

IV MOSTRA DE TRABALHOS ACADÊMICOS

Mônia Clarissa Hennig Leal¹

Maria Valentina de Moraes²

O DIÁLOGO ENTRE CORTES NACIONAIS E INTERNACIONAIS FRENTE À PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS³

A atuação das Cortes Constitucionais, nacional ou internacionalmente, tem como função principal a proteção de direitos, sejam eles humanos, fundamentais ou sociais. Dessa atuação resulta a proteção dos grupos vulneráveis, especialmente diante do caráter contramajoritário que caracteriza o Poder Judiciário e as instâncias de proteção internacional, como é o caso da

¹ Com Pós-Doutorado na Ruprecht-KarlsUniversität Heidelberg (Alemanha) e Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos (com pesquisas realizadas junto à Ruprecht-KarlsUniversität Heidelberg, na Alemanha). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, onde ministra as disciplinas de Jurisdição Constitucional e de Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, respectivamente. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado ao CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq.

² Mestranda no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Bolsista PROSUP/CAPES. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Membro do Grupo de Pesquisa "Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional - instrumentos teóricos e práticos", vinculado ao CNPq e coordenado pela professora Pós-Dr^a Mônia Clarissa Hennig Leal. E-mail: <marivalentina.23@hotmail.com>.

³ Este artigo é resultante das atividades do projeto de pesquisa “Dever de proteção (*Schutzpflicht*) e proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) como critérios para o controle jurisdicional (qualitativo) de Políticas Públicas: possibilidades teóricas e análise crítica de sua utilização pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, financiado pelo CNPq (Edital Universal – Edital 14/2014 – Processo 454740/2014-0) e pela FAPERGS (Programa Pesquisador Gaúcho – Edital 02/2014 – Processo 2351-2551/14-5), onde os autores atuam na condição de coordenadora e de participante, respectivamente. A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP) e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (financiado pelo FINEP), ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.



GRUPO DE PESQUISA:
Intersecções Jurídicas entre
o Público e o Privado

Apoio Programa de
Pós Graduação em Direito
Mestrado e Doutorado

UNISC
UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL

IV MOSTRA DE TRABALHOS ACADÊMICOS

Corte interamericana de Direitos Humanos, onde frequentes violações a esses grupos são levadas ao seu conhecimento.

Observa-se, desde já, que a Corte Interamericana de Direitos Humanos não atua como uma quarta instância e última instância em relação à jurisdição interna e sim como um Tribunal interamericano de proteção aos direitos humanos. Na jurisdição interna, no que se refere às formas de controle de constitucionalidade, foram incorporados no Brasil tanto elementos do sistema europeu como do sistema norte americano de constitucionalidade, o que faz com que existam aqui "elementos do sistema difuso e do sistema concentrado de constitucionalidade, ensejando-se *modelo híbrido* ou *misto* de controle" (MENDES, 2012, p. 719).

As diferentes Constituições que marcaram a história constitucional do país - cada qual com elementos peculiares relativos à época em que foram promulgadas - trouxeram essas diferentes formas de controle gradativamente, mas é na Constituição de 1988 que se consolida o sistema de controle de constitucionalidade abstrato, sendo outorgado ao Supremo Tribunal Federal, o papel de maior destaque dentro do ordenamento brasileiro. Detém o órgão judicial - que tem atribuições tanto de Corte Constitucional como de Tribunal recursal -, a palavra final, quando se trata de interpretar e aplicar normas constitucionais, tanto no caso da análise de normas pela via do controle concentrado, como também ao realizar o controle concreto de constitucionalidade (ZAVASCKI, 2014).

A Constituição brasileira, em decorrência do disposto no artigo 102⁴, outorga ao Supremo Tribunal Federal o título de guardião da Constituição,

⁴ "Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição" (Brasil, 1988).



Apoio Programa de
Pós Graduação em Direito
Mestrado e Doutorado

UNISC
UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL

IV MOSTRA DE TRABALHOS ACADÊMICOS

fazendo com que as discussões acerca da sua legitimidade e mesmo a relação que se estabelece com os demais poderes, seja frequentemente colocada em xeque, estendendo de forma considerável seu espaço decisório.

