Acesso em: 29 dez. 2019.

UNITED NATIONS. Digital library. Norms on the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights, 2003. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/501576>. Acesso em: 29 dez. 2019.

UNITED NATIONS. Digital library. Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights, 7 abr. 2008. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/625292?ln=en-record-files-collapse-header>. Acesso em: 29 dez. 2019.

UNITED NATIONS. Digital library. Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie, 17 fev. 2007. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/594238?ln=en>. Acesso em: 29 dez. 2019.

UNITED NATIONS. General Assembly. Human Rights Council. Resolution 17/4. Human rights and transnational corporations and other business enterprises, 6 jul. 2011. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/HRC/RES/17/4>. Acesso em: 30 dez. 2019.

UNITED NATIONS. General Assembly. Human Rights Council. Resolution 26/9. Elaboration of an international legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, 14 jul. 2014. Disponível em: <https://undocs.org/A/HRC/RES/26/9>. Acesso em: 30 dez. 2019.

UNITED NATIONS. General Assembly. Human Rights Council. Resolution 60/251. Human Rights Council, 15 mar. 2006. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/502/66/PDF/N0550266.pdf?OpenElement>. Acesso em: 7 abr. 2020.

UNITED NATIONS. Human Rights Council. Brief historic overview of the Commission on Human Rights. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CHR/BriefHistoric.doc>. Acesso em: 7 abr. 2020.

UNITED NATIONS. Human Rights Council. Legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises. Disponível em: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG_RevisedDraft_LBI.pdf. Acesso em: 8 jan. 2020.

UNITED NATIONS. Human Rights Council. Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights. Disponível em:

<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Pages/IGWGOnTNC.aspx>.
Acesso em: 30 dez. 2019.

URIARTE, Oscar Ermida. Deslocalización, globalización y derecho del trabajo. IUSLabor, n. 1, 2007. Disponível em: <https://www.raco.cat/index.php/IUSLabor/article/download/57944/68007>. Acesso em: 9 jan. 2020.