O posicionamento adotado pela mais alta Corte brasileira, no que se refere a sua capacidade e legitimidade em atuar em questões envolvendo a implementação de políticas públicas, por exemplo, é justamente no sentido de que, diante de uma violação evidente de direitos fundamentais, o Poder Judiciário é chamado a atuar (BRASIL, STF, 2004). Todavia, tal postura é alvo de frequentes questionamentos, sendo o principal argumento invocado para afastar a atuação judicial, é a uma falta de legitimidade do Judiciário, em um clara lógica de separação de poderes definida. Klatt (2015) defende que uma saída para a questão do controle jurisdicional, rebatendo o argumento recorrente de que as intervenções do Poder Judiciário careceriam de legitimidade, centra-se na adoção de uma postura mais flexível que contemple diferentes graus de intensidade quanto ao controle jurisdicional e não apenas um modelo de controle que seja mais forte ou fraco, deferente ou ativista. Assim, "a escolha de uma determinada intensidade de controle depende das circunstâncias do caso em discussão, o qual, por sua vez, pode ser avaliado à luz de vários fatores" (KLATT, 2015, p. 221).

Há que se observar, ainda, que a atuação do Supremo Tribunal Federal não encontra elementos de colisão apenas na ordem interna - no que se refere ao Princípio da Separação de Poderes - devendo ser pautada tanto na observância do conteúdo constitucional. Ela também deve observar o ordem internacional vigente, ou seja, no *corpus iures* internacional, pois "as normas internas de um país devem estar compatíveis tanto com a Constituição (controle de constitucionalidade) quanto com os tratados internacionais



Apoio Programa de
Pós Graduação em Direito
Mestrado e Doutorado

UNISC
UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL

IV MOSTRA DE TRABALHOS ACADÊMICOS

ratificados pelo país onde vigora tais normas (controle de convencionalidade)" (GUERRA, 2012, p. 19), ganhando uma dimensão ainda maior na proteção de direitos fundamentais e humanos.

O controle de convencionalidade - que tem como critério balizador, então, os tratados internacionais do qual o Brasil é signatário - não trata-se de uma competência exclusiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos nem dos demais tribunais internacionais, podendo - e devendo - ser realizado também no âmbito interno. E, ainda que a utilização dessa forma de controle seja mínima em relação ao controle de constitucionalidade no Brasil - acredita-se que em virtude de dois motivos: o desconhecimento em relação a ordem internacional e a Constituição prolixa que detém o país, rica na garantia de direitos, dispensando por vezes que se recorra a tratados para afirmar a existência de um direito -, tanto juízes singulares como tribunais são competentes para tal.

O Brasil, como país signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, tendo também reconhecido a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, autoriza, assim, a análise da convencionalidade das leis nacionais pela Corte IDH, sendo suas decisões definitivas e obrigatórias aos Estados. Embora não haja a possibilidade de revisão das decisões da Corte, a discussão acerca das mesmas não pode ser deixada de lado, pois "também o fenômeno do ativismo judicial pode ser aplicado às Cortes Internacionais" (LEAL, 2014, p. 134), sendo imperativo, nesse sentido, uma argumentação concisa no tocante as questões decididas pela Corte. Não se pode esquecer, contudo, que ao ratificar a Convenção Americana, por força do artigo 2º da Convenção, deve o país tomar medidas necessárias para que seu ordenamento interno esteja de acordo com o Pacto e que o nele estabelecido seja cumprido de uma forma efetiva (ALCALÁ, 2013 A, p. 515).

Deve existir assim um efetivo debate acerca da atuação das jurisdições e dos respectivos espaços de atuação tanto do legislador - com a margem de apreciação - como do administrador - em seu espaço de discricionariedade - visando, de uma forma conjunta, a efetivação dos mais diversos direitos. Essa organização da ordem interna em relação a ordem interamericana deve ser pautada em um diálogo que vise a adequação do ordenamento interno sem



Apoio Programa de
Pós Graduação em Direito
Mestrado e Doutorado



IV MOSTRA DE TRABALHOS ACADÊMICOS

mitigar em demasia os espaços de conformação dos Poderes do Estado. Nesse sentido, "as fontes internas e internacionais devem 'dialogar' entre si a fim de resolver a questão antinômica entre o tratado e a lei interna brasileira" (MAZZUOLI, 2010, p. 140), sendo imprescindível uma articulação entre Tribunais.

É nesse ponto em que o controle de convencionalidade se apresenta como um mecanismo eficaz de diálogo entre as Cortes internas e externas, vez que "el ejercicio del control de convencionalidad que deben practicar los jueces domésticos implica [...] que las normas internas no vulneran las reglas determinadas por el derecho convencional internacional o supranacional em su caso" (ALCALÁ, 2013 B, p.482). Todavia, o diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ainda não ocorre em condições ideais, não atingindo níveis satisfatórios. Se mostra imprescindível que os tribunais conheçam os posicionamentos da Corte Interamericana e busquem conduzir o direito nacional de forma harmônica à Convenção Americana, trazendo para a jurisprudência interna os postulados de garantia dos direitos humanos que lá se encontram.

METODOLOGIA:

Utiliza-se, na pesquisa desenvolvida, o método dedutivo, sendo realizada uma análise teórica, no tocante as teorias que embasas as discussões apresentadas no presente artigo, trazendo-se considerações da doutrina nacional e estrangeira sobre os temas desenvolvidos. Realiza-se, também, uma análise jurisprudencial no que se refere à atuação das duas Cortes - Supremo Tribunal Federal e Corte Interamericana de Direitos Humanos - na proteção de direitos humanos e fundamentais dos grupos



Apoio Programa de
Pós Graduação em Direito
Mestrado e Doutorado

UNISC
UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL

IV MOSTRA DE TRABALHOS ACADÊMICOS

vulneráveis, a fim de observar as diferenças e semelhanças na atuação dessas Cortes.

OBJETIVOS:

Compreender as diferenças existentes no que se refere as suas formas de controle (constitucionalidade e convencionalidade) e aos limites de suas atuações. Após, sob uma perspectiva dialógica, observar a relação entre ambas as Cortes, em nível interno e internacional, e como essa relação pode contribuir para uma maior efetivação no tocante a realização de direitos humanos e fundamentais de grupos em vulnerabilidade, analisando, ainda, de uma forma crítica, a atuação do Supremo Tribunal Federal no que concerne a esses direitos e sua implementação por meio de políticas públicas de não discriminação. De forma breve, pretende-se analisar, por fim, como vem ocorrendo na prática a atuação da Corte interamericana e do Supremo na proteção de direitos dos grupos vulneráveis e, ainda, esse processo dialógico entre as mesmas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode se afirmar, pelo exposto, que os papéis da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal - como mais alto Tribunal brasileiro - são de suma importância no que se refere à proteção de direitos de grupos vulneráveis, especialmente em razão de sua caráter contramajoritário. O controle de convencionalidade e de constitucionalidade se mostram como instrumentos das jurisdições para garantir a efetividade desses direitos.

Quanto ao diálogo entre jurisdições, cabe referir que trata-se de uma forma de integrar as decisões nacionais e internacionais em uma configuração



Apoio Programa de
Pós Graduação em Direito
Mestrado e Doutorado

UNISC
UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL

IV MOSTRA DE TRABALHOS ACADÊMICOS

mundial que demanda cada vez mais essa proteção que ultrapassa apenas a soberania dos Estado, sendo inegável a necessidade de uma articulação entre Corte IDH e Supremo Tribunal Federal brasileiro.

Contudo, em termos práticos, percebe-se que são adotados critérios diferentes no tocante a essa atuação jurisdicional, não se podendo afirmar a existência de um processo dialógico entre Cortes. A jurisprudência brasileira em muito pouco se assemelha a da Corte, sendo pobre em termos de proteção de direitos de não discriminação pelo viés das políticas públicas. Por outro lado, a jurisprudência da Corte demonstra uma maior atenção a essa questão e traz como característica a determinação de ações e de políticas públicas que expandam os efeitos apenas individuais trazidos nas sentenças. Mostra-se necessária, ainda, uma maior discussão e reconhecimento, no plano interno, da atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, para garantir uma máxima efetivação desses direitos humanos e fundamentais de tamanha importância.

REFERÊNCIAS

ALCALÁ, H. N. Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad: entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile. *Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, v. XIX, p. 511-553, 2013.

ALCALÁ, H. N. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales y su diferenciación con el control de convencionalidad. Controle de convencionalidade: um panorama latino americano. *Gazeta Jurídica*, Brasília, p. 465-544, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.



Apoio Programa de
Pós Graduação em Direito
Mestrado e Doutorado

UNISC
UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL

IV MOSTRA DE TRABALHOS ACADÊMICOS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45*, Rel. Ministro Celso de Mello, julgada em 29/04/04, DJ, 04/05/2004. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 ago 2017.

GUERRA, S. A proteção internacional dos direitos humanos no âmbito da Corte Interamericana e o controle de convencionalidade. *Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 32, p. 341-366, julho/dezembro 2012.

KLATT, M. Direitos a prestações positivas: quem deve decidir? Controle judicial ponderado. In: ALEXY, R.; BAEZ, N. L. X.; SILVA, R. L. *Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo*. Tradução de Carlos Luiz Strapazzon. Florianópolis: [s.n.], 2015. p. 215-266.

LEAL, M. C. H. Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? *Revista Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 1, p. 123-140, setembro/dezembro 2014.

MAZZUOLI, V. D. O. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, G. F. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

TUSHNET, M. Revisión judicial dialógica. In: GARGARELLA, R. *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014.

ZAVASCKI, T. A. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.



Apoio Programa de
Pós Graduação em Direito
Mestrado e Doutorado

UNISC
UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL