



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

LÍGIA CHIARI MENDES ALBUQUERQUE

DIÁLOGO ENTRE CORTES: A RECEPÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL - uma análise das decisões dos Tribunais Regionais Federais e do Superior Tribunal de Justiça.

Belém
2015

LÍGIA CHIARI MENDES ALBUQUERQUE

DIÁLOGO ENTRE CORTES: A RECEPÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL - uma análise das decisões dos Tribunais Regionais Federais e do Superior Tribunal de Justiça.

Dissertação apresentada ao programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Pará, na linha de pesquisa Constitucionalismo, Democracia e Direitos Humanos como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Antônio Gomes Moreira Maués.

Maio
2015

LÍGIA CHIARI MENDES ALBUQUERQUE

DIÁLOGO ENTRE CORTES: A RECEPÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL - uma análise das decisões dos Tribunais Regionais Federais e do Superior Tribunal de Justiça.

Dissertação apresentada ao programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Pará, na linha de pesquisa Constitucionalismo, Democracia e Direitos Humanos como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Apresentado em: ___/___/___

Banca Examinadora

Prof. Dr. Antônio Gomes Moreira Maués
Orientador – ICJ/UFPA

Prof. Dr.
Examinador

Prof. Dr.
Examinador

Conceito: _____

Maio
2015

Para minha família e meu esposo que me deram todo o apoio nesta jornada e especialmente àquela que tanto me inspirou, Maria Lasthenia Chiari (*in memmorian*).

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a **DEUS**, pois sem a força da Fé e os dons do espírito eu jamais chegaria até aqui.

Agradeço imensamente ao meu orientador e eterno mestre Prof. Dr. **ANTÔNIO GOMES MOREIRA MAUÉS**, por, desde o início de minha jornada acadêmica, ter sido fonte de inspiração, por dividir sempre seus conhecimentos conosco e por ter me orientado tão bem neste e em outros trabalhos, contribuindo com minha formação. Na pessoa de quem agradeço ainda a todos os **Professores do PPGD-UFPA** por todos os ensinamentos e orientações.

Agradeço, à **CAPES (CNPQ)** pela bolsa cedida, sem a qual não poderia dispor do tempo para me dedicar, exclusivamente, às disciplinas e à dissertação trabalho.

Agradeço ao grupo de estudos orientado pelo professor Antônio Maués, cujas discussões me abriram os olhos para tantos temas importantes e que contribuíram enormemente para a produção deste trabalho e em especial aos amigos **BRENO, SANDOVAL, GABRIELA, BRUNA e RAFAEL**, pelo apoio de sempre e discussões sempre válidas.

Agradeço aos meus pais, que tanto amo, por estarem ao meu lado em mais uma etapa. Por sempre terem contribuído com a minha formação e terem me apoiado nas escolhas que fiz, sempre me dando liberdade para seguir meus sonhos.

Agradeço ao meu marido e companheiro de todas as horas, **LEANDRO**, por estar ao meu lado em mais uma conquista, por sempre me incentivar a buscar novos desafios e sonhar junto comigo.

Agradeço a minha avó **LASTHENIA**, que foi meu grande exemplo, principalmente de dedicação ao mundo acadêmico, e que infelizmente nos deixou fisicamente neste último ano, mas que tenho certeza que está muito feliz por esta etapa concluída.

Agradeço a meus irmãos, em especial **MARINA e CLÁUDIA** que acompanharam de perto todo meu esforço. A meu avô **JOSÉ** e **DEMAIS FAMILIARES**, pela torcida de sempre e por comemorarem comigo cada conquista.

Agradeço aos **AMIGOS**, tanto aqueles que já me acompanham há anos, como os que tive o prazer de encontrar nessa jornada acadêmica, por todo o apoio.

Por fim, agradeço aos demais que, direta ou indiretamente, contribuíram para a realização desta dissertação.

RESUMO

O trabalho analisa o diálogo judicial entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e os Tribunais Regionais brasileiros e o Superior Tribunal de Justiça. Entende-se que o Brasil encontra-se inserido em um contexto de pluralismo jurídico, por estar submetido a mais de uma ordem de proteção de direitos humanos. Para compatibilizar essas ordens é preciso buscar uma solução não hierarquizante, mostrando-se o diálogo judicial como uma delas. Analisou-se os tipos de diálogo existentes, as formas como as Cortes podem se relacionar e a postura dos juízes nacionais em relação ao direito regional em matéria de direitos humanos. Foi realizada busca nos sítios eletrônicos dos tribunais brasileiros objetos deste estudo, a fim de identificar decisões que utilizassem a jurisprudência da Corte IDH como fundamento dessas decisões. A partir desses resultados, concluiu-se que o diálogo judicial entre essas cortes ainda se encontra em estágio inicial, ficando muitas vezes a depender da atuação pessoal de determinados magistrados, ainda que se tenha encontrado alguns resultados significativos qualitativamente, no sentido de mostrarem o diálogo como viável e como positivo como meio de efetivação de direitos humanos.

Palavras-chave: Diálogo judicial. Pluralismo Jurídico. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Poder Judiciário. Direitos humanos.

ABSTRACT

The present work analyzes the judicial dialogue between the Inter-American Court of Human Rights (IACHR), the Brazilian Federal Regional Courts and The Superior Court of Justice. It is understood that Brazil is inserted in a context of legal pluralism, since it is subjected to more than one human rights protection order. To reconcile these orders is necessary to seek a non-hierarchical solution, being the judicial dialogue one of them. The work analyzes the types of dialogue, the ways in which the courts can relate to and the position of national judges in relation to the regional law on human rights. We, then, searched the websites of the Brazilian Courts objects of this study to identify decisions that used the jurisprudence of the Inter-American Court as a reasoning for deciding the cases. From these results it was concluded that the judicial dialogue between these courts is still in it's early point, depending in many times on the personal initiative of certain magistrates, although we have found some significant results qualitatively, that shows that the dialogue is possible and would be positive as in protecting human rights.

Keywords: Judicial Dialogue. Legal pluralismo. Inter-American Court of Human Rights. Judiciary. Human Rights.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CEDH	Convenção Europeia de Direitos Humanos
CPC	Código de Processo Civil
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CIDH/ Corte IDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
DJ	Diário de Justiça
DJE	Diário de Justiça Eletrônico
EC	Emenda Constitucional
HC	<i>Habeas Corpus</i>
IDC	Incidente de Deslocamento de Competência
LC	Lei Complementar
MC	Medida Cautelar
OEA	Organização dos Estados Americanos
RE	Recurso Extraordinário
REL	Relator
RESP	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TEDH	Tribunal Europeu de Direitos Humanos
TRF	Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	PLURALISMO E PROTEÇÃO MULTINÍVEL DE DIREITOS HUMANOS: O CONTEXTO BRASILEIRO.....	14
2.1	O sistema Interamericano de Direitos humanos e a priorização dos Direitos Humanos no ordenamento Jurídico brasileiro.....	14
2.2	A pluralidade de sistemas de proteção aos direitos humanos: a proteção multinível de direitos humanos e seus desafios.....	18
2.2.1	Pluralismo Jurídico: os ordenamentos jurídicos nos quais se insere o Brasil.....	21
2.2.2	A Interpretação meta-teleológica como modelo para um sistema plural.....	23
3	DIÁLOGO JUDICIAL E O USO DE PRECEDENTES.....	26
3.1	A Comunicação entre Cortes: formas, grau de envolvimento e funções.....	28
3.2	O diálogo internacional: a postura dos juízes nacionais em relação ao direito transnacional.....	31
3.3	O diálogo entre cortes e a proteção aos direitos humanos.....	33
3.4	Os precedentes judiciais e o diálogo entre jurisdições.....	35
3.4.1	Os precedentes judiciais no Brasil.....	35
3.4.2.	Os precedentes no Superior Tribunal de Justiça.....	40
3.4.3	O uso de precedentes de Cortes Supranacionais pelos Tribunais brasileiros.....	42
4	ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS QUE UTILIZAM A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	45
4.1	Superior Tribunal de Justiça.....	45
4.2	Tribunais Regionais Federais.....	54
4.2.1	Tribunal Regional Federal da Primeira Região.....	54
4.2.2	Tribunal Regional Federal da Segunda Região (RJ/ES).....	58
4.2.3	Tribunal Regional Federal da Terceira Região.....	66
4.2.4	Tribunal Regional Federal da Quarta Região.....	68

4.2.5	<i>Tribunal Regional Federal da Quinta Região.....</i>	71
4.3	O Superior Tribunal de Justiça e os Tribunais Regionais Federais em comunicação com a Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	71
5	CONCLUSÃO.....	79
	REFERÊNCIAS.....	82
	APÊNDICE.....	85

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, principal marco do processo de redemocratização do Estado brasileiro, nota-se uma crescente abertura de nosso ordenamento jurídico ao direito internacional de direitos humanos. A partir do parágrafo §2º, do artigo 5º¹, da Constituição que prevê a proteção a direitos provenientes de tratados internacionais, além daqueles dispostos no extenso rol dos direitos fundamentais, percebe-se a abertura do sistema constitucional aos sistemas internacionais de proteção.

Com a entrada em vigor no país da Convenção Americana de Direitos Humanos, em 1992, e a adesão à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 1998, juntamente com outros tratados e convenções no mesmo período², a previsão constitucional passa a ser posta em prática, devendo os Tribunais brasileiros aplicarem no âmbito interno o direito convencional juntamente com o constitucional.

A abertura do regime nacional de proteção aos direitos humanos a normas internacionais representa a ruptura com o antigo paradigma do direito que se apresentava como um sistema hermeticamente fechado, levando a um novo paradigma de sistemas sobrepostos e permeáveis, centrados na proteção ao ser humano.

Esse movimento, intensificado com a Emenda Constitucional nº45 e suas mudanças em prol dessa abertura³, fortalece o processo de democratização, impedindo retrocessos em matérias de direitos humanos e buscando ampliar a proteção a esses direitos.

¹ Art. 5º, § 2º - 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.

² A exemplo da Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais, ratificados pelo Brasil, respectivamente em 1989, 1991 e 1992.

³ A exemplo veja-se os parágrafos 3º e 4º, inseridos no artigo 5º, por força da Emenda Constitucional nº45/04.

§ 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.

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

Entretanto a sobreposição de sistemas exige dos magistrados e demais operadores do direito uma mudança de postura. É preciso entender qual o papel das cortes nas diferentes ordens jurídicas às quais elas se encontram sujeitas, para poder exercê-lo de forma a tornar o sistema no qual se está inserido o mais coerente possível.

Para reger este processo de internacionalização do direito doméstico ou de constitucionalização do direito internacional, apresentam-se soluções hierarquizantes ou mais dialógicas, nas quais se busca apresentar soluções para as situações de conflitos entre normas dos diferentes sistemas. Quando a solução adotada baseia-se em critérios hierárquicos é preciso definir qual o conjunto de normas superior – se o nacional ou o internacional. Porém muitos autores vêm apontando para soluções baseadas no diálogo entre os sistemas de proteção de direitos, sem determinar que um seja hierarquicamente superior a outro.

Este contexto e as possíveis soluções para os conflitos advindos dele são apresentados nos capítulos 2 e 3 deste trabalho. Nestes tópicos busca-se entender como se chegou ao patamar de proteção aos direitos humanos em que nos encontramos, analisando o sistema interamericano e o que significa estudar sua recepção como um todo e a importância da jurisprudência da Corte nesse processo. Bem como quais os desafios surgem nesse contexto de pluralidade de ordens jurídicas e quais posturas melhor se adaptam para conciliar essas ordens.

Para tal foi realizada pesquisa bibliográfica, buscando compreender e conceituar o pluralismo jurídico, para então identificar os principais desafios que este contexto pode nos trazer. Sobre esta mudança de paradigma no direito, foram analisados trabalhos recentes sobre o tema como os de Flávia Piovesan, Miguel Poiars Maduro e Aída Torres Pérez.

Analisou-se ainda de que forma o diálogo se apresenta como solução possível para esta sobreposição de sistemas e buscou-se compreender melhor no que consiste este diálogo judicial. Foram estudadas formas, graus de envolvimento, funções e características desse diálogo, especialmente como expostos por Anne-Marie Slaughter, Laurence Burgorgue-Larsen e Vicki C. Jackson, autoras que se destacam na discussão do diálogo judicial, bem como os tipos de posturas dos juízes em relação ao direito internacional, a fim de identificar na jurisprudência dos tribunais brasileiros a existência ou não desse diálogo e se existente de que forma ele ocorre. Identificou-se que o uso de precedentes da Corte Interamericana

de Direitos Humanos pode sinalizar a existência de uma postura dialógica dos juízes brasileiros, não podendo deixar de realizar uma breve análise do histórico do uso dos precedentes em nosso ordenamento jurídico ainda que sem aprofundamentos em teorias do precedente.

No capítulo 4, então, foram expostos os casos encontrados a partir da pesquisa de jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais. Além do Supremo Tribunal Federal, densamente estudado e analisado pela doutrina, também se faz necessário observar como vêm se portando os tribunais superiores e os tribunais internos em relação a esse diálogo, visto que em nosso país todos os órgãos jurisdicionais têm competência para realizar o controle de constitucionalidade e, assim, teriam também para realizar o controle de convencionalidade⁴.

Ademais, embora não sejam os únicos atores, não há que se negar, como afirmam Keller e Sweet (2008, p. 3), que os magistrados nacionais são atores extremamente importantes dentro de seu próprio ordenamento jurídico no processo de efetivação dos direitos garantidos pela Convenção.

Como não seria possível, no âmbito deste trabalho, proceder à análise da jurisprudência de todos os tribunais e órgãos jurisdicionais brasileiros, selecionou-se o Superior Tribunal de Justiça e os Tribunais Regionais Federais. Optou-se por não realizar análise da jurisprudência do STF visto que esta tem sido objeto de análise de diversos pesquisadores⁵ com intuito semelhante ao nosso.

O Superior Tribunal de Justiça ganha destaque em função da competência recursal que lhe é conferida pela Constituição em caso de decisão que contrarie ou negue vigência a tratado internacional (art. 104, III, a, CF/88). Já a Justiça Federal merece destaque, principalmente, a partir da EC 45/04, que acrescentou o §5º, ao art. 109 da Constituição possibilitando o deslocamento de competência para a justiça federal em caso de grave violação de direitos humanos. Assim, por serem

⁴ A esse respeito Mazzuoli, (2011), afirma que todos os órgãos jurisdicionais competentes para o controle de constitucionalidade difuso são também competentes para o controle de convencionalidade difuso, aquele que se dá em face dos tratados internacionais de direitos humanos não aprovados com o quórum especial requerido pelo §3º, do art. 5º, da CF. No entendimento do autor estes tratados seriam materialmente constitucionais e, portanto, parâmetro para o controle de convencionalidade.

⁵ Somente para fins de exemplo citamos como pesquisadores que desenvolvem pesquisas com o fim de analisar a recepção da Convenção Americana sobre Direito Humanos e o fazem analisando a jurisprudência do STF: Ramos (2009), Piovesan (2009), Silva (2010) e Maués (2008).

esses tribunais prováveis julgadores de contendas que envolvam direitos humanos, optou-se por utilizar a jurisprudência deles como amostra deste estudo.

Esta jurisprudência foi encontrada através dos sistemas eletrônicos de busca de cada tribunal. Foram realizadas pesquisas com as palavras-chave “corte interamericana” até janeiro de 2015. Dentre os resultados encontrados foram analisados o inteiro teor de todas as decisões, procedendo-se com a análise em relação ao referencial teórico somente dos resultados em que houve argumentação fundamentada na jurisprudência da Corte. Os casos descartados encontram-se listados em anexo neste trabalho.

Então, o que se objetiva analisar é como esse diálogo ocorre e qual o papel dos precedentes da Corte nele. Faz-se esta análise, no final do capítulo 4, aplicando as categorias teóricas estabelecidas ao longo do trabalho em relação aos casos encontrados, buscando responder a pergunta central de nossa pesquisa: Existe diálogo entre os Tribunais brasileiros e a Corte Interamericana de Direitos Humanos?

2 PLURALISMO E PROTEÇÃO MULTINÍVEL DE DIREITOS HUMANOS: O CONTEXTO BRASILEIRO

2.1 O sistema Interamericano de Direitos humanos e a priorização dos Direitos Humanos no ordenamento Jurídico brasileiro

O processo de redemocratização do Estado brasileiro que culminou com a promulgação da Constituição Federal de 1988 elevou os direitos humanos a um novo patamar em nosso ordenamento jurídico. A nova Constituição traz em seu bojo um catálogo extenso de direitos, visando a não mais permitir que fossem violados. Essa mudança constitucional proporcionou a abertura de nosso sistema jurídico para os sistemas internacionais de proteção de direitos humanos.

Desde a redemocratização, o país ratificou diversos tratados de direitos humanos, passando a fazer parte de vários sistemas de proteção⁶, dentre eles o sistema interamericano de proteção de direitos humanos, o qual o Brasil integra desde 1992, quando ratificou seu principal tratado: a Convenção Americana de Direitos Humanos.

A adesão do país a tratados de direitos humanos, embora seja consequência do processo de fortalecimento da democracia, passou a contribuir para este processo. Isto porque, ao tornar-se parte de um sistema, internacional ou regional, de proteção de direitos humanos, o Estado reafirma seu compromisso com a democracia e os direitos humanos. Forma-se assim um círculo virtuoso em que a democratização leva à maior participação em regimes de proteção de direitos humanos e a adesão a tratados internacionais de direitos humanos estimula a democracia.

Porém, para que os tratados de direitos humanos tenham eficácia plena, é necessário compreender como se dá a recepção⁷ desses no ordenamento jurídico interno, ou seja, de que forma as autoridades responsáveis pela aplicação desses tratados atuam para garantir que seja respeitado.

O sistema inaugurado pela Convenção Americana de Direitos Humanos tem sido um dos de maior destaque em nosso Estado. Isto porque, além de um sistema

⁶ Destacam-se o sistema Interamericano e o sistema Global de proteção, que ainda que iniciado com a própria Carta das Nações Unidas (1945) e a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), fortaleceu-se com os Pactos Internacionais sobre direitos Cíveis e Políticos (ratificado pelo Brasil em 1991) e sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ratificado em 1992).

⁷ Utilizou-se o termo recepção com sentido atribuído a ele por Alec Stone Sweet e Helen Keller na obra "A Europe of Rights", que será exposto no capítulo 3 deste trabalho.

com uma declaração de direitos a serem protegidos, conta com um órgão jurisdicional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, responsável por interpretar a Convenção e determinar quando houve violação da Convenção pelos Estados-parte.

Com a sujeição do Brasil à jurisdição da Corte em 1998, a Emenda constitucional nº45/2004, que elevou tratados de direitos humanos aprovados com quórum especial ao patamar constitucional e a decisão emblemática do Supremo Tribunal Federal em 2008 pela supralegalidade dos tratados de direitos humanos aprovados sem o quórum especial estabelecido constitucionalmente, surgiram diversos questionamentos acerca do processo de recepção dos tratados de direitos humanos. É necessário compreender qual o status dos tratados de direitos humanos no Brasil e qual a influência disto para sua efetividade, bem como a aplicação da Convenção Americana pelos magistrados e sua vinculação a ela.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada Pacto de San José da Costa Rica, foi assinada em 1969, entrando em vigor em 1978. É o principal instrumento do sistema interamericano (PIOVESAN, 2012, p. 319) de proteção de direitos humanos e estabelece a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana.

É a base de um dos dois regimes existentes no sistema interamericano⁸, e somente os Estados-Membros da Organização dos Estados Americanos podem a ela aderir.

Materialmente a Convenção reconhece e assegura um catálogo de direitos humanos muito semelhante àquele do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, sem fazer referência expressa a nenhum direito social, cultural ou econômico, limitando-se a estipular que os Estados-Parte alcancem plenamente o desenvolvimento destes direitos.⁹

Esta referência vaga aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais levou a necessidade de uma reforma no sistema que resultou no Protocolo Adicional à

⁸ Existe outro regime dentro do sistema interamericano que tem por base a Carta da Organização dos Estados Americanos, não alcançado pelo presente estudo.

⁹ Artigo 26 - Desenvolvimento progressivo

Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que ficou conhecido como o Protocolo de San Salvador e entrou em vigor em novembro de 1999¹⁰.

Os Estados-Parte têm a obrigação de respeitar os direitos previstos na Convenção e seus Protocolos adicionais¹¹, no sentido de não impedir seu gozo pelos cidadãos e de assegurar o livre e pleno exercício destes direitos¹².

A Convenção estabelece ainda a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos como aparato de monitoramento e implementação dos direitos que prevê. A Comissão, já existente anteriormente em função do regime baseado na Carta da OEA, passa também a integrar o regime inaugurado pela Convenção.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por outro lado, é inaugurada pela Convenção como o órgão jurisdicional do sistema regional americano, dotada de competência consultiva e contenciosa.

Nos ensinamentos de Fix-Zamudio (1991, p.177):

[...] A Corte Interamericana possui duas atribuições essenciais: a primeira, de natureza consultiva, relativa à interpretação das disposições da Convenção Americana, assim como das disposições de tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos; a segunda, de caráter jurisdicional, referente à solução de controvérsias que se apresentem acerca da interpretação ou aplicação da própria Convenção.

Qualquer membro da OEA pode solicitar o parecer da Corte em relação à interpretação da Convenção ou de qualquer outro tratado relativo à proteção dos direitos humanos no âmbito americano. Já quanto ao caráter contencioso, somente

¹⁰ Sobre o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e seus principais instrumentos ver: Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Pela Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais." (TEREZO, 2014, p.149 - 199)

¹¹ Protocolo adicional em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais (1988) e o Protocolo referente à abolição da pena de morte (1990).

¹² "Um Governo tem, conseqüentemente, obrigações positivas e negativas relativamente à Convenção Americana. De um lado, há a obrigação de não violar direitos individuais; por exemplo, há o dever de não torturar um indivíduo ou de não privá-lo de um julgamento justo. Mas a obrigação do Estado vai além desse dever negativo e pode requerer a adoção de medidas afirmativas necessárias e razoáveis, em determinadas circunstâncias, para assegurar o pleno exercício dos direitos garantidos pela Convenção Americana. Por exemplo, o Governo de um país em que há o desaparecimento forçado de indivíduos em larga escala está a violar o art. 7º(1) da Convenção Americana, ainda que não possa demonstrar que seus agentes sejam responsáveis por tais desaparecimentos, já que o Governo, embora capaz, falhou em adotar medidas razoáveis para proteger os indivíduos contra tal ilegalidade" Buergethal (1988, p. 145).

aqueles Estados-parte que reconhecerem expressamente a jurisdição da Corte estão sujeitos a ela, conforme prevê o art. 62¹³ da Convenção.

O Brasil, que ratificou a Convenção em 1992, só veio reconhecer a jurisdição da Corte em 1998. Até então, casos de violação de direitos humanos em nosso Estado não poderiam ser submetidos ao julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Corte tem a importante função de ser intérprete da Convenção¹⁴, por este motivo destaca-se a importância de conhecer as sentenças da Corte assim como suas opiniões consultivas.

Lembre-se que os sistemas regionais de proteção de direitos humanos têm exatamente a vantagem, em relação ao sistema internacional, de refletir com maior autenticidade as peculiaridades e os valores históricos de uma determinada região (PIOVESAN, 2001). Assim, é importante estar atento não só aos casos que envolvem o estado brasileiro, mas também àqueles que, embora tenham como parte outro Estado-membro, tratam de temas que comumente resultam em violações em nosso país também.

Nos últimos anos, o direito brasileiro passou por um conjunto de mudanças nos planos constitucional e jurisprudencial que ampliaram a importância dos direitos humanos em nosso ordenamento. Com a Emenda Constitucional nº 45/04, o país passou a integrar o grupo de países que reconhece status constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, desde que ratificados pelo mesmo quórum exigido para aprovação de emenda à Constituição¹⁵. Os tratados incorporados dessa maneira ao ordenamento nacional, portanto, formarão parte do bloco de constitucionalidade, servindo de parâmetro para o exercício do controle de constitucionalidade.¹⁶

¹³ “Artigo 62 - 1. Todo Estado-parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.”

¹⁴ Corte Interamericana de Direitos Humanos, *caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, sentença de 26 de setembro de 2006.

¹⁵ Art. 5º, § 3º, CF/88. “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.” (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

¹⁶ Não se pode ignorar que de acordo com a tese da constitucionalidade dos tratados de direitos humanos, independentemente do quórum de aprovação, todos eles seriam parte do bloco de constitucionalidade servindo de parâmetro para o controle de constitucionalidade (PIOVESAN 2012. p.108.)

Sob a influência dessa inovação do constituinte derivado, o Supremo Tribunal Federal modificou sua jurisprudência sobre o nível hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos anteriores à EC nº 45. Havendo mantido, após a promulgação da Constituição de 1988 (v. Adin nº 1.480), o entendimento de que os tratados internacionais ingressam no ordenamento nacional com o status de lei ordinária, o STF, no final de 2008, consolidou uma nova interpretação (v. RE 466.343), segundo a qual os tratados de direitos humanos encontram-se acima da legislação interna, ainda que abaixo da Constituição.

Em que pese a existente discussão quanto ao status ocupado pela Convenção no ordenamento jurídico brasileiro, visto que muitos ainda defendem o caráter constitucional dos tratados de direitos humanos independentemente do quórum de aprovação¹⁷, a consagração da tese da supralegalidade destes tratados significou enorme avanço no cenário jurídico. Isto porque implica que a legislação infraconstitucional deve ser interpretada em consonância não apenas com a Constituição, mas também com os tratados de direitos humanos. Essa nova perspectiva do direito brasileiro coloca igualmente em novo patamar a jurisprudência dos tribunais internacionais de direitos humanos, cujo conhecimento e recepção são necessários para o bom desenvolvimento da tarefa interpretativa que se impõe à jurisdição nacional: aplicar o direito interno em constante diálogo com o direito internacional dos direitos humanos (MAUÉS, 2008).

Essa necessidade dialógica surge do contexto de pluralismo jurídico no qual se está inserido, para que se possa alcançar a proteção multinível de direitos humanos, como se verá adiante.

2.2 A pluralidade de sistemas de proteção aos direitos humanos: a proteção multinível de direitos humanos e seus desafios

Atualmente a proteção aos direitos humanos já não se restringe a proteção na ordem interna, mas também na internacional e até supranacional. O sucesso do

¹⁷Não são poucos os constitucionalistas e internacionalistas que defendem o caráter constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos. Os defensores desta tese alegam que o §2º, do art. 5º, da Constituição Federal constitui *cláusula aberta de recepção de tratados*. Segundo (PIOVESAN, 2012), essa conclusão advém da interpretação sistemática e teleológica do Texto constitucional e da natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais.

Neste sentido: “O programa normativo-constitucional não pode se reduzir, de forma positivista, ao ‘texto’ da Constituição. Há que se densificar, em profundidade, as normas e princípios da constituição, alargando o ‘bloco de constitucionalidade’ a princípios não escritos, mais ainda reconduzíveis ao programa normativo-constitucional, como formas de densificação ou revelação específicas de princípios ou regras constitucionais positivamente plasmadas”. (CANOTILHO, 1993, p. 982)

movimento dos direitos humanos na área internacional tem desafiado o modelo westfaliano de relações internacionais, como o monopólio do estado sobre os cidadãos e o conceito monolítico de soberania estatal (TORRES PÉREZ, 2009, p. 27).

Este fenômeno, chamado de proteção multinível de direitos humanos, apresenta vantagens, mas também desafios que precisam ser superados de forma a garantir uma melhor proteção destes direitos. Surgem conflitos entre as constituições estatais e as ordens internacionais de proteção¹⁸, restando às Cortes internas um grande desafio ao aplicar as diversas normas vigentes.

Em relação aos impactos causados às Cortes nacionais, Urueña (2013) destaca que o nível internacional se converte em uma ameaça confiável às autoridades nacionais que se mostram reticentes a proteger direitos humanos. Por outro lado, permite ver que o efeito direto dos instrumentos internacionais melhora a posição das cortes nacionais que buscam exercer sua jurisdição para proteger direitos humanos, pois lhes dá mais condições para fundamentar suas decisões e interpretar o direito de forma a ampliar a proteção aos direitos humanos.

É preciso, então, buscar a melhor forma de interação entre os diversos níveis de proteção, para alcançar os benefícios desta proteção multinível e diminuir os riscos, como o de se aumentar demasiadamente o poder das Cortes. Em relação à situação brasileira e latino-americana, ainda que não se possa falar em uma proteção a nível supranacional, não se pode negar a existência de diferentes níveis de proteção com a existência do sistema interno e do sistema regional de proteção.

Pode-se distinguir na doutrina pelo menos duas formas de interação entre estes sistemas: a forma hierárquica – que tanto pode se dar pela supremacia das constituições nacionais, quanto pela supremacia da ordem internacional - e o pluralismo.

Nos modelos hierárquicos que têm a Constituição como norma suprema (TORRES PÉREZ, 2009, p. 42), todos os atos do Estado, incluindo aqueles praticados no âmbito de aplicação do direito da internacional ou supranacional, devem ser compatíveis com ela. Justifica-se pelas constituições como limitadoras e reguladoras de todas as formas de poder público e expressão da soberania popular (TORRES PÉREZ, 2009, p. 43). O poder dos Estados para integrar ordens

¹⁸ Destaque-se que na Europa existe ainda o conflito com as normas comunitárias, tornando a proteção multinível ainda mais complexa.

internacionais de proteção de direitos humanos deriva de autorização constitucional e, portanto, não poderia o direito internacional violar direitos fundamentais da própria constituição, fruto direto da soberania popular.

Já no modelo que se pode chamar de Constitucionalismo interamericano, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos funcionaria como uma espécie de Constituição do sistema interamericano, em que estaria protegido um núcleo duro de direitos. Caberia às Cortes nacionais tornar efetivo este regime internacional, sobrepondo-o a seu regime interno quando houver conflito entre eles.

Aqueles que entendem por este sistema de harmonização da jurisprudência, defendem que não seria razoável que um tribunal brasileiro – inclusive o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a aplicação de determinado artigo da Convenção Americana de Direitos Humanos, optasse por interpretação diversa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, dando margem a uma futura condenação desta contra o Brasil (RAMOS, 2013, p. 296).

Este tipo de abordagem baseia-se na autonomia da ordem legal internacional, na supremacia derivada da ratificação dos tratados e no fato de que se cada país aplicar a sua constituição em caso de conflito seria prejudicada a eficácia e a uniformidade do sistema internacional (TORRES PÉREZ, 2009, p. 50).

Dessa forma aqueles adeptos deste tipo de interpretação têm a Corte IDH como intérprete última da Convenção e, portanto, hierarquizam a relação entre ela e os tribunais nacionais que lhe deveriam “obediência”. Ramos (2013, p. 300) justifica essa postura de deferência com a teoria do duplo controle, em que uma norma para permanecer válida em um sistema jurídico deve passar pelo crivo da Constitucionalidade – que tem como principal ator o STF e pelo crivo da Convencionalidade – que tem por principal ator a Corte IDH.

Já a segunda forma de interação implica uma pluralidade de sistemas de proteção, em que não há uma relação hierárquica. Estes sistemas têm igual importância na proteção dos direitos humanos e, ainda que se entrelacem e muitas vezes se choquem, a solução deve ser encontrada de forma não hierarquizante.

TORRES PÉREZ (2009, p. 58) apresenta duas propostas de soluções não hierárquicas. A primeira delas seria a criação de uma instituição suprajurisdicional para a solução dos conflitos entre as diferentes ordens jurídicas. No caso americano, teríamos um Tribunal que determinaria qual norma deve ser aplicada em cada caso de conflito – se a Convenção ou a Constituição estatal. Encontram-se nesta solução

os mesmos problemas do Constitucionalismo interamericano no que diz respeito à soberania e à falta de legitimidade das decisões dessa Corte, somados a problemas estruturais como o custo de se criar mais um órgão jurisdicional e uma delonga maior em solucionar problemas envolvendo direitos humanos.

A segunda solução seria a da Convenção como piso mínimo de proteção de direitos. Assim, os Estados-parte teriam liberdade para proteger direitos fundamentais de forma diferente desde que fosse mais abrangente do que a forma com que a Convenção os protege. Ou seja, a Convenção constituiria um núcleo duro de direitos que não poderia ser flexibilizado para sua limitação, mas somente para ampliar a proteção destes direitos. Embora está pareça a melhor abordagem, ainda é preciso decidir em que casos o direito nacional protege mais ou não do que o direito regional. E esta decisão, inevitavelmente, caberá às Cortes, tanto nacionais quanto a regional, quando se depararem com casos em que haja conflito entre ordens jurídicas.

Sendo assim, não há como defender o pluralismo sem defender o diálogo. As diferentes cortes que têm competência para julgar violações a direitos humanos baseadas em um mesmo documento devem buscar uma interpretação coerente entre os diversos ordenamentos aos quais se sujeitam. Especialmente as Cortes internas, que são o foco deste trabalho, não significando que devam simplesmente se submeter à autoridade da jurisprudência¹⁹ das Cortes internacionais, mas sim dialogar com aquelas a fim de alcançar a melhor interpretação do seu direito interno.

2.2.1 Pluralismo Jurídico: os ordenamentos jurídicos nos quais se insere o Brasil

Com a adesão do Brasil à Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, tornou-se o Brasil sujeito a mais uma ordem jurídica, além da ordem interna. Com isso se inseriu em um contexto de pluralismo jurídico, no sentido de multiplicação de regimes legais e ordens jurisdicionais (MADURO, 2009).

O pluralismo, como ensina maduro (2009, p. 356 – 358), pode se dar tanto no âmbito interno, quanto no externo. O primeiro é aquele que é interno a uma determinada ordem jurídica, onde existem múltiplas fontes de poder que não se

¹⁹Nos referimos aqui à autoridade de interpretação da Convenção por meio de toda a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, não à autoridade de decisões em que houve condenação do Brasil, uma vez que estas, a nosso ver, não podem deixar de ser cumpridas.

encontram necessariamente ordenadas hierarquicamente. Enquanto o externo deriva do aumento da comunicação e interdependência entre diferentes ordens jurídicas, tanto ordens estatais e supranacionais quanto ordens internacionais. No Brasil, pode-se identificar a existência do pluralismo jurídico externo.

Deste contexto emergem várias relações. Primeiramente, a crescente integração econômica e política tem levado à multiplicação de regimes legais internacionais e instâncias judiciais, o que aumenta a necessidade de órgãos judiciais promoverem a integração e coordenação entre diferentes ordens legais. Aumentam os conflitos entre jurisdições de ordens legais diferentes o que pode gerar uma competição interpretativa e adjudicativa entre cortes. Esse contexto também resulta em possíveis externalidades legais, quando uma decisão tem impacto social e econômico em outra jurisdição. Por fim, há ainda o aumento da fertilização cruzada dos conceitos legais, em função do crescente caráter transnacional da litigância econômica e dos serviços legais o que leva os advogados a circularem mais argumentos e estratégias legais entre diferentes ordens jurídicas e da circulação de ideia entre redes de acadêmicos, advogados e juizes que também levam à mistura de culturas legais.

A existência de uma pluralidade de ordenamentos jurídicos modifica diversas relações de poderes, assim como o próprio papel das cortes e sua forma de decidir e de fundamentar suas decisões. Isto porque um tribunal que antes deveria ter em conta somente a ordem doméstica passa então a ter que decidir de forma coerente com esta e outras ordens às quais esteja ligado, como é o caso do sistema americano de proteção aos direitos humanos. Os tribunais brasileiros, por exemplo, devem decidir de forma coerente não só com as normas brasileiras, mas também com aquelas do sistema interamericano, ordem jurídica da qual fazem parte.

Em um sistema de pluralismo, aumenta a quantidade de leis concorrendo sobre a normatização de um determinado assunto, bem como a tendência de produzir normas ambíguas. Isto se dá porque a comunidade política se comprometeu com ordens legais concorrentes, porque dentro de uma determinada ordem existem diferentes fontes de produção normativa dominadas por interesses diferentes ou simplesmente porque é tão difícil alcançar um consenso no processo de produção legal que as leis acabam por refletir reivindicações normativas concorrentes. A ambiguidade textual é muitas vezes um reflexo de uma ambiguidade normativa mais profunda, consequência de argumentos incompletamente teorizados

(MADURO, 2009, p. 366). O que pode levar ao consenso sobre princípios de espectro amplo e que permitem uma interpretação mais dinâmica.

Isto leva ao paradoxo do pluralismo (MADURO, 2009, p. 367). O pluralismo leva o processo político a crescentemente delegar às cortes decisões de alta sensibilidade política e social pela adoção de normas conflitivas e de princípios amplos. Mas, ao mesmo tempo, o pluralismo tende a aumentar a contestabilidade das decisões judiciais e tornar mais rígidos os resultados delas, vez que é mais difícil de serem superadas pelo processo político. Uma vez que estes direitos não podem ficar desprotegidos pela inércia do poder legislativo, as cortes acabam por ter responsabilidade em matérias mais polêmicas como foi o caso no Brasil de casos ligados à liberdade de expressão²⁰ em que coube ao STF decidir para dar maior proteção a este direito com base em normas da constituição e da convenção.

Em outras palavras, o pluralismo, por levar muitas vezes à criação de normas que possibilitam um maior número de interpretações, acaba por enfatizar o papel das Cortes para limitar este conteúdo. Da mesma forma torna as decisões mais questionáveis, entretanto seus resultados são mais difíceis de mudar por delegar esta função do processo político às Cortes.

2.2.2 A interpretação meta-teleológica como modelo para um sistema plural

Maduro (2009, p. 368) apresenta como solução para o paradoxo do pluralismo um modelo de interpretação meta-teleológico, um modelo especial de interpretação judicial para o sistema plural.

Primeiramente, as Cortes precisam se abrir a argumentos que sejam sensíveis às complexas questões econômicas, sociais e políticas que surgem nesses casos. Os juízes precisam argumentar em uma linguagem que seja familiar à comunidade legal e que se encaixe a um determinado entendimento sistêmico da ordem legal. Esse é o processo que filtra a subjetividade das preferências dos juízes por um processo objetivo de interpretação do direito, legitimando o uso daqueles argumentos.

²⁰ Recurso Extraordinário 511.961, em que o STF decidiu com base na Convenção Americana de Direitos Humanos que o Decreto-Lei 972/69 era inconstitucional por exigir o diploma de jornalista para exercício da profissão, violando assim o direito à liberdade de expressão previsto em nossa Constituição e na CADH.

Em segundo lugar, a argumentação jurídica não pode ignorar o fato de que a lei é interpretada de forma concorrente ou em cooperação com outras instituições. Assim, as decisões judiciais têm que levar em conta essa dimensão discursiva.

A forma das Cortes responderem à necessidade de contextualizar a argumentação que surge de suas comunidades de discurso mais amplas e da aumentada ambiguidade normativa do quadro jurídico em que elas operam, enquanto se mantém leais a uma concepção objetiva do processo de interpretação, é por um uso reforçado da argumentação teleológica em conjunto com uma articulação mais clara do entendimento sistêmico da ordem legal que guia a reconstrução do *telos*. Esta interpretação força os tribunais a articular as preferências normativas que eles atribuem a determinadas regras e a relacioná-las às preferências normativas da ordem legal como um todo. Assim, a atividade judicial é limitada pela argumentação necessária para demonstrar qual o objetivo de uma determinada norma legal e como ele se enquadra dentro das preferências normativas gerais de sua ordem jurídica. Assim, esse tipo de interpretação reforça a responsabilidade dos juízes ao aumentar a transparência de suas escolhas normativas em casos difíceis.

Esse tipo de argumentação também atende à segunda exigência da argumentação judicial em um sistema plural, que é aumentar o engajamento de outras instituições no processo discursivo. Primeiramente, por articular os objetivos normativos e sua conexão a um sistema geral de valores da ordem jurídica, as cortes estabelecem um espaço para uma discussão substantiva. A argumentação teleológica abriga as condições necessárias para este debate em que a pluralidade de atores da comunidade do discurso jurídico pode participar.

Em segundo lugar, os tribunais também modelam as ações de outras instituições com as quais se engajam neste raciocínio sistêmico, uma vez que esse tipo de interpretação se baseia na coerência e consistência da ordem jurídica. Não basta que uma corte seja coerente ao interpretar uma determinada norma legal, é preciso que ela tente interpretar essa norma de forma consistente com a interpretação de todo o sistema jurídico, buscando o ideal de uma ordem jurídica coerente. Embora isto não queira dizer que uma ordem vá ser sempre absolutamente coerente, mas sim reconhecer que o papel das cortes em comunidades políticas sujeitas ao estado de direito é também de maximizar a coerência. E no exercício deste papel, as cortes interagem no processo político

porque exigem do processo político uma coerência e consistência política similar a que se exige na interpretação jurídica. O que leva a uma maior transparência e responsabilização também do processo político.

Por fim, uma das consequências do pluralismo legal e constitucional é o aumento da integração entre diferentes cortes e jurisdições e a aplicação multijurisdicional das normas legais. Neste contexto, é natural que a forma clássica de hierarquia jurisdicional seja substituída por formas mais complexas de interação entre as cortes em que a interpretação atua como mediadora. A interpretação teleológica seria então o método de interpretação que mais favorece a comunicação entre diferentes jurisdições e que também pode melhor guiar as cortes em um contexto descentralizado que envolve uma pluralidade de ordens. Primeiro porque não somente apresenta um resultado judicial específico para o caso em tela, mas também oferece uma orientação normativa mais ampla para tratar casos futuros, reduzindo a informação legal e os custos de transação das cortes. E em segundo lugar, porque argumentações mais formais tendem a ser mais dependentes da cultura e linguagem jurídica de uma determinada ordem, sendo mais fácil a interpretação teleológica perpassar diferentes ordens jurídicas.

Por tudo isso, é necessário desenvolver uma argumentação que vá além da forma e adentre os valores e objetivos normativos que podem ser atribuídos às normas. A aplicação da interpretação meta-teleológica é a forma de argumentação mais dialógica disponível, que leva em consideração a posição da outra Corte envolvida no processo interpretativo daquele dispositivo, visando a alcançar a interpretação mais efetiva em termos de proteção de direitos humanos, levando em conta inclusive o papel institucional dos órgãos jurisdicionais envolvidos. Para melhor compreender este tipo de interpretação é necessário entender como pode ocorrer o diálogo judicial, de que forma ele pode contribuir para um sistema plural de proteção de direitos e qual o papel dos precedentes nesse diálogo.

3 DIÁLOGO JUDICIAL E O USO DE PRECEDENTES

Muitos autores têm trabalhado a questão do diálogo em diversas perspectivas (BATEUP, 2006), como a do diálogo entre instituições dentro de um mesmo país, a do diálogo entre países no contexto político internacional e a do diálogo judicial, ou seja, a que envolve juízes de diferentes cortes ou tribunais, comunicando-se para solucionar problemas comuns. É este tipo de diálogo que se verá no presente trabalho.

O chamado diálogo judicial pode ocorrer de formas variadas, sendo analisado em diversos sentidos, vetores e níveis. Podendo ocorrer tanto no âmbito interno quanto entre jurisdições nacionais e supranacionais, o diálogo entre jurisdições é o que interessa como meio de garantir maior proteção aos direitos humanos em um sistema plural.

Isto se justifica, pois existe atualmente uma crise do paradigma jurídico tradicional, que há mais de século fundava a cultura jurídica latino-americana em três pilares essenciais: a pirâmide kelseniana com a Constituição no topo da ordem jurídica, não podendo haver nenhum documento jurídico com igual ou maior força que ela; o hermetismo de um direito puro, que foca no ângulo interno da ordem jurídica; e o *State Approach*, ou seja, uma perspectiva centrada no Estado, em que se destacam a soberania estatal no âmbito externo e a segurança nacional no âmbito interno(PIOVESAN, 2012, p. 68-72).

Este paradigma vem sendo gradualmente substituído por outro que se funda não mais na pirâmide kelseniana, mas no trapézio que coloca em igual nível de importância a Constituição e os tratados internacionais de Direitos Humanos no ápice da ordem jurídica; na crescente abertura do direito, marcado pelo diálogo do ângulo interno com o externo; e na substituição do *State approach* pelo *Human Rights approach*, ou seja, que se centra nos direitos humanos, ao invés do Estado, e abarca como conceitos estruturais e fundantes a soberania popular e a segurança cidadã.

Essa mudança de paradigma leva à necessidade de integrar de forma melhor os sistemas de proteção dos direitos humanos, os nacionais e os internacionais ou regionais, levando à internacionalização do direito constitucional e à humanização do direito internacional.

É nesse contexto que surge a necessidade de um verdadeiro diálogo entre jurisdições, que vá além da simples adesão a tratados internacionais de direitos humanos, englobando sua verdadeira recepção, transformando-os em parâmetros de validade até mesmo para as normas constitucionais.

Ressalte-se que neste trabalho foi adotado o conceito de recepção de tratados que envolve muito mais do que o processo de ratificação e internalização do tratado. Ao analisar a recepção de um tratado internacional, deve-se estar atento aos mecanismos por meio dos quais as autoridades nacionais, dentre elas juízes e legisladores, aplicam, confrontam, resistem ou tornam efetivos os direitos previstos em tratados.

Neste sentido, Keller e Sweet (2008, p. 4) conceituam: “Por recepção, nós queremos dizer como os oficiais nacionais confrontam, fazem uso, resistem ou põe em prática os direitos convencionais”.²¹

Torna-se, portanto, necessário analisar como a Convenção Americana de Direitos Humanos vem sendo aplicada por todas as Cortes brasileiras e como se tem dado o diálogo entre essas cortes e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Como destaca Maués (2008, p. 20):

Ultrapassada a fase de incorporação formal da CADH e de outros tratados ao direito brasileiro, vivenciamos um período de definição sobre a eficácia das convenções e decisões do sistema interamericano no direito interno, o que depende da resposta a algumas questões.

A primeira delas diz respeito, ainda, ao nível em que a CADH e outros instrumentos do sistema interamericano incorporam-se ao direito brasileiro. Não cabe dúvida de que o reconhecimento do nível supralegal dos tratados de direitos humanos pelo STF já permite solucionar boa parte dos problemas de recusa à aplicação das disposições internacionais. Contudo, permanece em aberto a ocorrência de conflitos entre Constituição e tratados, particularmente em relação àqueles ratificados pelo Brasil antes da promulgação da EC nº 45.

Estreitamente associada a essa questão encontra-se outra, referente ao valor interpretativo das sentenças da Corte IDH. Trata-se, nesse caso, não apenas de saber como elas serão cumpridas pelo Estado, mas da relevância que seus fundamentos terão na interpretação dos direitos humanos desenvolvida pelo judiciário brasileiro.

Sweet; Keller (2008, p. 26) afirmam, em relação ao sistema europeu de proteção dos direitos humanos, que “não se pode entender como o sistema da

²¹ No original: “By reception, we mean how national officials confront, make use of, and resist or give agency to Convention rights.”

Convenção de fato funciona sem prestar atenção a como o sistema interage com e impacta o direito nacional.”²²

O mesmo pode ser dito em relação ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, seria impossível compreender sua efetivação, sem entender sua recepção pelos sistemas nacionais de seus Estados-parte. Assim, é preciso compreender se e como estes sistemas têm dialogado entre si e como este diálogo pode ser aperfeiçoado, como se verá a seguir.

3.1 A Comunicação entre Cortes: formas, grau de envolvimento e funções.

Com a intensificação do processo de globalização a comunicação entre os países tem sido cada vez mais intensa. Não só em relação a questões comerciais e políticas, mas também jurídicas. Isto porque alguns problemas não são mais questões internas de cada Estado, mas problemas mundiais como é o caso dos Direitos Humanos (KILLANDER, 2004, p.168).

Decidir sobre o direito à vida ou à liberdade é igualmente importante em diversos países e diversas culturas. Por isso Cortes têm dado cada vez mais atenção à forma como outros países, ou Cortes Supranacionais vêm decidindo estas questões, ocorrendo o que se pode chamar de Comunicação Transjudicial (SLAUGHTER, 1994, p. 99). Esta comunicação pode ocorrer de diversos modos, especialmente de acordo com a forma, função ou o grau de envolvimento de cada Corte, como tipifica Slaughter (1994, p.101).

A autora supracitada identifica três diferentes formas de comunicação transjudicial: a horizontal; a vertical; e a mista vertical-horizontal. Observe-se como ocorre cada uma delas.

A comunicação horizontal é aquela que ocorre entre Cortes de mesmo status, sejam nacionais ou supranacionais, cruzando as fronteiras nacionais ou regionais. É o exemplo da comunicação entre diferentes Cortes Constitucionais na Europa, entre a Suprema Corte Americana e Suprema Corte de outro país, ou mesmo entre Cortes supranacionais como o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Esta comunicação não é

²² No original: “one cannot understand how the Convention system actually functions without paying close attention to how that system interacts with, and impacts upon, national law.”

necessariamente direta, mas principalmente da consciência de cada Corte da importância das decisões das demais.

Já a comunicação vertical é aquela que se dá entre Cortes de diferentes níveis, ou seja entre Cortes nacionais e supranacionais, como é o caso da comunicação entre uma Corte Constitucional de um Estado-Parte e a Corte Regional de Direitos Humanos à qual ele esteja ligado. Esta relação vai variar de acordo com o modelo estrutural que é delimitado pelo Tratado que as liga, assim como a efetividade das decisões da Corte Supranacional vai depender da extensão dos efeitos de suas decisões nas decisões das Cortes nacionais. Este tipo de comunicação pode ocorrer ainda entre uma Corte nacional e uma Corte Supranacional à qual ela não esteja formalmente ligada, por exemplo, entre o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Enfim, tem-se a forma mista de comunicação vertical-horizontal, em que Tribunais supranacionais acabam conduzindo uma comunicação entre Cortes nacionais. Por exemplo, quando uma lei ou princípio nacional de um determinado Estado-Parte da Convenção Europeia de Direitos Humanos, acaba por ser absorvido por outra Corte de outro Estado-parte, por meio de uma decisão do próprio TEDH.

Entretanto, a existência de comunicação entre Cortes não implica necessariamente a existência de diálogo. Desta forma Slaughter (1994, p. 112-114) tipifica a comunicação transjudicial também de acordo com o grau de envolvimento recíproco. Assim identifica três tipos de comunicação: o diálogo direto, o monólogo e o diálogo intermediado.

O primeiro é a concepção clássica de diálogo em que de alguma forma a comunicação entre as Cortes é iniciada por uma delas e respondida pela outra. É o que pode ocorrer, por exemplo, quando uma Corte Nacional aciona a Corte de Justiça Europeia através do artigo 177 do Tratado de Roma²³. A característica

²³ Artigo do Tratado de Roma que prevê a possibilidade de uma Corte estatal consultar a Corte de Justiça Europeia acerca de algum dos temas sobre os quais está possui prioridade interpretativa.

ARTICLE 177

The Court of Justice shall have jurisdiction to give preliminary rulings concerning:

- (a) the interpretation of this Treaty;
- (b) the validity and interpretation of acts of the institutions of the Community;
- (c) the interpretation of the statutes of bodies established by an act of the Council, where those statutes so provide.

Where such a question is raised before any court or tribunal of a Member State, that court or tribunal may, if it considers that a decision on the question is necessary to enable it to give judgement, request the Court of Justice to give a ruling thereon.

essencial deste tipo de comunicação é que ambas as partes sabem exatamente com quem estão se comunicando e de quem esperar uma resposta.

O segundo tipo, como o próprio nome já indica, é quando uma ideia ou argumento de uma Corte é utilizado por outra sem que haja uma resposta da outra parte. O que se nota aqui é que a Corte que proferiu a decisão a ser “emprestada” não tem a consciência de estar participando de uma “conversa” com outra Corte. Ela pode até ter ideia de que suas ideias podem influenciar outras Cortes, mas sabendo que sua “audiência” será determinada de acordo com a vontade de outras Cortes de lhe “ouvirem”.

O último tipo é o diálogo intermediado, que está relacionado com a comunicação mista horizontal-vertical descrita anteriormente. Isto porque, ainda que a Corte Nacional que iniciou a comunicação não o tenha feito intencionalmente, a Corte supranacional que conduz essa comunicação, disseminando a ideia da Corte originária, o faz conscientemente incluindo outra(s) Corte(s) no debate.

Por fim, a autora tipifica as formas de comunicação de acordo com suas funções: fortalecer a efetividade de Tribunais supranacionais; assegurar e promover a aceitação de obrigações internacionais recíprocas; *cross-fertilization*, ou seja, a simples disseminação de ideias de um sistema para outro; fortalecer a persuasividade, a autoridade ou a legitimidade de decisões judiciais individuais; abrigar um processo de deliberação coletiva em um conjunto de problemas comuns.

Estabelecidos os tipos de comunicação, percebe-se que o presente trabalho trata da comunicação vertical, vez que busca identificar, principalmente de acordo o grau de envolvimento, em que estado se encontra a comunicação entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e os Tribunais nacionais a serem analisados. Frise-se, mais uma vez, que não se trata de categorias isoladas e sem intercessões, mas que possuem função didática dentro de uma imensa possibilidade de formas de comunicação.

3.2 O diálogo internacional: a postura dos juízes nacionais em relação ao direito transnacional

Neste contexto de globalização e pluralismo, nota-se uma forte tendência à internacionalização dos sistemas e dos comportamentos judiciais nacionais e não uma nacionalização do direito internacional. A internacionalização do diálogo entre os juízes se entende como a manifestação da liberalização territorial do diálogo (BURGORGUE-LARSEN, 2013, p. 111). Este diálogo, que é uma forma de comunicação judicial, pode significar a concordância sobre ideias, mas também comporta discordância e a oposição de ideias, podendo resultar em um diálogo multidimensional.

Burgorgue-Larsen (2013, p. 115) apresenta uma tipologia interessante para analisar o diálogo judicial. Ainda que se esteja analisando somente os tribunais brasileiros, estas mesmas categorias podem ser aplicadas para analisar a comunicação entre as cortes. Tais categorias dividem-se em Diálogo Concertado e o Diálogo Desenfreado.

O Diálogo Concertado seria aquele que surge a partir de um dispositivo – constitucional ou convencional – que determina que os juízes devem levar em consideração em suas decisões aquelas de outro tribunal. Esta obrigação de dialogar pode surgir a partir de um dispositivo do direito interno – o que a autora classifica como diálogo integrado – ou de um dispositivo do próprio tratado internacional ou convenção – o diálogo convencional. Em ambos os casos, o diálogo surge como uma obrigação processual e não de forma espontânea por parte dos juízes. Por esse motivo, nem sempre esse diálogo resulta em convergência de ideias entre os polos do diálogo.

Já o diálogo desenfreado é aquele que ocorre espontaneamente, sem nenhuma imposição de nenhum ordenamento jurídico que impõe, obriga ou induz ao diálogo. É aquele que se dá, por exemplo, entre diferentes Cortes Supremas, ou entre uma Corte Nacional e uma Internacional de um sistema ao qual a primeira não se encontra vinculada. Neste tipo de diálogo, pode-se encontrar duas razões para que ele ocorra, aquela que a autora denomina de ideal sistêmico, em que as duas Cortes fazem parte de um mesmo sistema, então buscam alcançar maior coerência dentro deste, mesmo que ele não lhe imponha o diálogo como obrigação e o ideal humanista que se baseia em uma coerência de valores.

Para estudar o diálogo entre Cortes, além de identificar qual o tipo de diálogo a que pertence, também parece importante analisar algumas categorias apresentadas por Burgorgue-Larsen (2013, p. 8 - 30). A primeira categoria trata dos vetores do diálogo, ou seja, quem são os principais responsáveis pela livre circulação dos casos e argumentos entre as Cortes estudadas.

A segunda seria a posição da jurisprudência da Corte nos acórdãos analisados. Embora os tribunais brasileiros não costumem identificar de forma clara os fatos dos argumentos de direito em suas decisões, pode-se identificar a forma da referência ao caso, se esta consta somente do relatório, ou uma citação em função de ter sido trazido o argumento por uma das partes, ou se a jurisprudência se encontra na *ratio decidendi* do caso.

A terceira é acerca dos temas em torno dos quais ocorre o diálogo. Quais temas mais suscitam o diálogo nos tribunais analisados? Existe uma homogeneidade ou a abordagem é heterogênea?

E por fim, em que sentido se dá este diálogo? O uso de jurisprudência de outra Corte é sem dúvidas uma ferramenta argumentativa, mas como se dá esta argumentação? No sentido de usar aquela jurisprudência da Corte IDH para legitimar a decisão do tribunal brasileiro ou apenas como troca e expansão da jurisprudência?

Estas quatro categorias serão aplicadas na análise dos casos encontrados, a fim de melhor compreender como se dá este diálogo entre as Cortes estudadas.

Será analisada ainda a postura dos juízes nacionais em respeito ao direito regional, identificando se estes se mostram resistentes, convergentes ou engajados em relação ao transnacionalismo.

A postura de resistência implica não aplicar o direito internacional ou estrangeiro ao interpretar a constituição nacional. Este tipo de postura pode ser identificado pelo silêncio, pela indiferença ou mesmo pela resistência ativa ao uso deste direito. Baseia-se principalmente na limitação dos poderes do juiz – uma vez que utilizando direito externo aumentaria a quantidade de normas a ser interpretada por eles e, portanto, aumentaria sua discricionariedade; no desenvolvimento de uma cultura constitucional própria, partindo das concepções de que o direito de um país possui uma identidade autônoma; na especificidade da Constituição; e no desenvolvimento de uma cultura constitucional própria (JACKSON, 2010, p.17-38).

Já a convergência se caracteriza por uma postura extremamente aberta e de deferência ao direito internacional, em que o direito constitucional interno se mostra lugar para a implementação de normas jurídicas internacionais ou um participante em um processo descentralizado de convergência transnacional de normas. Caracteriza-se como o exato oposto da resistência e justifica-se principalmente na utilização dos instrumentos internacionais de direitos humanos como modelos das garantias internas dos direitos. A atitude de convergência realiza-se, especialmente, quando a própria constituição requer interpretação conforme os tratados de direitos humanos ou quando se incorporam direitos desses instrumentos (JACKSON, 2010, p. 39-69).

Enquanto o engajamento se dá pelo uso do direito internacional mais como ferramenta reflexiva do que como uma demanda hierárquica, o que implicaria postura mais dialógica. Esta postura busca aumentar a capacidade de os juízes realizarem uma deliberação mais informada e imparcial sobre o conteúdo de suas normas constitucionais, permitindo tanto a harmonia quanto a discordância entre sua interpretação e aquela desenvolvida no plano internacional, desde que realizada de forma que não se fundamente em uma relação hierárquica. Embora aponte para uma postura mais próxima do diálogo, a postura de engajamento não exige a reciprocidade de outra Corte, podendo, por exemplo, os juízes brasileiros engajarem-se no direito regional de proteção aos direitos humanos, sem necessidade de a Corte Interamericana engajar-se em relação ao direito brasileiro (JACKSON, 2010, p. 71-102).

Ao longo deste trabalho serão vistos os casos encontrados nos Tribunais objeto do estudo aplicando as categorias acima, tentando identificar um perfil do Brasil em relação à Corte IDH, mas destacando as características específicas de cada caso ou de cada tribunal.

3.3 O diálogo entre cortes e a proteção aos direitos humanos

Ainda que um possível monólogo entre as Cortes estudadas possa ser identificado, ou até mesmo uma postura de total resistência por parte dos juízes nacionais, é necessário entender a importância da existência de um diálogo entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e as Cortes brasileiras.

Como já frisado anteriormente, a crise do paradigma jurídico da hermética pirâmide centrada no *State Approach*, que vem causando sua substituição pelo novo paradigma da permeabilidade do trapézio centrado no *Human Rights approach*, leva à necessidade de um controle de Convencionalidade mais rígido a fim de caminhar rumo à pavimentação de um *ius commune*, ao menos a nível regional. Para que esse direito comum possa ser alcançado, o diálogo entre as jurisdições é indispensável (PIOVESAN, 2012, p. 72).

A existência de um diálogo só poderá ser caracterizada quando se analisar ambos os lados da comunicação. Portanto, não será possível afirmar a existência de um diálogo entre as Cortes brasileiras e a Corte Interamericana de Direitos Humanos somente pelo uso da jurisprudência da Corte Interamericana no Brasil, pois é preciso analisar de que forma a Corte “escuta” os Tribunais brasileiros.

Entretanto algumas características institucionais indicam a existência de uma intenção em realizar o diálogo por parte da Corte. A começar pelo próprio procedimento diante da Corte quando um Estado é demandado, em que este tem oportunidade de se manifestar diversas vezes, sendo inclusive comum a Corte ouvir peritos na legislação interna para melhor compreender como o Estado interpreta e protege aquele direito. Além disso, existe a possibilidade de os próprios Estados-parte acionarem a Corte em sua função consultiva, oportunidade em que um diálogo direto pode ocorrer sobre determinado direito protegido pela Convenção. Estes são apenas alguns exemplos de como a Corte pode “ouvir” e “responder” a um Estado-parte da Convenção.

O aparecimento da jurisprudência da Corte como fundamento de decisões de tribunais internos figura, portanto, como indício de que este diálogo está sendo travado também no âmbito nacional. Demonstra que as Cortes nacionais levam em consideração, ainda que em nível diferente do desejado, a jurisprudência da Corte regional à qual estão jurisdicionalmente submetidas.

Não se pode negar que, quando um Tribunal nacional conhecendo a jurisprudência da Corte sobre determinado assunto, nega sua aplicação, com base na simples supremacia da Constituição, ele reafirma o paradigma antigo baseado na pirâmide kelseniana, fechando-se para um possível diálogo. Ainda que o diálogo possa resultar na discordância e na reafirmação da interpretação doméstica de um determinado direito, a não aplicação da interpretação dada por outra Corte com base

no argumento da soberania caracteriza um direito hermético e uma postura de resistência.

Um tribunal que busca a maior proteção aos direitos humanos deve levar em consideração a interpretação que melhor proteja-os, desapegando-se da antiga concepção de um direito hermeticamente fechado e abrindo seus horizontes para um diálogo entre direito interno e internacional visando à proteção dos seres humanos.

3.4 Os precedentes judiciais e o diálogo entre jurisdições

3.4.1 Os precedentes judiciais no Brasil

Faz-se necessário compreender, ainda, a forma com que os precedentes são utilizados internamente no Brasil, para que se possa entender o uso dos precedentes internacionais.

No Brasil, a tradição da *Civil Law* leva ainda a alguns equívocos no que concerne à questão dos precedentes. Ainda existem aqueles que defendem que o juiz não tem a função criativa do direito e que, portanto, as decisões anteriores servem somente para orientar ou iluminar decisões futuras, mas jamais as vinculando.

Entretanto, com a adoção do efeito vinculante, por meio da EC nº 03/93 e posteriormente da súmula vinculante, com a EC nº45/2005, a temática dos precedentes também passou a ser foco de estudo do direito no Brasil, em especial nos ramos processual e constitucional, sendo frequentes as questões acerca das diferentes espécies de precedentes existentes em nosso ordenamento jurídico, em especial sobre sua obrigatoriedade ou caráter vinculante.

Inicialmente é necessário compreender o surgimento dos precedentes e as diferentes formas de utilização nos sistemas de *Civil Law* e *Common Law*.

O sistema da *Common Law*, utilizado na Inglaterra e posteriormente nos Estados Unidos da América, transformou-se lentamente em um sistema rígido de vinculação aos precedentes, chegando ao ápice desta rigidez no período que se inicia em 1886 com *London Tramways v. London County Council*, que determinou que a *House of Lords* estava irremediavelmente obrigada a respeitar seus

precedentes. Esse período estendeu-se até 1966 quando o *Practice Statement* afirmou que a casa poderia se afastar de seus precedentes quando assim lhe parecesse necessário (MARINONI, 2010, p.190 -191).

Destaque-se que muitas vezes a ideia que se tem de *Common Law*, um sistema em que o direito é criado pelas decisões judiciais, é que seria um sistema muito mais inseguro e imprevisível, uma vez que o Juiz pode criar o direito em sua decisão. Para compreender o equívoco neste entendimento é necessário diferenciar “criar o direito” de “inventar o direito”, uma vez que o Juiz quando cria o faz com base em um sistema ao qual está vinculado. Na verdade, historicamente o sistema da *Common Law* tornou-se rígido gradualmente, chegando a períodos de extrema rigidez e atualmente parece ter chegado ao meio termo adequado.

Para melhor compreender o uso dos precedentes é preciso conhecer a técnica do *stare decisis* e os conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dicta*.

O sistema que se baseia na técnica do *stare decisis* implica manter as decisões proferidas no passado para solucionar casos futuros. Com isto pretende-se evitar a subjetividade inerente ao agir humano. Esta técnica teve principal destaque na Inglaterra, em que era aplicada rigidamente até o final do século XX, o que gerou críticas pela rigidez excessiva. Entretanto, após sofrer algumas modificações a técnica se manteve, embora sem sua rigidez excessiva. Passou-se a permitir, por exemplo, que a House of Lords se afastasse de seu próprio precedente se assim fosse correto proceder. Com isto manteve-se a tradição inglesa de vinculação ao precedente com o objetivo de gerar uniformidade, estabilidade, consistência e previsibilidade. Outros países, como os Estados Unidos da América também adotam o sistema da *Common Law* e a regra do *stare decisis*, entretanto de forma menos rígida que a Inglaterra, sendo o *overruling*, ou a superação do precedente, muito mais comum, e possível inclusive o *antecipatory overruling* (a superação antecipada), por parte dos tribunais e juízes de instâncias inferiores.

Nos sistemas de *Civil Law*, como já mencionado, o precedente costuma ter a função somente de orientar o julgador, uma vez que somente a Lei o vincularia.

A ideia do juiz como “boca da lei” tomou força na Europa continental após a Revolução Francesa, em função da desconfiança na figura do magistrado, uma vez que este estava diretamente ligado aos monarcas do Antigo Regime. Assim, o papel do Juiz era apenas o de subsumir logicamente os fatos à literalidade dos dispositivos legais aplicáveis (MARINONI, 2010, p. 52).

As mudanças sofridas pela sociedade, que têm ocorrido de forma cada vez mais dinâmica, impossibilitaram que este modelo do período da revolução gerasse algum tipo de resultado. Daí que atualmente se entende que o direito vincula o juiz, mas não a letra da lei, exclusivamente. Assim a lei interpretada à luz de princípios jurídicos, a jurisprudência e a doutrina são os elementos atuais do sistema, de onde emergem as regras que o jurisdicionado tem que seguir (TUCCI, 2012, p. 41).

Atualmente não se pode falar mais de extremos como um sistema totalmente fiel às características da *Civil Law* ou da *Common Law*, a tendência é que ainda que os sistemas mantenham suas características predominantes, se aproximem cada vez mais absorvendo determinadas características uns dos outros. O fato de um sistema ser fundamentado em Leis, não quer dizer que não tenha necessidade de um sistema de precedentes e vice-versa.²⁴ O fato é que os precedentes atualmente têm papel significativo na tomada de decisão e no desenvolvimento do direito em qualquer país, independentemente da tradição legal da qual ele venha (MACCORMICK, 1997, p. 532).

O precedente possui, nos dois sistemas, a função de garantir segurança aos jurisdicionados, proporcionando-lhes previsibilidade em relação ao resultado de um determinado julgamento em função do que se decidiu anteriormente em casos semelhantes. Em ambos os sistemas vem-se procurando, historicamente, com respeito à igualdade criar previsibilidade, tendo isso ocorrido de forma mais natural no *Common Law* e de forma mais significativa e de ruptura com o passado no *Civil Law* (WAMBIER, 2012, p. 20).

Neste sentido, ao analisar os sistemas de *Civil Law*, Wambier (2012) afirma que os princípios da legalidade e da igualdade estão na base da necessidade de que se respeitem os precedentes, já que são princípios conaturais à ideia de Estado de Direito.

²⁴ “De qualquer modo, se, no direito inglês primitivo, havia baixa produção de leis, isso não ocorre no *common law* contemporâneo. A suposição de que, nos Estados Unidos, a produção legislativa do direito é baixa, o que impõe a sua criação pelos juízes, não só é falsa, como produz enganos em termos de direito comparado. É provável que um estado típico dos Estados Unidos tenha tanta legislação quanto um país europeu ou latino-americano, a qual obviamente deve ser aplicada e interpretada pelos juízes.

Note-se, portanto, que, ainda que se possa admitir que o *common law*, na sua origem inglesa, era complementado pelo legislativo, ou que a atuação do legislativo era aí pouco intensa, a existência de lei não se opõe ao *common law*, ou, mais importante ainda e bem mais fácil de ser visualizado, a profusão de leis não exclui a necessidade de um sistema de precedentes”. MARINONI, 2009.

É interessante a relação estabelecida entre a legalidade e a isonomia, em que a autora supracitada (Wambier, 2012, p. 32) afirma que a primeira só tem sentido se realizada à luz da segunda, pois que seria inútil a mesma lei ser válida para todos se pudesse ser interpretada de forma diferente em cada caso. A previsibilidade, gerada pela legalidade, é necessária para o respeito à isonomia, visto que é preciso que se saiba o que esperar do sistema em casos análogos, o que permitirá que se confie neste mesmo sistema.

Ao mesmo tempo, destaca-se o caráter histórico do princípio da igualdade, que determina tratar de forma igual os iguais e de forma desigual os desiguais, pois é sempre que uma diferenciação não se justifica mais em determinado momento histórico que o direito precisa adaptar-se para que esteja garantida a igualdade.

Assim, pode-se compreender a importância dos precedentes em ambos os sistemas estudados.

Para compreender melhor o tema é necessário ainda trabalhar alguns conceitos comuns aos dois sistemas, quais sejam os de *ratio decidendi* (*holding/rule/razões de decidir*) e os *obiter dicta*. Sendo a primeira a parte da decisão que realmente vincula, a essência da regra necessária para explicar o resultado do julgamento, enquanto a segunda é aquilo que foi dito somente de forma persuasiva, mas que não fundamenta a decisão de forma indispensável, aquilo que como o próprio nome diz: foi dito de passagem. É importante lembrar que no caso concreto muitas vezes estas duas partes da decisão não são identificáveis à primeira vista, devendo o juiz, antes mesmo de analisar se aquele precedente se aplica ao caso que ele está julgando, entender qual a *ratio decidendi* do precedente e o que é *obiter dicta*. Assim o juiz deve identificar no caso que tem em mãos e naquele que gerou o precedente quais os fatos relevantes para a decisão. Desta forma, deve-se compreender que a construção do precedente, em ambos os sistemas, não ocorre com a mera decisão proferida, mas sim quando, a partir dela, os juízes, ao julgarem um novo caso, analisam a decisão anterior e definem sua *ratio decidendi*.

Por fim, é válida, a fim de esclarecimento, a distinção na forma de utilização dos precedentes nos sistemas da *Civil Law* e *Common Law*, sendo que no primeiro sistema precedente significa, na maioria das vezes, a existência de um conjunto de decisões no mesmo sentido; enquanto no segundo a existência de um caso decidido de determinada forma já é relevante para o sistema, sendo considerado um

precedente. Em que pese esta diferença, em ambos o respeito aos precedentes é necessário e está diretamente ligado à noção de sistema de princípios.

Como foi dito anteriormente o direito tem a função de garantir a previsibilidade ao indivíduo. Entretanto esta não é sua única função. De outro lado, encontra-se a função tão essencial quanto aquela primeira: a da adaptabilidade do direito (WAMBIER, 2012, p.14). E é na tensão entre estas duas funções que se situa o problema do uso dos precedentes.

O direito é uma ciência social, é o conjunto de normas que rege condutas sociais e como tal não pode estar dissociado das mudanças sofridas pela sociedade. Como se sabe, e muito se tem falado, a sociedade tem-se modificado de forma cada vez mais rápida e muitas vezes o tempo que uma mudança legislativa pode levar para acompanhar essas mudanças sociais pode levar a diversas violações de direitos.

Nesta seara destacam-se as técnicas de flexibilização do precedente ou afastamento do precedente (SUMMERS, 1997, p. 520), como o *overruling* (superação) e a própria realização do *distinguishing*, que é identificar quando o precedente não se aplica ao caso em discussão, pela existência de alguma diferenciação nos fatos. Uma das justificativas possíveis para que uma Corte se afaste de seu próprio precedente é justamente quando este se torna obsoleto, ou mesmo quando a própria corte admite que cometeu um erro ao interpretar o direito daquela forma (SUMMERS, 1997, p. 526). Todos estes meios permitem que o Precedente não se torne algo rígido a ponto de engessar o direito, como já ocorreu em determinados momentos históricos. A possibilidade de mudança e evolução do precedente pela própria ação judicial é, portanto, uma realidade em ambos os sistemas (MACCORMICK, 1997, p. 532).

Assim, ainda que os sistemas de *Common e Civil Law* possam ter algumas características principais diferentes, não se trata de uma dicotomia, onde cada sistema é oposto do outro. O que se tem, na verdade, é um *continuum*, em que em um lado tem-se um sistema onde a força normativa do precedente é maior e um outro lado onde é mais fraca, mas em que essa força sempre existe de alguma forma (MACCORMICK, 1997, p. 532-533).

Portanto, deve-se buscar uniformidade das decisões em um mesmo momento histórico, mas, se ocorrem mudanças no contexto social, a jurisprudência

precisa acompanhá-las para que o direito não se torne inerte e deixe de regular de fato as relações sociais.

3.4.2 Os precedentes no Superior Tribunal de Justiça

Uma vez que este trabalho tem por objeto de estudo também a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, faz-se necessário compreender como se tem entendido os precedentes deste tribunal em relação aos demais e a ele próprio, para que então se possa analisar de forma mais completa o uso dos precedentes da Corte IDH por este tribunal.

O Superior Tribunal de Justiça tem a função constitucional de uniformizar a jurisprudência no que diz respeito à interpretação de Lei Federal²⁵. Este dever de uniformização pode ter diversos significados ou objetivos, dos quais se destacam a necessidade de garantir a segurança jurídica, assegurando aos cidadãos a legítima expectativa de confiança que depositam nas leis e nas decisões judiciais e, conseqüentemente, alcançar a coerência do direito (MARINONI, 2011, p. 493).

Esta coerência jurídica que se busca diz respeito não só às leis, mas também às decisões judiciais, uma vez que permitir que casos iguais fossem decididos de formas opostas macularia o princípio da segurança jurídica e obstaculizaria o desenvolvimento do ser humano na própria sociedade. Neste sentido, a uniformização da jurisprudência não visa a determinar um discurso único para o judiciário, mas garantir que não sejam produzidas normas jurídicas distintas para casos iguais. (MARINONI, 2011, p. 494).

A partir da leitura da alínea c, inciso III, do art. 105, da Constituição Federal, já se poderia inferir que os precedentes do Superior Tribunal de Justiça devem vincular tribunais a ele adstritos. Nesse sentido, leciona Marinoni (2011, p. 494):

É completamente absurdo imaginar que, tendo o Superior Tribunal de Justiça o dever de uniformizar a interpretação da lei federal, possam os Tribunais de Justiça e Regionais Federais aplicá-la de modo diferente. Tal possibilidade constituiria agressão à coerência do direito e à segurança

²⁵Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[..]

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

[...]

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

jurídica, impossibilitando a previsibilidade e a racionalização do acesso à justiça.

Entretanto este posicionamento não é pacífico, havendo ainda doutrinadores que não admitem o caráter vinculante de tais precedentes, entendendo que eles exercem apenas uma força persuasiva, gerando uma “expectativa” em relação a decisões neste sentido.²⁶

Em que pese o enorme respeito por aqueles que defendem posição contrária²⁷, entende-se a pela prevalência da vinculação vertical destes precedentes, especialmente em virtude do disposto no art. 557, §1º-A, do Código de Processo Civil²⁸, que confere um poder-dever ao relator de dar provimento ao Recurso, se em manifesto confronto com jurisprudência de Tribunal Superior, o que deriva exatamente da obrigatoriedade de tal jurisprudência.

Nesse sentido, Violin (2012, p. 516):

Ora, se a Constituição da República outorgou ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça a função de, respectivamente, interpretar as normas constitucionais e a legislação federal, uniformizando as decisões proferidas no território nacional, não há motivo para crer que um Tribunal local possa ignorar a decisão das Cortes superiores.

A interpretação no sentido da vinculação aos precedentes dos tribunais superiores mostra-se fortalecida pelo mecanismo do Recurso Repetitivo²⁹, que

²⁶ Cf. CABRAL, 2013.

²⁷ Cf. MAUÉS, 2010.

²⁸ Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. (Redação dada pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998) § 1o-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

²⁹ Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

§ 1o Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

§ 2o Não adotada a providência descrita no § 1o deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

[...]

§ 8o Na hipótese prevista no inciso II do § 7o deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

permite a resolução de questão de direito, discutida em vários recursos, com o fim de evitar sua multiplicação no Tribunal. A implementação deste mecanismo seria desnecessária em face do caráter vinculante dos precedentes do STJ (MARINONI, 2011, p. 497), entretanto se faz necessária em face da constante violação à autoridade dos precedentes pelos Tribunais inferiores.

3.4.3 O uso de precedentes de Cortes Supranacionais pelos Tribunais brasileiros

No âmbito da proteção dos direitos humanos, as duas funções do direito – previsibilidade e adaptabilidade - ganham ainda maior destaque, isto porque violações a estes direitos resultam gravíssimas e muitas vezes irreversíveis.

Assim, a previsibilidade em sua ligação direta com a igualdade é extremamente necessária na proteção dos direitos humanos, entretanto a adaptação do direito às mudanças sociais tem igual importância.

Por este motivo, órgãos importantes de interpretação de Convenções que dispõem sobre Direitos Humanos, como a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, compreendem tais tratados como “instrumentos vivos”, cujo conteúdo se vai delineando de acordo com as interpretações dadas por estes órgãos a seus dispositivos (KILLANDER, 2010, p.155-159). Em diversos casos, a ideia de instrumento vivo leva as referidas Cortes a modificar, a deixar de aplicar ou a esclarecer seus precedentes. Desta forma percebe-se como mesmo em sistemas nos quais a vinculação ao precedente é bem forte, como os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, o uso destes precedentes de forma adequada favorece a adaptabilidade do direito.

No contexto interno, desponta a questão sobre o caráter vinculante ou persuasivo dos precedentes. Diversos são os posicionamentos doutrinários acerca do tema, porém este trabalho afilia-se ao de Marinoni (2012, p. 460- 461), de que todo precedente em sede de controle de constitucionalidade deve ser vinculante, a fim de garantir a efetividade da própria Constituição.

De acordo com esta perspectiva os precedentes das Cortes superiores vinculam as Cortes inferiores exatamente por existir entre elas uma relação de hierarquia e fazerem parte de uma mesma ordem jurídica. Entretanto, a vinculação ao precedente não significa a impossibilidade de mudança ou afastamento do mesmo como já dito anteriormente.

A mesma discussão se dá em torno dos precedentes de cortes internacionais. O caráter persuasivo destes precedentes é defendido por aqueles que entendem que os precedentes devem ser levados em conta pelas Cortes internas, porém não as vinculam formalmente. Esse é o entendimento, por exemplo, do Tribunal Constitucional Alemão, segundo o qual os tribunais nacionais têm o dever de levar em consideração, na medida do metodologicamente sustentável, as normas da Convenção, na forma como a corte as interpreta. Nesse sentido as decisões da corte imporiam um *ônus argumentativo* (SILVA, 2010, p. 521).

Já a corrente que entende pela vinculação aos precedentes de Corte Regional de Direitos Humanos também é significativa. Embora analise no contexto da Convenção Europeia de Direitos Humanos, Jiménez (2008) defende a vinculação com base em alguns argumentos que poderiam se aplicar à situação do sistema Interamericano.

Vale ressaltar antecipadamente que a Convenção europeia não prevê explicitamente, como a Americana o faz, a possibilidade de ordenar aos Estados-Parte envolvidos na demanda que tomem algum tipo de medida para encerrar ou recuperar a violação de direitos humanos. Assim o que se trata aqui é da vinculação *erga omnes*, ou seja, dos Estados não envolvidos na demanda, visto que no sistema interamericano os Estados condenados estão explicitamente obrigados ao cumprimento da decisão.

O que se trata aqui não é dos efeitos diretos que, segundo Jimenez, são todos aqueles que repercutem imediatamente na reparação do dano causado no particular pela violação de um de seus direitos e sim dos efeitos interpretativos das decisões da Corte no ordenamento jurídico nacional.

É neste contexto que a autora nos traz o conceito de autoridade da coisa interpretada como aquela que transborda o limite do caso concreto e que é a autoridade própria da jurisprudência do tribunal enquanto intérprete do tratado, esses efeitos superam o caráter reparador da violação concreta ajuizada perante a Corte, adquirindo força independente e autônoma da solução do caso concreto.

É essa autoridade que gera a obrigatoriedade das decisões da Corte, visto que esta é, como ela própria já reconheceu em sua jurisprudência, responsável pela aplicação e intérprete da Convenção. Nas decisões da Corte Interamericana, ou do Tribunal Europeu, são tutelados não somente os interesses individuais em questão, mas também o interesse geral da comunidade envolvida, gerando esta segunda

função o efeito *pro futuro* das decisões, que têm a intenção de prevenir novas violações não só pelo país condenado, mas por todos os outros que estão sujeitos ao regime da CADH.

Um dos argumentos que sustenta a tese da vinculação aos precedentes é o de que, ao definir e delimitar os direitos da Convenção por meio de suas decisões, essas decisões passam a integrar o conteúdo do tratado em si. Assim, no caso da relação do Brasil com o sistema interamericano, o país obriga-se a cumprir a CADH, também poderia ser considerado vinculado à jurisprudência da CIDH que interpreta e delimita direitos da Convenção.

Outro argumento seria a plenitude de jurisdição da CIDH que é o órgão de garantia plenamente jurisdicional que se encarrega de velar pelo correto cumprimento pelos Estados-parte das obrigações assumidas.

A Convenção intenta ser um standard mínimo de proteção aos direitos humanos a ser compartilhado por todos os Estados-parte, assim a jurisprudência da CIDH seria uma orientação para os Estados acerca do real conteúdo desse mínimo e segui-la significaria evitar novas violações de direitos humanos, que deve ser o objetivo de todos os Estados vinculados à CADH.

Entretanto a noção de vinculação encontra-se diretamente ligada a uma relação hierarquizada, uma vez que uma Corte superior vincula as demais – como é o caso dos Tribunais superiores, vinculando os Tribunais inferiores dentro de uma mesma ordem jurídica. No contexto dos Tribunais Brasileiros em sua relação com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, defende-se a existência de uma sobreposição de ordens jurídicas em um contexto plural, sem haver uma superioridade de uma em relação a outra, uma vez que não há entre eles relação hierárquica.

O uso da jurisprudência da Corte IDH pelos Tribunais Brasileiros pode ser visto, na verdade, como uma abertura ao diálogo defendido neste trabalho como necessário para melhor garantir o respeito à Convenção Americana de Direitos Humanos. O fato de um tribunal não se considerar vinculado à jurisprudência de outro, não significa que não entenda que deva levá-la em consideração em suas tomadas de decisões (SLAUGHTER, 2003, p.199-202). Assim, a existência do diálogo não está condicionada ao uso dos precedentes de forma vinculante ou persuasiva, mas sim à forma com que se dá a argumentação e a discussão em torno deles.

4 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS QUE UTILIZAM A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Neste capítulo estão os resultados encontrados nos tribunais pesquisados e a análise das decisões que utilizam a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em sua fundamentação. Realiza-se uma análise a partir dos critérios de classificação do diálogo estabelecidos no capítulo anterior, buscando demonstrar como se dá o uso dos Precedentes da Corte Interamericana de direitos Humanos pelas Cortes brasileiras.

4.1 Superior Tribunal de Justiça

Foram utilizadas as palavras-chave “Corte interamericana” em pesquisa realizada até janeiro de 2015. Foram encontrados dois resultados para acórdãos e 36 resultados para decisões monocráticas.

Um dos resultados obtido na pesquisa em acórdãos foi o IDC 01, em que não houve menção à jurisprudência da Corte, motivo pelo qual não foi realizada sua análise, vez que não atende aos objetivos desta pesquisa. Realizou-se a análise do IDC 5 que utiliza jurisprudência da CIDH como fundamento da decisão.

Segue-se, pois a análise dos resultados encontrados para decisões monocráticas.

Dos 36 resultados obtidos, dois foram descartados por serem apenas republicações de decisões idênticas, dois por serem casos em que o pedido já era objeto de outra ação, dois por serem apenas decisões monocráticas no IDC 5, cujo acórdão foi objeto de análise e treze por não analisarem de fato o uso de precedentes³⁰. Assim, restaram 17 (dezessete) decisões que de fato utilizavam

³⁰ Tratam-se de erros do sistema em que apesar de aparecerem como resultados não há menção à Corte IDH no inteiro teor ou em que há breve menção à Corte no Relatório, mas sem citar jurisprudência. Destes 13 (treze) casos descartados cabe destacar 2 (dois) casos em especial. O Agravo de Instrumento em Recurso Especial nº116.933 , interposto por Francisco Ivo de Vasconcelos, que buscava diminuir o valor da indenização por danos morais, devida à senhora Albertina Viana Lopes. Este caso não aplica jurisprudência da Corte, sendo na verdade objeto de supervisão de cumprimento de sentença do caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sendo assim, não se pode falar em uso dos precedentes da Corte pelo Superior Tribunal de Justiça no caso em tela. E o Mandado de Segurança nº 11.770/DF impetrado por Robson Carlos de Paiva, que questionava a obrigatoriedade do diploma de Jornalista para registro profissional. Este caso foi autuado no STF como RE 511.961, que na data da decisão do presente remédio constitucional já havia sido decidido,

jurisprudência da Corte como fundamento. Estas decisões dividem-se em dois grandes grupos: o dos Agravos de Instrumento em Recurso Especial que versam todos sobre o mesmo caso e os Habeas Corpus por excesso de prazo.

A partir da análise das decisões acima, foi encontrado³¹ um acórdão em Habeas Corpus (nº 182.437) que tinha, dentre outros, o excesso de prazo como argumento da defesa e também faz referência à jurisprudência da Corte. Sendo assim, a seguir encontra-se a análise das decisões encontradas pelo sistema de busca eletrônico, somadas a esta decisão encontrada a partir da análise das anteriores.

a) Incidente de Deslocamento de Competência nº 5

Trata-se de Incidente de Deslocamento de Competência para que a investigação, o processamento e o julgamento dos executores do assassinato, em 14/10/13, de Thiago Faria Soares, à época Promotor de Justiça da Comarca de Itaíba/PE, fossem deslocados para o âmbito da Justiça Federal daquele Estado (Inquérito Policial n.07.019.0160.00158/2013-1.1), em função de estar envolvido em um contexto de grupos de extermínio existentes no Estado e de as instituições locais responsáveis pelo processamento do feito encontrarem-se em situação de conflito, impossibilitando o oferecimento de resposta de forma justa e célere ao crime cometido.

O pedido de deslocamento foi julgado procedente com base no artigo 109, §5º, da Constituição Federal que, de acordo com a jurisprudência do próprio STJ, exige o preenchimento de três requisitos: a) grave violação de direitos humanos; b) necessidade de assegurar cumprimento, pelo Brasil, de obrigações decorrentes de tratados internacionais; c) incapacidade – oriunda de inércia, omissão, ineficácia, negligência, falta de vontade política, de condições pessoais e/ou materiais etc. de o

ainda que não houvesse trânsito em julgado. Desta forma o ministro somente reproduz a ementa da decisão do STF, para conceder a segurança.

³¹Foram encontradas ainda, a partir de citações, três decisões monocráticas em Habeas Corpus por excesso de prazo que também versam sobre a questão do prazo razoável (Habeas Corpus nº 283.598, 283.216 e 279.158 todos de Relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz) e utilizam a Convenção Americana, a Constituição e os mesmos parâmetros estabelecidos pela Corte Interamericana para definição do prazo razoável, entretanto, ainda que o texto seja praticamente igual ao das demais decisões do mesmo relator sobre o tema, ao mencionar os critérios somente é mencionada *Corte Europeia de Direitos Humanos (sic)* motivo pelo qual tais decisões não podem ser apresentadas como resultado desta pesquisa.

Estado-membro, por suas instituições e autoridades, levar a cabo, em toda a sua extensão, persecução penal.

Em seu voto, o ministro Rogério Schietti Cruz demonstra que houve grave violação a direitos humanos e que as autoridades locais não estão sinalizando que poderão oferecer resposta em tempo hábil, uma vez que em nove meses desde o ocorrido ainda não há sequer processo penal em andamento, verificando o preenchimento do primeiro e terceiro requisitos para o deslocamento.

Ao analisar se houve afronta a tratado internacional de direitos humanos, o segundo requisito, o ministro se debruça sobre a Convenção Americana de Direitos Humanos e a interpretação da Corte Interamericana sobre ela.

Destaca que o artigo 1º da Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece a obrigação dos Estados-parte a respeitar os direitos e liberdades reconhecidos na lei e garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação e aponta o entendimento jurisprudencial da Corte:

A Corte Interamericana assinalou que esse artigo [...] impõe aos Estados Partes os deveres fundamentais de respeito e de garantia, de tal modo que todo desprezo aos direitos humanos reconhecidos na Convenção que possa ser atribuído, segundo as regras do Direito internacional, à ação ou omissão de qualquer autoridade pública, constitui um fato imputável ao Estado que compromete sua responsabilidade nos termos previstos pela mesma Convenção.

(Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso dos Hermanos Gómez Paquiyauri. Sentença de 8 de julho de 2004. Série C No. 110, par. 72 e Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C Nº. 4, par. 164).

Afirmou ainda que :

A Corte assinalou, igualmente, que a primeira obrigação assumida pelos Estados-membro da Convenção Americana, conforme a disposição anteriormente mencionada, é a de respeitar os direitos e liberdades nela consagrados, o que implica não violar, por meio de seus agentes, os direitos ali garantidos. Asseverou, outrossim, que a segunda obrigação dos Estados é a de garantir o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos na Convenção a toda pessoa sujeita à sua jurisdição, o que implica [...] o dever dos Estados Partes de organizar toda a máquina governamental e, em geral, todas as estruturas através das quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira tal que

sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos. Como consequência desta obrigação, os Estados devem prevenir, investigar e punir toda violação dos direitos reconhecidos pela Convenção e procurar, também, o restabelecimento, se possível, do direito

violado e, se for o caso, a reparação dos danos produzidos pela violação dos direitos humanos.

A obrigação de garantir o livre e pleno exercício dos direitos humanos não é esgotada com a existência de uma ordem normativa destinada a possibilitar o cumprimento desta obrigação, mas sim comporta a necessidade de uma conduta governamental que assegure a existência, na realidade, de uma eficaz garantia do livre e pleno exercício dos direitos humanos. Merece registrar, outrossim, que o artigo 4º, n. 1, da Convenção Americana preconiza que "Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente." A propósito, a Corte Interamericana entende que o gozo do direito à vida é um pré-requisito para o gozo de todos os demais direitos humanos. Caso não seja respeitado, todos os direitos perdem o sentido. Devido ao caráter fundamental do direito à vida, não são admissíveis enfoques restritivos do mesmo. Em essência, o direito fundamental à vida compreende, não somente o direito de todo ser humano de não ser privado da vida arbitrariamente, mas também o direito a que não seja impedido seu acesso às condições que lhe garantam uma existência digna. Os Estados têm a obrigação de garantir a criação das condições necessárias para que não ocorram violações desse direito básico e, em particular, o dever de impedir que seus agentes atentem contra ele. (Corte I.D.H., Caso dos "Niños da Calle" (Villagrán Morais e outros). Sentença de 19 de novembro de 1999. Serie C Nº. 63, par. 144).

Lembrou ainda do disposto na condenação do caso *Ximenes Lopes versus Brasil* em que a Corte reforçou que "No que se refere ao direito à vida, a obrigação do Estado de 'respeitar' tal direito implica, entre outros aspectos, que o Estado deve abster-se de privar da vida as pessoas através de seus agentes". Assim, salientou que "a obrigação do Estado de 'garantir' o direito humano à vida implica prevenir violações a tal direito, investigar as violações ao direito à vida, punir os responsáveis, e reparar aos familiares da vítima, quando os responsáveis tenham sido agentes do Estado"

Concluindo que:

O Estado não somente incorre em responsabilidade internacional por violação ao direito à vida quando seus agentes privam alguém de tal direito, mas também quando, apesar de não ter violado diretamente tal direito, não adota as medidas de prevenção necessária e/ou não efetua uma investigação séria, por um órgão independente, autônomo e imparcial, de privações do direito à vida cometidas seja por seus agentes ou por particulares.

O relator analisou ainda a possível violação ao prazo razoável, conforme disposto no artigo 7.5 da Convenção e o direito a um julgamento simples e rápido nos termos do artigo 25.1. Para fazê-lo, expôs o entendimento da Corte de que os Estados-membros têm obrigação de, em prazo razoável, investigar e sancionar os

responsáveis por violações a direitos humanos, bem como de indenizar as vítimas de tais violações, ou seus familiares, lembrando que tal tema tem sido levantado em diversos casos perante a Corte, inclusive vários que têm o Brasil como parte³².

Sobre este tema o relator analisa o entendimento da Comissão Interamericana de Direito Humanos³³:

A obrigação de investigar não é descumprida somente porque não exista uma pessoa condenada na causa ou pela circunstância de que, apesar dos esforços realizados, seja impossível a acreditação dos fatos. Contudo, para estabelecer de forma convincente e verossímil que este resultado não tenha sido produto da execução mecânica de certas formalidades processuais sem que o Estado busque efetivamente a verdade, este deve demonstrar que realizou uma investigação imediata, exaustiva, séria e imparcial. (CIDH, Relatório Anual 1997, Relatório N° 55/97, Caso N° 11.137 (Juan Carlos Abella e outros), Argentina, par. 412. Sobre o mesmo tema, ver: CIDH, Relatório Anual 1997, Relatório N° 52/97, Caso N° 11.218 (Arges Sequeira Mangas), Nicarágua, par. 96 e 97).

E afirma que isso significa que o Estado também tem a obrigação de utilizar, diligentemente, todos os meios à sua disposição para realizar uma investigação, dentro de um prazo razoável, que sirva de base para o processamento, o esclarecimento dos fatos, o julgamento e a sanção dos autores de toda violação de direitos protegidos pela Convenção Americana

Ainda quanto ao prazo razoável, o ministro expõe os critérios adotados pela Corte para julgar se houve ou não excesso de prazo, também fazendo referência aos casos em que se pode ver a utilização de tais critérios:

A Corte, para aferir a razoabilidade ou a irrazoabilidade do prazo excedido pelo Estado reclamado, considera, em vários de seus arestos, a ocorrência de fatores como: (a) as circunstâncias particulares de cada caso e a complexidade do litígio; (b) a conduta processual das partes ou, mais proximamente, do acusado; (c) a conduta das autoridades responsáveis pela condução do processo, sejam elas administrativas ou judiciais (Caso Ximenes Lopes versus Brasil, Sentença de 4 de julho de 2006; Caso Nogueira de Carvalho e outro versus Brasil, sentença de 28 de novembro de 2006; Caso "La última tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros), sentença de 05 de fevereiro de 2001; Caso do Massacre de Puerto Bello versus Colômbia, sentença de 31 de janeiro de 2006; Caso López Alvarez versus Honduras, sentença de 1º de fevereiro de 2006).

³² A exemplo os casos brasileiros: *Escher e outros v. Brasil*, sentença de 20 de novembro de 2009 e *Garibaldi v. Brasil*, sentença de 23 de setembro de 2009.

³³ Necessário ressaltar que equivocadamente o Ministro Relator refere-se a este entendimento como sendo da Corte IDH, quando na verdade trata-se de casos da CIDH, como se pode notar pela referência aos casos.

O ministro relator destaca ainda que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos tem entendimento semelhante. E que a Constituição Federal, também garante, no inciso LXXVIII, do artigo 5º, o prazo razoável.

Com base nestes argumentos, o ministro entende que se não houver deslocamento da competência, o Estado brasileiro estará descumprindo com suas obrigações internacionais e, portanto, entende preenchido o segundo requisito para o deslocamento: a afronta a tratado internacional.

Como pode se perceber pela extensa argumentação do magistrado acerca do conteúdo da CADH, foi a partir da jurisprudência da CIDH – juntamente com a de outros órgãos de proteção dos Direitos humanos e a interpretação de outros diplomas legais - que o ministro pode determinar o conteúdo do tratado para então decidir se haveria ou não afronta a ele, interpretando também a Constituição Federal para decidir pelo deslocamento de competência.

b) Habeas Corpus nº 182.437

Trata-se de Habeas Corpus contra decisão do Tribunal de Justiça do Ceará que manteve decisão de primeiro grau que mantinha prisão cautelar imposta contra o paciente. Assim, neste habeas corpus a defesa alega constrangimento ilegal consistente na manutenção da prisão cautelar do paciente, eis que desde o princípio a decretação desta medida é insubsistente e que o tempo pelo qual vem sendo mantida tal medida é irrazoável, tendo sido levantada ainda o acometimento de grave enfermidade do paciente, o que justificou pedido liminar que foi indeferido.

Em seu voto, o Ministro Relator Sebastião Reis, ao analisar a questão do excesso de prazo alegada pela defesa, o fez a partir dos critérios utilizados pelas Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos que levam em conta o comportamento das partes, a complexidade da causa e a atuação do órgão judiciário:

No tocante ao alegado excesso de prazo para o término da instrução criminal, também não assiste razão ao impetrante. O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, bem como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, cujo objetivo principal é aplicar e interpretar a Convenção Americana de Direitos Humanos e outros tratados do mesmo timbre, assentou os critérios para se aferir a razoável duração do processo:

- I. Comportamento das partes;
- II. Complexidade da causa; e
- III. Atuação do órgão judiciário.

Ao utilizar tais critérios, refere-se ainda à jurisprudência do próprio Superior Tribunal de Justiça que utiliza estes mesmos critérios. Ao analisar tais critérios, conclui que não houve violação do prazo razoável, uma vez que se trata de caso complexo e que houve demora por parte dos réus.

Destaque-se que o Tribunal refere-se ao posicionamento das Cortes internacionais, sem fazer, entretanto, menção a casos específicos de sua jurisprudência, somente ressaltando que esta é a interpretação dada pelas referidas Cortes às Convenções de Direitos Humanos.

É possível notar que o Tribunal não faz referência a caso algum da Corte, não analisando propriamente os precedentes, mas sim aplicando uma regra geral extraída do conjunto de precedentes, não ficando claro de onde foi extraída esta regra. Outra questão que chama atenção é a referência conjunta com a Corte Europeia, com a qual o Estado brasileiro não tem nenhum vínculo, com o mesmo valor argumentativo que utiliza a jurisprudência da CIDH, à qual o Brasil encontra-se formalmente vinculado.

c) Decisões monocráticas nos Habeas Corpus 233.490 e 196.150, nos Habeas Corpus 284.158, 288.603, 270.464 e 293.766 e no Recurso em Habeas Corpus 046821

Os dois primeiros habeas corpus são de relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior e foram impetrados em benefício de pacientes presos preventivamente por mais de 200 dias e de um ano, respectivamente. Já os demais são de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz e envolvem pacientes presos preventivamente por mais de 330 dias, dois anos, um ano, um ano e meio e cinco meses, respectivamente. Todos os habeas corpus impetrados foram negados nos tribunais de origem, sob as justificativas de que não estaria caracterizado constrangimento ilegal.

As defesas alegam a existência de constrangimento ilegal, vez que o prazo extrapola o prazo razoável.

O Ministro Sebastião Reis Júnior ao analisar a razoabilidade do prazo, em ambos os casos, vale-se dos critérios estabelecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, ainda que sem citar diretamente os casos em que tais critérios foram estabelecidos afirmando somente que este é o entendimento da CIDH. É a partir destes critérios que o ministro entende que o excesso de prazo configurou

constrangimento ilegal e concede a ordem. Tais decisões basearam-se também no Código de Processo Civil e na jurisprudência do próprio STJ que já vinha aplicando os critérios estabelecidos pela Corte.

Já o ministro Rogério Schietti Cruz, ao analisar a razoabilidade do prazo, levou em consideração os critérios estabelecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, referindo-se diretamente aos casos da Corte Interamericana e até a casos da Corte Europeia de direitos humanos:

O tema, a propósito, tem sido objeto de inúmeros julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), inclusive de processos em que se apontava o Brasil como responsável pelo constrangimento ilegal decorrente do descumprimento do direito à razoável duração do processo. Corte, para aferir a razoabilidade ou a irrazoabilidade do prazo excedido pelo Estado reclamado, considera a ocorrência de fatores como: (a) as circunstâncias particulares de cada caso e a complexidade do litígio; (b) a conduta processual das partes ou, mais proximamente, do acusado; (c) a conduta das autoridades responsáveis pela condução do processo, sejam elas administrativas ou judiciais. Caso Ximenes Lopes versus Brasil, Sentença de 4 de julho de 2006; Caso Nogueira de Carvalho e outro versus Brasil, sentença de 28 de novembro de 2006; Caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros), sentença de 05 de fevereiro de 2001; Caso do Massacre de Puerto Bello versus Colômbia, sentença de 31 de janeiro de 2006; Caso López Alvarez versus Honduras, sentença de 1º de fevereiro de 2006. No mesmo sentido se coloca a homóloga Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), como, v.g., no Caso Gaglione, sentença de 07/12/2010; Caso Imbrioscia, sentença de 24/11/1993; e no Caso Delcourt, sentença de 17/01/1970.

O magistrado destaca que o direito a ser julgado em um prazo razoável é conferido a todos pela Convenção Americana, vigente em nosso País e destaca a jurisprudência da Corte neste sentido. Não se pode negar o forte valor argumentativo destes precedentes para o magistrado basear sua decisão. Foi a partir da análise destes critérios que o Ministro concedeu a ordem nos Habeas Corpus 284.158, 288.603 e 293766 e a negou no Habeas Corpus 270.464 e no RHC 046821.

d) Decisões Monocráticas em Agravos de Instrumento em Recursos Especiais 1.367.290, 1.368.640, 1.369.816, 1.371.368, 1.372.780, 1.373.048, 1.373.390, 1.374.677, 1.368.579, 26.797.

Todas estas decisões monocráticas foram proferidas em Agravos de instrumento, contra decisões que deixaram de admitir recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná em demanda que

objetivava a indenização por danos morais decorrentes do monitoramento de linhas telefônicas.

Os recorrentes alegam a violação dos artigos 372, 398 e 462 do Código de Processo Civil, bem como dos artigos 1º e 2º do Decreto 4463/02, que reconhece a Competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Isto porque os processos originais tinham como pedido a indenização dos autores pelos danos a eles causados por erros do Poder Judiciário que resultou em divulgação da gravação de conversas sigilosas para os meios de imprensa indevidamente. Trata-se dos mesmos fatos do caso Escher e outros Vs. Brasil que foi sentenciado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 06 de julho de 2009³⁴, após terem sido proferidos acórdãos em apelações cíveis, mantendo as decisões de primeiro grau que negavam a indenização pleiteada.

Os Agravantes haviam interposto Recurso Especial com base no artigo 105, III, a, da Constituição Federal, alegando que, por haver decisão condenatória da Corte Interamericana sobre os mesmos fatos analisados nos processos em questão, a sentença apelada e mantida no sentido de não garantir a indenização devida estaria descumprindo a decisão da Corte Interamericana, logo contrariando tratado ou lei federal.

Os Ministros que julgaram os Agravos sob análise reproduziram o entendimento dos acórdãos recorridos, afirmando que a questão não poderia ser analisada em sede de recurso especial, negando provimento aos agravos, por ausência de prequestionamento da matéria, pois estes artigos apontados como violados não haviam sido analisados pelo juízo recorrido.

³⁴ O caso em questão refere-se à interceptação e monitoramento ilegal das linhas telefônicas instaladas na Cooperativa Agrícola de Conciliação Avante Ltda. (COANA) e na Associação Comunitária de Trabalhadores Rurais (ADECOR), realizados entre maio e junho de 1999, pela polícia militar do estado do Paraná; à divulgação das conversas telefônicas, bem como à denegação de justiça e da reparação adequada.

Segundo os fatos apurados pela Corte as conversas foram interceptadas sob a justificativa de investigar a morte de Eduardo Aghinoni, ex-membro das referidas associações, que foi assassinado em 30 de março de 1999, bem como a acusação de desvios por parte da diretoria das referidas instituições de recursos financeiros concedidos através do Programa Nacional de Agricultura Familiar (PRONAF) e do Programa de Crédito Especial para a Reforma Agrária (PROCERA), aos trabalhadores do Assentamento Pontal do Tigre, no município de Querência do Norte. Estas gravações além de terem sido realizadas de forma indevida, foram divulgadas para meios de comunicação. Houve ainda diversas questões processuais, inclusive excesso de prazo, que levaram também à condenação do Brasil por violar os artigos 8 e 25 da CADH, dentre outros.

Ainda que não se trate propriamente de uso de precedentes, estes casos merecem atenção por tratarem da aplicação de decisão da Corte contrária à decisão de uma Corte interna.

Ao negar sua competência para conhecer destes recursos especiais, o STJ afasta a possibilidade de ser o responsável pela análise de casos em que um tribunal de segunda instância contrarie decisão da Corte Interamericana contra o Brasil.

Considerando-se que no RE 466.343, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu o status supralegal da Convenção Americana de Direitos Humanos, resta a dúvida de a que órgão caberia exercer o chamado Controle de Convencionalidade, se ao próprio STF ou ao STJ, em função de o texto do artigo 105, III da Constituição mencionar os tratados internacionais. Ao não conhecer destes Recursos Especiais, entretanto, o STJ coloca em dúvida sua competência sem, no entanto, posicionar-se acerca do tema.

4.2 Tribunais Regionais Federais

4.2.1 Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Foram utilizadas as palavras-chave “Corte interamericana”, em 26 de março de 2014 e foram encontrados dois resultados para acórdãos³⁵, os dois utilizavam jurisprudência da Corte como fundamento das decisões e são analisados a seguir.

a) Apelação Cível 003084460.2003.401.0000/DF

Trata-se de apelação cível, na qual figura como apelante a União, contra decisão que determinou a localização da sepultura dos parentes dos autores que foram mortos na chamada Guerrilha do Araguaia, ocorrida durante o período da ditadura militar, o traslado dos corpos e o fornecimento de informações contidas no relatório oficial do Ministério da Guerra datado de 5 de janeiro de 1975.

³⁵ Nos Tribunais Regionais Federais optou-se por não se pesquisar as decisões monocráticas a fim de não tornar o trabalho demasiadamente extenso, mas também em função da dificuldade com alguns sistemas de busca de alguns tribunais. Ademais, o destaque do STJ no cenário nacional no que diz respeito à uniformização da jurisprudência justifica que se tenha aprofundado a pesquisa jurisprudencial naquele tribunal e não nos demais.

Figuraram como fundamentos jurídicos concorrentes para a manutenção da sentença a Constituição Federal, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a Declaração das Nações Unidas, Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra Desaparecimento Forçado ou Involuntário, a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, as Convenções de Genebra, o Código Penal, a Lei dos Registros Públicos, a Lei de Introdução ao Código Civil, o Código de Processo Civil, e ainda os precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos *Velásquez Rodríguez contra o Estado de Honduras*, caso *Blake contra a República da Guatemala*, caso *Godínez Cruz contra Honduras*, caso *Caballero Delgado contra Colômbia*, caso *Neira Alegria e Outros contra o Estado do Peru*, caso *Aloeboetoe contra Suriname* e caso *Castillo Paez contra o Estado do Peru*, bem como seu posicionamento e de outras cortes de direitos humanos - como a europeia, acerca de certas teses, como a do desaparecimento forçado caracterizado como crime de violação permanente.

É importante ressaltar que esta decisão é anterior à decisão no caso brasileiro perante a Corte *Gomes Lund*³⁶, tendo sido publicado o acórdão em 14 de dezembro de 2004. Portanto, embora este caso não tenha figurado como precedente, vários outros casos da Corte sobre a mesma temática foram utilizados de forma a orientar a interpretação da Convenção pelos magistrados brasileiros.

A jurisprudência da Corte Interamericana, e até mesmo da Europeia, de direitos humanos foi utilizada a fim de esclarecer o conteúdo de certos institutos e como interpretá-los de acordo com o direito internacional dos direitos humanos.

Nesse sentido, nas palavras da Juíza Federal Solange Salgado, em sentença monocrática apelada no caso em análise:

Em consonância com o mais avançado entendimento das Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos, abraço a tese de que o desaparecimento forçado de pessoas constitui-se num crime de violação permanente, que se mantém até o momento em que se desvenda o paradeiro ou o destino da vítima e se esclareçam as circunstâncias em que os fatos ocorreram, uma situação continuada que surte efeitos prolongados no tempo.

O crime de desaparecimento forçado só tem fim quando é revelado o destino ou o paradeiro da pessoa desaparecida e são esclarecidos os fatos. É o que estabelece o art. 17 da Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra Desaparecimento Forçado ou Involuntário, de 1992

³⁶ Esta ação foi inclusive motivo de condenação do Estado brasileiro no caso *Gomes Lund* perante a Corte, em função de sua duração excessiva.

(Assembléia Geral da ONU) e o art. 3º da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, de 1994.

Foi com base nas referidas Convenções e na jurisprudência das Cortes citadas que a Juíza entendeu que se poderia julgar o presente caso, visto que o crime de desaparecimento forçado ainda não havia se encerrado. A Lei brasileira é silente neste assunto, tendo a juíza utilizado convenções e precedentes internacionais para fundamentar sua decisão, interpretando o crime de sequestro de acordo com as normas sobre desaparecimento forçado.

Ao decidir acerca do sofrimento das famílias das vítimas, a Juíza Federal fez novamente referências à Convenção e explicitamente baseou-se na jurisprudência da Corte, citando os casos *Caballero Delgado contra Colômbia*, *Neira Alegria e Outro contra o Estado do Peru*, *caso Velásquez Rodríguez contra Honduras* e o caso *Blake contra a República da Guatemala*. A partir destes casos, a Juíza entendeu que houve violação da integridade física e psíquica não só das vítimas, mas também de seus familiares, sendo plenamente possível a aplicação de indenização por danos morais a estes. Note-se que a Constituição Brasileira garante o direito de indenização a danos materiais e morais³⁷, porém nem em seu texto, nem em legislação infraconstitucional é regulamentado o direito de indenização das famílias de desaparecidos. Assim, houve uma expansão, ou uma interpretação extensiva de direitos garantidos pela Constituição em função de precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Novamente se nota os precedentes da Corte Interamericana, bem como a Convenção Americana de Direitos Humanos, sendo utilizados juntamente com precedentes da Corte Europeia e outros tratados internacionais.

b) Habeas Corpus 0068063-92.2012.401.0000/PA

Trata-se de *habeas corpus* em favor de Sebastião Curió Rodrigues de Moura, militar da reserva, diante de decisão da 2ª Vara Federal de Marabá/PA, que recebeu denúncia que imputa ao paciente o crime de sequestro e cárcere privado (art. 148, §2º, c/c art. 69 – CP), supostamente ocorrido nos anos de 1974, época do Regime Militar, tendo contra então integrantes de grupo político com atuação

³⁷ CF, art. 5º, V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

clandestina, cujo paradeiro, de então até a data da decisão, era desconhecido. Sustenta a impetração, em síntese, ausência de justa causa para propositura da ação penal, visto que os ilícitos cometidos entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979 teriam sido anistiados pelo art. 1º da Lei da Anistia — Lei 6.683/1979.

Este caso data de 2012, portanto, após a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Gomes Lund Vs. Brasil*, bem como da decisão do STF no na ADPF 153, que entendeu como recepcionada a Lei de Anistia pela Constituição Federal de 1988. Em face disto, o Ministério Público, ao formular sua acusação entende que, ainda que a decisão do STF na referida ADPF entenda válida a Lei de Anistia em face da Constituição, não leva em conta o Direito Internacional, não observando a decisão da CIDH a respeito desta questão. Por este motivo, o Ministério Público entende que a Lei de Anistia não é válida no caso em tela, vez que o Brasil teria a obrigação de investigar penalmente as questões relacionadas à chamada Guerrilha do Araguaia, decorrente da referida decisão da Corte.

Ao analisar a questão em face da decisão da Corte no caso *Gomes Lund*, o desembargador Olindo Menezes entende em seu voto que a obrigação do Estado brasileiro de investigar os fatos, decorrentes de tal decisão, não interfere no Poder punitivo do Estado e nem na decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a Lei de Anistia.

Nas palavras do desembargador:

A investigação tem o sentido apenas de propiciar o conhecimento da verdade histórica, para todas as gerações, de ontem e de hoje, no exercício do denominado “dever de memória” o que não se submete a prazos de prescrição. Não o da abertura de persecução penal em relação a (supostos) fatos incluídos na anistia da Lei 6.683, de 19/12/1979 e, de resto, sepultados penalmente pela prescrição.

Sendo este um dos fundamentos para a concessão da ordem para trancamento da Ação Penal em questão.

Quanto ao uso da jurisprudência da Corte, o desembargador analisou a questão que foi trazida pelo Ministério Público. Entretanto o fez de forma superficial, uma vez que afirma que a decisão implicaria somente a obrigação do Estado de investigar os fatos, ignorando a condenação do Estado brasileiro que inclui, nos

pontos resolutivos da referida sentença, a obrigação de punir os responsáveis (parágrafos 253-263 da sentença).

A forma como descarta a força do precedente demonstra o entendimento do desembargador de supremacia da Constituição e da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos no âmbito interno.

4.2.2 Tribunal Regional Federal da Segunda Região (RJ/ES)

Foram utilizadas as palavras-chave “Corte interamericana”, em 08 de janeiro de 2015 e foram encontrados sete resultados para acórdãos, dos quais quatro fazem referência à jurisprudência da Corte e são analisados a seguir³⁸

a) Agravo de instrumento – proc. nº 001115381.2013.402.0000

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, interposto por Hans Fernando Rocha Dohmann, em face da decisão proferida nos autos da ação indenizatória c/c obrigação de fazer e não fazer nº 2013.51.01.0179621, por ele ajuizada em face do Conselho regional de medicina do estado do Rio de Janeiro -CREMERJ e Marcia Rosa De Araújo, que indeferiu o requerimento de antecipação dos efeitos da tutela, pois alega que tem sido alvo de acusações pelo Conselho e por sua presidente, afirmando que veicularam no site do CREMERJ notícias acerca da instauração de procedimento disciplinar contra o mesmo. Afirma que tal fato ofende sua honra, pretendendo que os agravados sejam condenados, em sede de tutela antecipada, a (i) retirar da página da internet do

³⁸ Dentre os outros três resultados encontrados, estão o acórdão e um embargo de declaração no Habeas Corpus 000568420.2014.402.0000 referentes ao caso conhecido como Riocentro, ocorrido no período da ditadura militar. A Corte Interamericana só foi citada no parecer do Ministério Público, não tendo sido sua jurisprudência utilizada como fundamento em nenhum dos votos. Entretanto o referido acórdão apresenta extensa discussão quanto ao uso de jurisprudência de tribunal internacional como fundamento de decisões, bem como sobre a sujeição do Brasil a tratados internacionais de direitos humanos que não tenham sido ratificados. Bem como o acórdão no Habeas Corpus – proc. nº 000442842.2014.402.0000, que embora recorra a CADH para determinar o direito do preso de ser imediatamente encaminhado a um juiz, refere-se de forma abstrata à Corte afirmando que esta “já possui precedentes de condenação de alguns Estados pela não observância ao disposto...” sem analisar que precedentes são esses. Como a matéria era objeto de pedido liminar no *habeas corpus* e no momento do acórdão questões de fato já não justificavam mais a apreciação de tal pedido, este posicionamento da Corte não interferiu na decisão, sendo apenas *obiter dicta* na decisão.

Conselho tais notícias; (ii) recolherem o jornal do Conselho referente ao mês de novembro de 2012, disponível para consulta dos médicos em sua sede; e (iii) deixar de divulgar, por meio de página na internet, matérias que revelem a existência de sindicâncias ou qualquer procedimento ético profissional que o envolva.

Ao analisar a questão o desembargador Relator acolhe todos os argumentos apresentados na sentença de primeiro grau, que baseia-se nos artigos 5º, IV, IX e XIV e 220, da Constituição Federal que resguardam a liberdade de expressão em nossa ordem constitucional. Entretanto, não se atém somente ao âmbito interno, recorrendo aos artigos da CADH e a interpretação a eles dada pela CIDH, afirmando com base na Opinião Consultiva nº 5/85 que a liberdade de expressão é direito fundamental que se desenvolve sob duas dimensões: uma individual e outra social, ambas reconhecidas pelo art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

O direito à liberdade de expressão assegura não apenas o direito à expressão do próprio pensamento (transmitir notícias, informações, manifestar opiniões etc), utilizando-se de qualquer meio para divulgá-lo, como também o direito de buscar, receber e conhecer o pensamento alheio (informações e ideias de toda natureza). Segundo decidiu a Corte Interamericana de Direitos Humanos no julgamento da Opinião Consultiva nº 5/85: “quando se restringe ilegalmente a liberdade de expressão de um indivíduo, não só o direito desse indivíduo está sendo violado, como também o direito de todos a 'receber' informações e ideias, donde resulta que o direito protegido pelo artigo 13 tem um alcance e um caráter especiais” (parágrafo 30).

Assim o desembargador destaca que para a liberdade de expressão ser exercida plenamente, o direito de a pessoa expressar e difundir o seu pensamento deve vir acompanhado do direito de conhecer o pensamento de outras pessoas, sendo a liberdade de expressão, em sua dimensão social ou coletiva, fundamental para se possibilitar o intercâmbio de ideias e informações entre os homens.

Refere-se também ao posicionamento da Corte IDH de que a expressão e a difusão do pensamento em uma sociedade democrática são indivisíveis e devem ser garantidas simultaneamente. O faz com base no julgamento do caso Olmedo Bustos e outros versus Chile (caso A Última Tentação de Cristo), em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu que:

Quanto ao conteúdo do direito à liberdade de pensamento e de expressão, quem está sob a proteção da Convenção tem não só o direito e a liberdade de expressar seu próprio pensamento, como também o direito e a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza. É por

isso que a liberdade de expressão tem uma dimensão individual e uma dimensão social” (parágrafo 64).

O magistrado baseia-se ainda no ordenamento jurídico brasileiro, frisando que a Constituição também reconhece e protege as duas dimensões da liberdade de expressão, embora as normas de proteção não estejam previstas no mesmo dispositivo normativo, mas em diferentes incisos do art. 5º, os incisos IV, IX e XIV que asseguram o direito de manifestação do pensamento e a difusão de notícias e ideias, por qualquer meio, independentemente de censura ou licença da autoridade pública, bem como o direito de buscar e receber informações.

Refere-se novamente à Opinião Consultiva nº 5/85, em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos declarou o indissociável caminhar da liberdade de expressão e da democracia:

A liberdade de expressão se insere em uma ordem pública primária e radical da democracia, que não é concebível sem um debate livre e sem que a oposição tenha pleno direito de se manifestar [...]. A liberdade de expressão é uma pedra angular na existência de uma sociedade democrática. É indispensável para a formação da opinião pública. É também *conditio sine qua non* para que os partidos políticos, os sindicatos, as sociedades científicas e culturais e, em geral, que deseja influir sobre a coletividade possa desenvolver-se plenamente. É, enfim, condição para que a comunidade, na hora de exercer as suas opções, esteja suficientemente informada. Por fim, é possível afirmar que uma sociedade que não está bem informada não é plenamente livre” (parágrafos 69 e 70).

O desembargador fundamenta seu voto também no que a Corte reafirmou ao julgar o caso *A Última Tentação de Cristo* (caso *Olmedo Bustos e outros versus Chile*), que: “A liberdade de expressão, como pedra angular de uma sociedade democrática, é uma condição essencial para que esta esteja suficientemente informada”. Parte dessas premissas normativas para verificar se, a fim de proteger a honra, é possível ao Poder Judiciário expedir uma ordem de censura, proibindo alguém de publicar ou difundir uma informação por qualquer meio, tal como requeria o autor.

Entende, porém, que não é possível porque o art. 13, 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabelece, com hierarquia supralegal no direito brasileiro, norma especial que proíbe a proibição da difusão e publicação de informações e ideias nos seguintes termos: “O exercício do direito previsto no inciso

anterior não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores”.

Ressalta que a jurisprudência da Corte Interamericana tem sido intransigente quanto à impossibilidade de a expressão do pensamento e a difusão de informações, ideias e notícias de qualquer natureza e por qualquer meio eleito pelo emissor estarem sujeitas à censura prévia. Com base na jurisprudência da CIDH, o magistrado entende que a liberdade de expressão é um direito preferente e quase absoluto e que deve prevalecer quando em confronto com quaisquer outros direitos fundamentais, em especial os direitos à honra e à reputação. Dessa forma admite que aquele que exercer a liberdade de expressão de forma abusiva contra os direitos à honra e à reputação só poderá ser responsabilizado posteriormente, de acordo com o expressamente previsto em lei, sendo ilícito proibir a manifestação do pensamento. Isto porque a censura prévia constitui supressão radical da liberdade de expressão. Não se admite, portanto, que a expressão do pensamento esteja sujeita à censura em momento anterior à sua divulgação. Como ressaltou anteriormente o magistrado, a liberdade de expressão compreende, segundo a jurisprudência da Corte Interamericana, duas dimensões, sendo certo que à sociedade interessa conhecer o pensamento alheio que, trazido para a esfera pública e submetido a amplo debate, receberá a consideração que merece.

O desembargador ressalta que a censura impede a circulação de notícias e viola o direito de todos estarem bem informados, que são condições básicas para uma sociedade democrática. Concluindo que a imposição da censura viola o direito de liberdade de expressão em sua dimensão social. Todas as pessoas têm o direito de acesso às informações e ideias das outras pessoas.

Também para definir o que constitui censura, vale-se o magistrado do posicionamento da Corte Interamericana que entende por censura a proibição da expressão do pensamento levada a cabo por qualquer órgão de quaisquer dos poderes do Estado. Enquadra, portanto, o magistrado, no conceito de censura não apenas o ato administrativo que proíbe a exibição de um filme emitido por um servidor público vinculado a um órgão do Poder Executivo (um censor, por exemplo), como também uma decisão judicial que determina o recolhimento de exemplares de um livro (uma biografia não autorizada, por exemplo), de um jornal ou, ainda, uma lei com os mesmos efeitos das hipóteses anteriores.

Conclui da seguinte forma:

A Corte Interamericana, ao emitir a Opinião Consultiva nº 5/85 e interpretar o art. 13.2 da Convenção, registrou expressamente que a censura prévia é sempre incompatível com a plena vigência do direito à liberdade de expressão: “nesta matéria sustentou a Corte toda medida preventiva significa, inevitavelmente, o menoscabo da liberdade garantida pela Convenção”. E completou: “O abuso da liberdade de expressão não pode ser objeto de medidas de controle preventivo, mas apenas fundamento de responsabilidade para quem o cometeu” (parágrafos 38 e 39).

Entendo, portanto, que embora o direito à honra do autor possa ser protegido por meio da apuração da responsabilidade civil dos réus, segundo critérios a serem considerados por ocasião do julgamento do mérito não é juridicamente possível censurar a liberdade de informação, seja determinando a retirada de conteúdos da página do Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro na rede mundial de computadores, seja mandando recolher os exemplares do jornal do conselho que circulam desde novembro de 2012, seja proibindo os réus de divulgarem novas informações em qualquer meio de comunicação.

Como se pode notar a interpretação da Corte dada aos dispositivos da Convenção se mostra indispensável para o magistrado ao compreender seu significado. Sua decisão é fundamentada conjuntamente na CADH, interpretada pela CIDH e na Constituição Federal, sem estabelecer uma relação de hierarquia entre os referidos documentos.

b) Recurso em sentido estrito – proc. Nº 0801434-65.2013.4.02.5101

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Federal em face de decisão do Juiz da 02ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, que rejeitou a denúncia oferecida em desfavor de Luiz Mário Vale Correia Lima, Roberto Augusto de Mattos Duque Estrada, Dulene Aleixo Garcez dos Reis e Valter da Costa Jacarandá dando-os como incurso nas penas do art. 148, §2º, do Código Penal, pelo desaparecimento forçado de Mário Alves de Souza Vieira em 16 de janeiro de 1970, por entender que: 1) os elementos de prova que instruem a denúncia não dão lastro ao elemento subjetivo do crime de sequestro; 2) os fatos narrados se amoldariam aos delitos de homicídio ou lesão corporal seguida de morte, cuja punibilidade está extinta pela prescrição ou pela anistia; 3) ainda que se admitisse a capitulação de sequestro, a prova que instrui os autos seria indicativa de exaurimento do crime e do fim da permanência em janeiro de 1970, também a gerar a extinção da punibilidade pela anistia ou pela prescrição; 4) não existe lei anterior de natureza convencional com força cogente que se amolde aos fatos descritos na denúncia; 5) não há decisão vinculante da Corte Interamericana de Direitos

Humanos acerca da revisão da lei da anistia em relação aos fatos ocorridos com Mário Alves de Souza Vieira.

Irresignou-se o Ministério Público com a dedução do Juízo de primeiro grau da morte da vítima, simplesmente em função do decurso do tempo, reafirmando que em casos como este considera-se que ainda existe a privação da liberdade uma vez que não há qualquer comprovação do óbito, sendo, portanto, o crime contínuo. Frisa que o Estado Brasileiro deve obediência às decisões das Cortes Internacionais de Direitos Humanos, independentemente da interposição de recursos.

O desembargador Paulo Espírito Santo, relator do caso, entende, com base nas provas constantes dos autos e na Lei 9.140/95 que a vítima está morta, conforme expõe em seu voto. Isto, dentre outros argumentos, embasa o voto no sentido de manter a decisão do juízo *a quo*, que deu motivo à improcedência do recurso por unanimidade.

Quanto à decisão do caso *Gomes Lund* pela Corte Interamericana, cujo cumprimento o Ministério Público entende por obrigatório ao Estado brasileiro, o magistrado entende que não se aplica ao caso em tela, vez que ela tratou somente dos casos envolvidos no contexto da Guerrilha do Araguaia, que não era o caso da vítima em questão.

Ademais, entende o magistrado que uma vez que o Brasil só se submeteu à jurisdição da Corte em 1998, somente podendo ser julgados por ela casos posteriores a essa data, este caso, por ter ocorrido em 1970, não estaria sujeito à jurisdição da Corte.

Ainda sobre os precedentes da Corte o desembargador adota o mesmo posicionamento do Juiz de primeiro grau, reproduzindo seu argumento que não existe qualquer vinculação neste caso à decisão da Corte no caso *Gomes Lund* por se tratar de caso que analisou questões fáticas diferentes. Critica ainda a própria decisão do caso *Gomes Lund* por entender que esta não respeita o termo de submissão do Brasil à jurisdição da Corte.

Com esta afirmação, percebe-se que os magistrados que a defendem não levam em conta os precedentes da Corte, no sentido de não se considerarem obrigados a seguir os precedentes, ainda que se trate de caso em muito semelhante. Na compreensão destes magistrados, ainda que se trate de caso de desaparecimento forçado cometido por autoridades estatais, no mesmo período e contexto político, não há vinculação à decisão. Sendo assim, entende-se que os

magistrados em questão sequer consideram a existência da necessidade de respeito ao precedente internacional no âmbito interno.

c) Apelação Cível nº 0015914-62.2005.4.02.5101

Trata-se de Apelação interposta pela Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Estado do Rio de Janeiro e de Recurso Adesivo oferecido por Leandro de Albuquerque contra sentença que julgou procedente o pedido para condenar a Demandada OAB a publicar o texto resposta elaborado pelo Demandante e a pagar R\$ 2.200,00 a título de compensação por danos morais.

O presente processo versa sobre a indenização e o direito de resposta pleiteados pelo Demandante em razão da divulgação de notícia no jornal “Tribuna do Advogado” sobre uma punição recebida pelo demandante que é serventário de justiça e incorreu em falta disciplinar. O demandante afirma que foi prejudicado pois a notícia não mencionava que havia recurso de tal punição e que prejudicava sua imagem como servidor público e como pessoa humana, pleiteando o direito de resposta da Lei 5.250/67 e indenização por danos morais.

O Tribunal em questão entendeu que não se aplicava o direito de resposta ao caso, uma vez que a Lei 5.250 não foi recepcionada pela Constituição de 1988, conforme declarado na ADPF 130. Além desta questão o Tribunal analisou os outros argumentos e negou procedência ao pedido.

No que concerne à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Tribunal destacou o posicionamento da mesma ao decidir questões relacionadas à liberdade de expressão, em que destina especial atenção a publicações que veiculem informações sobre funcionários públicos ou candidatos a ocupar cargos públicos, pois se considera que, em um contexto democrático, deve-se dar ampla divulgação a matérias de interesse coletivo para que se tenha maior controle da atividade estatal. Em razão disto, segundo entendimento da Corte, faz-se mister que o Estado se abstenha de impor limitações a notícias com este conteúdo e, da mesma forma, é necessário que os agentes envolvidos possuam maior tolerância a críticas dirigidas a seus ofícios, pois devem estar cientes de que, por ocuparem função pública, estão sujeitos à maior vigilância e cobrança quando comparados aos trabalhos desenvolvidos por particulares. Isto não significa que estas pessoas não possam gozar de proteção judicial caso sejam alvo de ataques

injustificados; todavia este amparo deve ser concedido em conformidade com os princípios da democracia e de maneira a não gerar futuros receios de inibição ou censura àqueles que se dedicam à fiscalização estatal.

Para embasar este posicionamento o Tribunal se referiu aos casos *Kimel Vs. Argentina e Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, citando trechos das sentenças da Corte.

d) Apelação/ Reexame Necessário 000897864.2004.402.5001

Tratam-se de três apelações interpostas pelas rés União, Nassau Editora, Rádio e Televisão Ltda e as empresas do Grupo Rede Gazeta, S/A A Gazeta, A Gazeta do Espírito Santo Rádio e Tv Ltda e Sistema Norte de Rádio Ltda, além de remessa necessária, contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido autoral, condenando os réus em danos morais e materiais pela divulgação de gravações sigilosas pela imprensa.

O Tribunal julgou parcialmente procedentes as apelações, uma vez que entendeu que o pleito indenizatório não era cabível em face dos órgãos de imprensa, vez que estes receberam as informações dos órgãos estatais e as reproduziram apenas com a intenção de informar, sem ter culpa da forma ilícita em que foram obtidas tais informações.

Entretanto reconheceu o comportamento ilícito por parte da polícia federal e do Ministério Público Federal, vez que ainda que as informações só pudessem ter sido obtidas em processo de competência do Tribunal Regional Federal em questão, vez que a vítima era deputado à época do ocorrido e gozava de foro privilegiado. Frisa que ainda que tais gravações tivessem sido obtidas em processo em juízo criminal de primeiro grau em que figurasse terceiro não dotado de foro privilegiado, o processo deveria ter sido remetido ao Tribunal Regional competente no momento em que informações da vítima foram descobertas.

Neste ponto, o Tribunal relembra o Caso *Escher e outros Vs. Brasil*, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, apresentado pelo Procurador Regional da República em seu parecer em que ficou assentado que

manter sigilo quanto às conversas telefônicas interceptadas durante uma investigação penal é um dever estatal: a) necessário para proteger a vida privada das pessoas sujeitas a uma medida de tal natureza; b) pertinente para os efeitos da própria investigação; e c) fundamental para a adequada administração da justiça. No presente caso, tratava-se de informação que deveria permanecer apenas em conhecimento de um reduzido número de

funcionários policiais e judiciais e o Estado falhou em sua obrigação de mantê-la sob o devido resguardo.

A Corte, no caso, tratou de condenar o Estado Brasileiro ao pagamento de indenização.

Assim, o Tribunal valeu-se também do entendimento da Corte para manter a condenação da União no caso em tela. Em que pese o precedente da Corte ter sido apresentado no parecer do Ministério Público, os magistrados analisaram-no entendendo-o aplicável ao caso.

4.2.3 Tribunal Regional Federal da Terceira Região

Foram utilizadas as palavras-chave “Corte interamericana”, em 26 de março de 2014 e foram encontrados três resultados para acórdãos, destes apenas um utiliza a jurisprudência da Corte como fundamento da decisão e é analisado a seguir³⁹.

a) Recurso em Sentido Estrito 000420432.2012.403.6181/SP

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito, contra decisão que rejeitou a denúncia com fundamento no artigo 395, incisos II e III, do Código de Processo Penal, em que Carlos Alberto Brilhante Ustra e Dirceu Gravina foram denunciados como incurso nos artigos 148, §2º c.c. 29, ambos do Código Penal, por terem em 06 de maio de 1971, privado de liberdade Alúzio Palhano.

O magistrado "a quo" argumentou que, no julgamento da ADPF nº 153, o Supremo Tribunal Federal se manifestou pela constitucionalidade da Lei 6.683/79 (Lei de Anistia) e *"reconheceu que a anistia foi estendida aos crimes conexos praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado de exceção"*, ainda destacando o juiz de primeiro grau a eficácia "erga omnes" e o "efeito vinculante" da decisão do Pretório Excelso, e quanto à decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund ressaltando que, *"embora não tenha o Supremo Tribunal Federal enfrentado especificamente tal*

³⁹Os dois casos descartados não analisavam jurisprudência da Corte IDH, motivo pelo qual não foram apresentados neste capítulo. Um deles mencionava somente a data em que o Brasil admitiu a jurisdição da Corte, enquanto o outro sequer a mencionava, tratando-se de erro de indexação.

ponto, porque posterior ao julgamento da ADPF nº 153, não deixou de consignar que a Lei de Anistia não pode sofrer desconstituição (ou inibição eficaz) por parte de instrumentos normativos promulgados após a sua vigência" e que "somente o Supremo Tribunal Federal tem competência para rever sua decisão", aduzindo, outrossim não ser plausível a tese ministerial de que por não haver certeza quanto à morte da vítima não cessou a permanência do delito de sequestro que se imputa na denúncia uma vez que "há mais de trinta anos o país vive período de estabilidade institucional" e "há relato nos autos de que Aluizio teria sido morto sob tortura, também porque a Lei 9.140/95 reconheceu como mortas para todos os efeitos legais pessoas desaparecidas que tenham participado ou tenham sido acusadas de participação em atividades políticas no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979 [...]".

O Ministério Público fundamenta seu recurso de diversas formas, dentre as quais que o magistrado "a quo" teria descumprido a decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso "Gomes Lund", argumentando que "o Brasil voluntariamente se vinculou e se obrigou a cumprir suas decisões no País no tocante a graves violações a direitos humanos aqui ocorridas", também sustentando que as decisões proferidas por tribunais competentes devem ser cumpridas imediatamente por todos os magistrados, inclusive de primeira instância.

Ao analisar este fundamento, o Tribunal afirma que o magistrado está obrigado a aplicar o entendimento do STF definido na ADPF 153, em relação à Lei de Anistia e que a revisão desta decisão caberia tão somente ao próprio Supremo. Não cabendo, portanto, ao juiz de primeiro grau, em virtude da decisão da Corte no caso Gomes Lund, deixar de aplicar a Lei de Anistia.

Entende também que ainda que se acolhesse a tese de que decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos devem ser observadas mesmo existindo pronunciamento do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário, não se aplicaria ao caso dos autos porquanto versa sobre fatos anteriores a 10 de dezembro de 1998, quando o Brasil reconheceu a jurisdição da Corte com reservas, no sentido de que somente casos ocorridos após aquela data poderiam por ela ser julgados.

A partir deste posicionamento nota-se que o tribunal entende pela prevalência das decisões internas do Supremo Tribunal Federal, sobre as decisões no âmbito internacional, como no caso da Corte Interamericana.

Também não levam em consideração os magistrados, o entendimento da própria Corte, não só no caso Gomes Lund, mas em diversos outros, de que o desaparecimento forçado, por se tratar de crime continuado não prescreve enquanto não se for constatada a morte das vítimas, motivo pelo qual poderia ser julgado pela Corte e pelos tribunais pátrios. Embora não exista o tipo penal de desaparecimento forçado em nosso país, poder-se-ia ter realizado a interpretação com base na convenção para adequar um tipo penal existente, como o sequestro, ocorrido de forma continuada.

4.2.4 Tribunal Regional Federal da Quarta Região

Foram utilizadas as palavras-chave “Corte interamericana”, em janeiro de 2015 e foram encontrados quatorze⁴⁰ resultados para acórdãos, dos quais somente dois faziam referência à jurisprudência da Corte e são analisados a seguir.

a) Apelação Cível nº 5001880-20.2011.404.7012

Trata-se de recurso de apelação contra sentença que julgou procedente ação ordinária ajuizada em face da União Federal, enquanto representante da Delegacia Regional do Trabalho do Estado do Paraná, com vistas a determinar à ré a expedição de registro definitivo de jornalista profissional ao autor, independentemente da apresentação de diploma de curso superior de jornalismo, impondo ainda àquela o ônus de suportar o pagamento de honorários advocatícios arbitrados em R\$ 1.000,00.

Em suas razões recursais, aduz a União, em síntese, a inexistência de decisão transitada em julgado no âmbito do Supremo Tribunal Federal relativamente a não-recepção constitucional do artigo 4º, inciso V, do Decreto-Lei n.º 972/69, pelo que permanece legítima a exigência nele contida de formação em curso superior de

⁴⁰ Dos doze acórdãos descartados, vale frisar que um deles, a Apelação Criminal nº5023293-91.2012.404.7000 citava jurisprudência da Corte, entretanto, somente ao manter trecho da sentença apelada que citava a obra da Prof. Sylvia Steiner que afirma que em julgamento recente a Corte firmou entendimento de que deriva do artigo 8.2 da Convenção o dever do Estado de não restringir a liberdade além do estritamente necessário. Portanto, por se tratar de uma citação indireta na sentença de primeiro grau e não no acórdão sob análise, que não gerou nenhuma discussão ou argumento do Tribunal analisado em relação aos precedentes da Corte Interamericana, entendemos que não atinge o objetivo deste trabalho, não merecendo análise.

jornalismo para o exercício da profissão de jornalista e registro perante o Ministério do Trabalho.

Ao julgar a apelação em questão, o tribunal afirma a necessidade de se fazer uma interpretação sistemática da norma trazida como fundamento para exigência do diploma levando-se em consideração a Constituição e as normas de Direito Internacional. Destaca que na ordem jurídica internacional, especialmente no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, a obrigatoriedade do diploma universitário e da inscrição em ordem profissional para o exercício da profissão de jornalista vem sendo rechaçada. No âmbito do subsistema da Convenção Americana de Direitos Humanos, faz referência ao caso *La colegiación obligatoria de periodistas*, que a Corte analisou na Opinião Consultiva OC-5/85, de 13/11/1985, em que deixou claro que tal exigência vai de encontro ao artigo 13 da Convenção (ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto n.º 698/92), que protege a liberdade de expressão.

Juntamente com manifestações da Comissão interamericana sobre o tema, a decisão no RE 511961 do STF e demais jurisprudências de Tribunais Regionais Federais, o posicionamento da Corte serviu de fundamento à decisão que manteve a sentença de primeiro grau.

b) Apelação Cível nº 5006246-20.2011.404.7201

Trata-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal contra o IBAMA, a FATMA, a administração do porto de São Francisco do Sul (APSFS) e a TESC - Terminal Santa Catarina S/A para garantir que as obras de ampliação e reforma do terminal portuário de São Francisco do Sul sejam realizadas sob fiscalização e licenciamento do IBAMA. A sentença de parcial procedência firmou a competência do IBAMA

Para o licenciamento da obra de ampliação/reforma do Porto de São Francisco do Sul, tanto para a obra de dragagem dos berços de atracação e do canal de acesso, derrocamento da Laje da Cruz, reforma dos berços sob a Administração do Porto de São Francisco do Sul (APSFS) (berços 101/102/103), realinhamento do berço 201 e construção do berço 401, quanto no que toca aos berços administrados pela TESC (ampliação do berço 301/instalação do berço 302), com a consequente condenação dos réus a não realizarem obra de reforma ou ampliação do porto de São Francisco do Sul sem a devida licença expedida (ou renovada) pelo IBAMA, sob pena de multa diária por descumprimento, fixada no valor de R\$ 2.000,00, - respeitados os atos já praticados até a data do provimento dos

ED em AI n. 2007.72.01.001056-8, julg em 19.01.2010 no Egrégio TRF4. A questão sobre a elaboração de EIA/RIMA cabe ao IBAMA, tendo este afirmado nos autos a desnecessidade daquele, ficando rejeitado o pedido do MPF neste ponto. Ficam igualmente rejeitados os demais pedidos.

Apela exclusivamente o IBAMA aduzindo, em síntese, (a) que as obras em comento não trazem impacto significativo, em mais de um território/Estado do país e/ou entre países, a justificar a competência do órgão federal, eis que constitucionalmente determinado ser comum a competência ambiental entre os entes federativos, sendo o caso dos autos evidente competência da FATMA, nos moldes da legislação de regência, (b) que a pretensão de declaração de que toda e qualquer obra no porto seja licenciada pelo IBAMA configura pedido normativo, regra de caráter abstrato e genérico, sem alegação de dano concreto ou potencial, devendo ser reconhecida a impossibilidade jurídica do pedido, (c) que não detém atribuição para efetuar licenciamento em Zona Costeira, (d) que a obra prescinde de EIA/RIMA para seu licenciamento, (e) que determinar inspeção e licenciamentos por parte do IBAMA configura decisão administrativa, estando o Judiciário atuando dentro da esfera de conveniência e oportunidade da Administração.

O Tribunal, ao decidir acerca da competência do IBAMA, destaca que interesse nacional na região, é o que justifica a intervenção do órgão federal. Ao tratar deste interesse nacional, destaca que "o porto privado deve atingir diretamente a Terra Indígena Morro Alto, localizada na região das Laranjeiras, o que implica, portanto, também a incidência da Convenção nº 169-OIT, que determina a consulta prévia na "formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional" (art. 7º. 1) ou "cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis" de afetar diretamente os povos indígenas e comunidades tradicionais (art. 6º. 1. "a"). Outros países signatários da referida Convenção, tais como Colômbia (SU-039, de 1997, MP Antonio Barrera Carbonel, T-428/1992, M.P. Ciro Angarita, ambas do Tribunal Constitucional, dentre outras), reconheceram tal consulta como verdadeiro direito fundamental da comunidade, integrante do "bloco de constitucionalidade", condicionando a interpretação e aplicação de atos administrativos e legislação. E, recentemente, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Caso do Povo Saramaka vs. Surinam, sentença de 28-11-2007) determinou a oitiva das comunidades envolvidas "nas

primeiras etapas do plano de desenvolvimento ou inversão e não somente quando surja a necessidade de obter a aprovação da comunidade" (parágrafo 133).

É com base neste precedente, no dispositivo da Convenção da OIT e em demais dispositivos da legislação nacional que o Tribunal decide manter a sentença de primeiro grau entendendo necessário o EIA/RIMA.

4.2.5 Tribunal Regional Federal da Quinta Região

Na pesquisa pelas palavras-chave "Corte Interamericana", foi encontrado apenas um resultado para acórdão, mas que não utilizava jurisprudência da Corte como fundamento da decisão. Portanto, não foi realizada a análise do uso da jurisprudência da Corte por este Tribunal em função da ausência de resultados.

4.3 O Superior Tribunal de Justiça e os Tribunais Regionais Federais em comunicação com a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Após a exposição dos resultados encontrados, cabe identificar as categorias apresentadas no capítulo 3 no que diz respeito à existência de um diálogo entre a Corte IDH e os Tribunais estudados.

Ainda que se espere um posicionamento dialógico e não de submissão dos Tribunais brasileiros em relação à Corte interamericana de Direitos Humanos, não se pode negar que o número pequeno de decisões que se baseiam em jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos é um indicador negativo da disposição das Cortes internas em se engajar em algum tipo de comunicação com a CIDH. A indiferença e o silêncio, como visto anteriormente, são sinais de uma postura de resistência em relação ao direito internacional.

É possível identificar diversas formas de resistência ativa à aplicação da interpretação da CIDH sobre determinados direitos. Destacam-se os casos em que o magistrado se vale de uma justificativa hierárquica, como é o caso da não aplicação do entendimento da CIDH sobre leis de autoanistia (HC 006806392.2012.401.0000 – TRF1; RSE 080143465.2013.402.5101 – TRF2; RSE 0004204322012.403.6181 TRF3), sob a justificativa de que o entendimento do Supremo Tribunal Federal foi em sentido diverso e que as decisões daquele têm hierarquia superior à da CIDH em nosso ordenamento. A justificativa hierárquica demonstra que os tribunais guiam-se

ainda pelo paradigma do direito kelseniano, com um ordenamento jurídico hermético, em que somente a Constituição pode ocupar o topo da pirâmide.

Diferentemente, se houvesse uma nova interpretação por parte dos Tribunais internos dos dispositivos da Convenção que justificasse a condenação nestes casos. Note-se que não houve nenhuma tentativa de comunicação com a Corte IDH.

É possível tentar entender qual a fonte desta resistência, demonstrada por estes casos e pelo próprio número de decisões que sequer menciona a Corte interamericana de Direitos humanos. Acredita-se que uma causa possível seja a existência de uma resistência política e de desentendimentos principiológicos (JACKSON, 2010, p. 28) em relação à própria visão sobre a Constituição Brasileira e a Convenção Americana e seus significados. Este tipo de postura leva à resistência em função dos magistrados brasileiros compreenderem de forma totalmente diversa da Corte IDH determinados valores e direitos.

Entende-se ainda que uma grande causa seja o desconhecimento e até o desinteresse dos próprios magistrados – bem como de advogados e membros do Ministério Público – acerca do sistema interamericano de proteção, o que estaria diretamente ligado com a falta de consciência do impacto da pluralidade legal sobre o papel das Cortes.

Nestes casos, definitivamente não há uma interpretação meta-teleológica (MADURO, 2009), apontada no capítulo 2 como uma argumentação mais aberta ao diálogo a ser implementada pelas cortes. Este tipo de interpretação implicaria o dever das cortes de ter em consideração seu papel dentro das diversas ordens jurídicas nas quais o país se encontra inserido e decidir da forma mais coerente possível neste contexto plural. Nos casos acima citados os tribunais, ao ignorarem a jurisprudência da Corte IDH ou ao recusar sua aplicação em função da justificativa hierárquica, demonstram que a solução interpretativa por eles adotadas não se preocupa com seu papel dentro dos dois sistemas, mas somente no sistema nacional.

Entretanto os resultados encontrados não podem ser ignorados, sinalizando alguns a existência de um interesse de certos órgãos na forma de decidir da Corte sobre determinados assuntos.

Em relação à forma de comunicação não resta dúvidas de que se trata de uma comunicação vertical, uma vez que se tem uma Corte regional e cortes

nacionais. Quanto ao grau de envolvimento, torna-se difícil a classificação, uma vez que sem analisar o outro polo não há como distinguir o diálogo, do monólogo, ou do diálogo intermediado.

Nos casos em que se poderia identificar um diálogo clássico, aqueles que tratam do cumprimento de uma decisão em relação ao estado brasileiro - como é o caso das Decisões Monocráticas em Agravos de Instrumento em Recursos Especiais 1.367.290, 1368640, 1.369.816, 1371369, 1.372.780, 1373048, 1.373.390, 1374677, 1368579, 26.797 que tratam do caso Escher Vs. Brasil, o Superior Tribunal de Justiça simplesmente não conheceu dos Recursos, por entender que não houve prequestionamento da matéria e que, portanto, não era esta a via processual cabível, deixando de lado qualquer possibilidade de comunicação.

No caso do diálogo entre a Corte IDH e os Tribunais brasileiros, se trata do tipo de diálogo que Laurence Burgorgue-Larsen denomina de diálogo concertado, aquele que parte de um dispositivo que determina a necessidade da existência de um diálogo. Pode-se compreender que existe tanto um diálogo concertado integrado - aquele que surge a partir de um dispositivo constitucional - quanto um diálogo convencional - a partir de um dispositivo da própria convenção.

O dispositivo constitucional que levaria ao diálogo no caso brasileiro não é tão explícito como aqueles encontrados em outras constituições, como a Colombiana⁴¹. Entretanto a partir da interpretação do §2º, do artigo 5º da Constituição Federal⁴² que determina que os direitos dispostos no texto constitucional não excluem aqueles provenientes de tratados internacionais dos quais o país seja parte.

⁴¹Dispositivo da Constituição da Colômbia que determina a necessidade de se interpreta-la de acordo com os Tratados e Convenções de Direitos Humanos.

ARTICULO 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. (Texto vigente a consecuencia del artículo 1 del Acto Legislativo No. 2 de 2001.)

La admisión de un tratamiento diferente en materia sustancial por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él. (Texto vigente a consecuencia del artículo 1 del Acto Legislativo No. 2 de 2001.)

⁴²Art. 5º, § 2º - 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.

Veja, se o Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos e reconhece a Jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, é possível entender que o §2º, do art. 5º seria um dispositivo que induz ao diálogo.

Do outro lado encontra-se o artigo 2º da própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁴³ que trata da necessidade de adaptação do direito interno para garantir os direitos e liberdades dispostos na Convenção. Pois bem, se a própria Convenção determina que a Corte é o órgão responsável por interpretá-la, não há como aplicar os direitos e liberdades ali dispostos sem levar em conta as decisões daquele órgão.

Por mais que os dispositivos supracitados não sejam diretos em relação ao uso da jurisprudência da Corte IDH, não há como negar que se trata de um tipo de diálogo intermediado, incentivado por tais dispositivos. Diferentemente do diálogo que ocorre, por exemplo, entre cortes supremas de diferentes países que não fazem parte de sistemas jurídicos sobrepostos.

Entretanto nota-se que muitas vezes os Tribunais e Ministros brasileiros ignoram completamente tais dispositivos, quando adotam posturas de resistência à aplicação do direito internacional. Em outras, porém, atuam como se se tratasse de um diálogo desenfreado, em que não houvesse a obrigação constitucional ou convencional, de considerar o que a Corte IDH já decidiu sobre aquela determinada matéria, colocando a jurisprudência da Corte IDH no mesmo patamar da Jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos ou mesmo de Supremas Cortes de outros países.

É o caso da apelação Cível 003084460.2003.401.0000 do TRF1, que trata do caso conhecido como Guerrilha do Araguaia. A quantidade de precedentes da Corte Interamericana é um excelente indicativo da disposição deste tribunal para o diálogo, entretanto a igual importância dada a precedentes do Tribunal Europeu demonstra não haver uma diferenciação entre os tipos de diálogo. Como se pode perceber no caso em tela a postura dos magistrados aproximou-se do Engajamento descrito por Vicki Jackson, em relação ao direito internacional como um todo, tendo

⁴³ Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno

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

sido realizada inclusive a interpretação da Constituição Federal à luz dos tratados e da jurisprudência internacional.

Outro caso emblemático da postura de engajamento é o IDC 5, julgado pelo STJ, em que o ministro se vale da interpretação da Corte dada à Convenção para então analisar se havia afronta a tratado internacional de direitos humanos que justificasse o deslocamento de competência. Embora haja também referência ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, esta ocorre já no final de seu voto e de forma bem menos aprofundada em relação ao uso da jurisprudência da CIDH, o que reflete a obrigação de analisar a jurisprudência desta, enquanto, no que se refere aquele, trata-se de um diálogo desobrigado, livre, desenfreado.

Destacam-se ainda os acórdãos e decisões monocráticas (HC 182.437; HC 233.490; HC 196.150; HC 284.158; HC 288.603; HC 270.464 E HC 293.766 - no STJ) que tratam da temática do excesso de prazo. Em todos há a referência ao entendimento da Corte IDH sobre quais os requisitos a serem analisados para que seja considerada a violação do prazo razoável. Ainda que se possa notar uma postura de engajamento, uma vez que mesmo quando se entende pela não violação do direito ao prazo razoável, isto é feito com base nos referidos requisitos, pode-se notar menor aprofundamento deste engajamento. Afirma-se isto porque os critérios utilizados pela CIDH já se encontram sedimentados na jurisprudência do próprio STJ, de forma que os critérios são citados como estabelecidos pela Corte IDH, mas somente nos processos de relatoria de um dos ministros são feitas referências diretas a casos onde se utilizou tais critérios. Assim, usa-se a norma geral extraída do precedente, mas sem analisar o precedente que a originou e identificar a real compatibilidade dos fatos dos casos em tela com os dos que geraram o precedente. Mais uma vez presente a referência ao tribunal europeu de direitos humanos no mesmo patamar da Corte IDH.

Ainda nos Tribunais Regionais Federais, foi possível encontrar algumas decisões que demonstram uma postura de engajamento por parte dos magistrados, entretanto, percebe-se que são casos isolados, muitas vezes provocados por uma das partes ou proveniente da consciência individual de determinado magistrado.

É o caso do AI 001115381.2013.402.000, do TRF 2, em que o relator acolhe todos os argumentos apresentados na decisão de primeiro grau que se baseia não somente nos dispositivos constitucionais, mas também em artigos da CADH e jurisprudência e opiniões consultivas da CIDH para solucionar o aparente conflito

entre liberdade de expressão e direito a honra. A Apelação Cível 001591462.2005.402.5101, do mesmo tribunal, também utiliza casos da Corte IDH para interpretar o direito a liberdade de expressão. Em ambos os casos a análise dos casos foi decisiva para interpretar o direito à liberdade de expressão garantido em nossa Constituição. Da mesma forma na Apelação/ Reexame Necessário 000897864.2004.402.5001, do mesmo tribunal, em que para analisar a responsabilidade dos réus por divulgar gravações sigilosas levou em consideração o julgamento do caso *Escher vs. Brasil*, analisando as disposições acerca do dever estatal de manter sigilo nestes casos.

De forma menos aprofundada, mas ainda assim mais próxima de uma postura de engajamento, tem-se o uso de opinião consultiva da Corte, em relação à impossibilidade da obrigação do diploma de jornalista na Apelação Cível 500188020.2011.404.7012 no TRF4 e na Apelação Cível 500624620.2001.404.7201 do mesmo tribunal a referência a caso da Corte IDH sobre a necessidade de oitiva das comunidades tradicionais envolvidas para realização de Estudo de Impacto Ambiental. Nestes casos a referência à jurisprudência se faz de forma menos analítica e dialógica.

Nestes casos, nota-se uma abertura destes tribunais a argumentos sensíveis a questões sociais e políticas existentes não só no Brasil, mas em todo o contexto latino-americano. Estes magistrados, ao interpretar as normas brasileiras, não ignoram que estas mesmas normas podem vir a ser interpretadas pela Corte Interamericana, buscando uma interpretação coerente com ambos os sistemas, destacando-se em seu papel de maximizadores da coerência das ordens em que estão inseridos. A preocupação destes magistrados com o papel que desempenham dentro de cada ordem assemelha-se àquela recomendada pela interpretação meta-teleológica, exposta anteriormente e apontada como um caminho para compatibilizar os diversos sistemas de proteção nos quais o Brasil se encontra inserido.

Infelizmente, como se pode notar, ainda são raras as posturas de engajamento dos juízes brasileiros em relação ao diálogo com o sistema de proteção interamericano de direitos humanos, no que diz respeito a seu órgão jurisdicional. Percebe-se que, das decisões analisadas, muitas são de relatoria de um mesmo ministro, ou apenas reproduzem o texto da decisão de primeiro grau, demonstrando que são posturas individualizadas.

Pode-se então concluir que o diálogo, ou a comunicação, existente entre os tribunais brasileiros analisados e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ainda se encontra na fase inicial de seu desenvolvimento. Analise-se, portanto, a partir das quatro categorias expostas no segundo capítulo como se pode entender esse diálogo.

Em relação aos vetores percebe-se que o principal vetor deste diálogo ainda são os próprios juízes e ministros. Isto se nota com a concentração de casos em que há referência à Corte IDH sob a relatoria de um mesmo ministro ou desembargador. A reprodução de decisões de primeiro grau também pode indicar uma iniciativa daqueles juízes em utilizar a jurisprudência da Corte.

Não se pode olvidar da importância dos advogados e membros do ministério público como vetores deste diálogo. Entretanto, nota-se que, se o argumento baseado na jurisprudência da Corte for trazido pelo patrono a um magistrado sem abertura para o diálogo, este argumento é deixado de lado. É possível perceber que em alguns dos casos descartados, havia menção à Corte IDH somente nos relatórios, mas sem análise do argumento no mérito.

Esta seria ainda a segunda característica a ser analisada: a posição da jurisprudência da Corte IDH nas decisões. Poder-se-ia diferenciar aquelas que apresentam a jurisprudência somente no relatório, como uma questão de fato trazida pela parte, ou na fundamentação da decisão, onde o argumento é ao menos analisado. Mas também destaca-se a diferença quando o uso da Jurisprudência da Corte é parte da *ratio decidendi* do acórdão – como no caso da Guerrilha do Araguaia em que o uso da jurisprudência foi fundamental para interpretar o direito interno e convencional – ou quando ela constitui apenas *obiter dicta*, sendo dispensável pra decisão – como nos casos acerca do prazo razoável em que a fundamentação de fato encontra-se na própria jurisprudência do STJ, já não havendo sequer análise dos casos da Corte IDH que levaram aquele entendimento.

A terceira característica seria em torno dos casos que mais suscitam o uso da jurisprudência. É possível identificar alguns blocos. Inicialmente o bloco de questões processuais, onde se destaca o prazo razoável no processo penal. É possível encontrar no STJ (HC 182.437, 233.490, 196.150, 284.158, dentre outros) um acórdão e algumas decisões monocráticas de dois diferentes relatores em que houve a análise do prazo com base nos critérios estabelecidos pela Corte IDH. Note-se que, mesmo em casos onde a ordem foi denegada – por se entender que não

houve excesso de prazo, estes critérios foram utilizados para chegar a esta conclusão.

Outro tema em que a jurisprudência da Corte IDH encontrou destaque foi no conflito entre liberdade de expressão e direito à honra (AI 001115381.2013.402.0000 e AC 001591462.2005.402.5101– TRF2). Houve boa argumentação acerca da interpretação destes direitos tanto em nossa Constituição quanto no disposto em relação a eles na própria CADH.

E ainda os casos referentes à recepção da Lei de anistia, ainda que na maior parte deles tenha havido uma postura de resistência ativa ao diálogo, em que se nota que a análise da jurisprudência da Corte IDH, só ocorre em função de ter sido apresentada por uma das partes.

Por fim questiona-se qual o sentido deste diálogo? O uso da jurisprudência da Corte consiste apenas em expansão e troca da jurisprudência ou como forma de legitimar a decisão?

Embora se entenda que um diálogo concertado leve ao uso da jurisprudência como fonte de legitimação da decisão, percebe-se que este entendimento não é o que prevalece entre os juízes brasileiros. Em muitos casos, como já exposto, os precedentes da Corte IDH são utilizados com a mesma força argumentativa dos precedentes de outros Tribunais e Cortes Supremas, no sentido de apenas expandir a compreensão de determinado assunto, mas não como fonte legitimadora da decisão.

5 CONCLUSÃO

Ao longo desta pesquisa, diversas foram as conclusões alcançadas, entretanto, como muitas foram expostas no capítulo anterior, esta sessão se dedica a destacá-las de maneira mais resumida.

Para melhor compreensão do problema levantado, fez-se necessária uma breve análise do contexto histórico em que o Brasil se inseriu no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Como marco da redemocratização em nosso país a Constituição de 1988 trazia em seu texto original possibilidades de abertura do sistema nacional de proteção de direitos humanos a sistemas internacionais. Esta abertura resultou na ratificação de diversos tratados internacionais de direitos humanos, inclusive a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em 1992.

Com esta ratificação, o país passou a integrar o sistema regional de proteção dos direitos humanos e os tratados sobre essa temática passaram a ter mais importância em nosso ordenamento jurídico. Três eventos marcam o fortalecimento deste processo: a adesão do Brasil à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1998; a Emenda Constitucional nº45/04, que permite que tratados internacionais de direitos humanos sejam aprovados como emenda constitucional; e a decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 466.343 que consagrou a tese da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos aprovados sem quórum de emenda constitucional.

Com isto, o país está inserido em uma pluralidade de ordens jurídicas, onde se pode falar em uma proteção multinível de direitos humanos, vez que o Brasil protege estes direitos em sua ordem interna, ao mesmo tempo em que faz parte do sistema regional de proteção.

Assim, identifica-se que atualmente o país está em um contexto de pluralismo jurídico externo (MADURO, 2009, p. 357), caracterizado pelo aumento de comunicação e interdependência entre diversas ordens jurídicas que se sobrepõem, mas não se encontram hierarquizadas entre si. Assim, descartam-se as soluções hierarquizantes (RAMOS, 2013), que primam sempre pela prevalência de um sistema sobre o outro, em busca de soluções que visem integrar as ordens

concorrentes, sem a necessidade de destacar a supremacia de uma ordem sobre outra.

Esta pluralidade de ordenamentos modifica as relações de poderes dentro de cada ordenamento, bem como o próprio papel das cortes. Isto porque ao mesmo tempo em que funciona como mais uma forma de controle da atuação dos juízes – que devem decidir não somente de acordo com a constituição, mas também de acordo com as normas das outras ordens jurídicas nas quais se encontra inserido – também lhes permite decidir sobre mais questões sensíveis uma vez que aumenta a quantidade de normas que devem interpretar (URUEÑA, 2013).

A proposta de solução adotada para adequar o papel das cortes a este modelo plural é a chamada interpretação meta-teleológica (MADURO, 2009, p. 368). Utilizando este tipo de interpretação as cortes devem observar em sua tomada de decisão não somente o ordenamento jurídico interno, mas também os demais nos quais seu país esteja inserido, buscando uma decisão que torne estes ordenamentos as mais coerentes possível. Este tipo de argumentação leva ao aumento da integração entre diferentes cortes e jurisdições e à aplicação multijurisdicional das normas legais. É uma forma de interpretação que naturalmente leva ao diálogo entre as cortes das diferentes jurisdições.

Considerando este sistema plural e a adoção de uma interpretação meta-teleológica por parte das Cortes, o diálogo entre as cortes das diferentes jurisdições, mas que se encontram inseridas em uma mesma ordem jurídica, é o objetivo a ser perseguido.

Este diálogo pode ocorrer de diversas formas e para melhor compreendê-lo utilizaram-se as categorias de Diálogo Concertado e Diálogo Desenfreado apresentadas por Burgorgue-Larsen (2013, p.115). Entende-se que o diálogo das cortes brasileiras com a Corte Interamericana seria do tipo Concertado, quando parte de um dispositivo constitucional ou convencional que obriga as cortes a dialogarem entre si. Isto porque, tanto a Constituição Federal, quanto a Convenção Americana possuem dispositivos que preveem, ainda que indiretamente, esta necessidade.

Entretanto, ainda que muitas vezes não ocorra um diálogo, em que há manifestação e envolvimento das cortes de diversas ordens envolvidas, pode-se falar em comunicação entre cortes e em posturas dos juízes em relação ao direito internacional.

Estas posturas podem ser classificadas em resistência, quando os juízes evitam aplicar direito internacional no âmbito interno; convergência, quando a aplicação do direito internacional torna-se quase automática e se entende quase como uma submissão do ordenamento interno ao internacional; e engajamento, quando os juízes estão abertos à aplicação do direito internacional, mas sem descartar o direito interno, aplicando aquela que oferecer melhor proteção (JACKSON, 2010).

Para entender como vem ocorrendo a interação entre os tribunais brasileiros e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, foram analisadas as decisões do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais que utilizassem jurisprudência da Corte interamericana de direitos humanos como fundamento de suas decisões com o fim de compreender se estes Tribunais estão aplicando a interpretação meta-teleológica e se estão buscando alguma forma de comunicação com a Corte interamericana preocupando-se com seu papel dentro do sistema interamericano e do sistema brasileiro de proteção de direitos humanos.

Apesar de algumas decisões emblemáticas, onde se pode perceber que este tipo de interpretação do direito, bem como a adoção de uma postura de engajamento por parte dos juízes poderia trazer grandes benefícios ao desenvolvimento dos direitos humanos no Brasil, percebe-se que esta ainda não é uma posição majoritária.

Isto se nota pelo baixo número de decisões encontradas que sequer mencionam a jurisprudência da Corte Interamericana, bem como pela postura de resistência de muitos magistrados que, ao analisarem esta jurisprudência – muitas vezes trazida nos argumentos das partes, afirmam que não cabe aplicá-la em função da superioridade hierárquica das decisões dos tribunais nacionais em relação àquelas.

Por tudo isto, se pode concluir, que nosso ordenamento jurídico ainda se encontra em um patamar inicial de desenvolvimento da comunicação judicial, essencial para a harmonização entre o ordenamento jurídico brasileiro e o ordenamento regional no qual o país se encontra inserido.

REFERÊNCIAS

- ARNAIZ, Alejandro Saiz. “La interpretación de conformidad: significado y dimensión práctica (Un análisis desde la Constitución Española). In: _____. *Protección multinivel de derechos humanos. Manual*. Red de Derechos Humanos y Educación Superior. 2013.
- BATEUP, Christine. *The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*. *Brooklyn Law Review*, v. 71, n. 3 , p. 1.109 -1.180, 2006.
- BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- BUERGENTHAL, Thomas. *International human rights*. Minnesota: West Publishing, 1998.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence. *El diálogo judicial. Máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos*. México: Porrúa, 2013.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence; CESPEDES, Nicolás Montoya. “El diálogo judicial entre la corte interamericana de derechos humanos y la corte europea de derechos humanos”. In: _____. *Protección multinivel de derechos humanos. Manual*. [S. l.]: Red de Derechos Humanos y Educación Superior. 2013.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence; TORRES, Amaya Úbeda. *The Inter-American Court of Human Rights: case law and commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. *RePro*, São Paulo, n. 221, p. jun. 2013.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: M. Fontes, 1999.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Protección jurídica de los derechos humanos*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991.
- HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 1997.
- JACKSON, Vicki C. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- JIMÉNEZ. Argélia Queralt. *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

KELLER, H. SWEET, A.S. *A Europe of rights: the impact of the ECHR on National Legal Systems*. Nova York: Oxford University Press, 2008.

KILLANDER, Magnus. *Interpretação dos tratados regionais de direitos humanos*. *Sur*, v.7, n.13, p.149-175, dez. 2010.

MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. Further General reflections and conclusions. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Ed.) *Interpreting precedents. A comparative study*. Aldershot: Ashgate, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Aproximação Crítica entre as jurisdições de Civil Law e de Common Law e a necessidade de Respeito aos Precedentes no Brasil. *RePro*, São Paulo, n.172, p. jun. 2009.

MAUÉS, Antônio Moreira. Perspectivas do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos no Brasil. In: NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *O direito e o futuro: o futuro do direito*. Coimbra: Almedina, 2008.

MAUÉS, Antônio. O controle de Constitucionalidade das leis no Brasil como um sistema plural. *Pensar*, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 356-384, jul./dez. 2010.

MADURO, Miguel. Courts and pluralism: essay on a theory of judicial adjudication in the context of legal and constitutional pluralism. In: DUNOFF, Jeffrey; TRACHTMAR, Joel (Ed). *Rulling the world?: constitutionalism, international law, and global governance*. New York: Cambridge University Press, 2009.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional- RBDC*, n.19, p.67 – 93, jan./jun. 2012.

_____. Hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF. In: JUNIOR, Alberto do Amaral; JUBILUT, Líliliana Lyra (Org.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na Ordem Internacional*. Ed. Saraiva. São Paulo, SP. 2013.

_____. O diálogo das cortes: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Lílíana Lyra (Org.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: QuartierLatin do Brasil, 2009.

SCHAUER, Frederick. *Las reglas em juego*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

SILVA, Vírgilio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Org.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SLAUGHTER, Anne Marie. A global community of courts". *Harvard international Law Journal*, v. 44, n.1. 2003. Disponível em: < www.law.harvard.edu/studorgs/ilj>. Acesso em: 21 fev. 2015.

_____. A typology of tranjudicial communication". In: _____. *29 University of Richmond Law Review* 99. 1994. p. 99 – 137.

SUMMERS, Robert S. ENG, Svein. Departures from precedent. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Ed.) *Interpreting precedents. A comparative study*. Aldershot: Ashgate, 1997.

TARUFFO, Michele. Institutional factors influencing precedents. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Ed.). *Interpreting precedents. A Comparative Study*. Aldershot: Ashgate, 1997.

TEREZO, Cristina. *Sistema interamericano de direitos humanos: pela defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais*. Curitiba: Appris, 2014.

TORRES PÉREZ, Aida. *Conflicts of rights in the European Union. A theory of supranational adjudication*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

TUCCI, José Rogério. *Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial*. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

URUEÑA, René. “?ProtecciónMultinivel de Los Derechos Humanos em America Latina? Oportunidades, Desafíos y Riesgos” *InProtecciónMultinivel de Derechos Humanos. Manual*. Red de Derechos Humanos y Educación Superior. 2013.

WAMBIER, Teresa. Precedentes e evolução do direito. In: _____. *Direito jurisprudencial*, WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

APÊNDICE

Este documento tem o objetivo de expor de forma sistemática os acórdãos e decisões monocráticas encontrados nas pesquisas realizadas em cada Tribunal, classificando-os em incluídos e excluídos da análise, com breve explicação do motivo do descarte.

1. Superior Tribunal de Justiça

Tabela 1 – Acórdãos/Decisões monocráticas incluídos na análise do Capítulo 4

Número dos Processos
Incidente de Deslocamento de Competência nº 5
Habeas Corpus nº 182.437
Habeas Corpus 233.490
Habeas Corpus 196.150
Habeas Corpus 284.158
Habeas Corpus 288.603
Habeas Corpus 270.464
Habeas Corpus 293766
Recurso em Habeas Corpus 046821
Agravo de Instrumento em Recurso Especial 1.367.290
Agravo de Instrumento em Recurso Especial 1.368.640
Agravo de Instrumento em Recurso Especial 1.369.816
Agravo de Instrumento em Recurso Especial 1.371.369
Agravo de Instrumento em Recurso Especial 1.372.780
Agravo de Instrumento em Recurso Especial 1373048
Agravo de Instrumento em Recurso Especial 1.373.390
Agravo de Instrumento em Recurso Especial 1374677
Agravo de Instrumento em Recurso Especial 1368579
Agravo de Instrumento em Recurso Especial 26.797

Tabela 2 – Acórdãos/Decisões monocráticas excluídos da análise do Capítulo 4

Número dos Processos	Motivo da exclusão
-----------------------------	---------------------------

Incidente de Deslocamento de competência nº 1	Erro de indexação. Não há qualquer menção a Corte IDH.
Agravo no Recurso Especial nº116.933	Trata de tentativa de reduzir o quantum indenizatório decorrente de condenação da Corte IDH no caso Damião Ximenes Lopes.
Mandado de Segurança nº 11.770/DF	Como o mesmo caso foi alvo de Recurso Extraordinário no STF, o ministro Relator apenas reproduz a decisão do RE que já havia sido julgado.
Embargos de Declaração no incidente de deslocamento de competência nº 5	Acórdão foi objeto de análise, eis que foi onde de fato se discutiu aplicação da jurisprudência da Corte IDH.
Despacho no Incidente de Deslocamento de Competência nº 5	Acórdão foi objeto de análise, eis que foi onde de fato se discutiu aplicação da jurisprudência da Corte IDH.
Habeas Corpus 163.711	Requer remessa de documentos À Corte IDH.
Habeas Corpus 189.322	Solicita informações sobre processo que o Brasil responda perante a Corte IDH relacionado ao caso.
Habeas Corpus 194.793	O caso já havia sido objeto de outro Habeas Corpus.
Habeas Corpus 228.842	A referência à Corte consta somente no relatório, informando que a defensoria “colacionou jurisprudência da Corte”.
Habeas Corpus 238.003	A referência à Corte é somente no trecho da ementa copiada da decisão que é objeto deste Habeas Corpus.
Habeas Corpus 243.078	A referência à Corte consta somente no relatório.

Habeas Corpus 288.223	A referência à Corte consta somente no relatório.
Petição nº 4.697	Impossibilidade jurídica do pedido. Não houve análise de jurisprudência da CIDH.
Petição nº 1.124	Impossibilidade jurídica do pedido. Não houve análise de jurisprudência da CIDH.
Recurso em Habeas Corpus 31.338	Perda do objeto.
Recurso Especial 817.058	Apenas despacho determinando retirada de pauta do recurso em razão de compromisso da ministra como perita perante a Corte IDH.
Recurso Especial 1.357.836	Somente dá provimento a agravo de Instrumento sobre decisão que nega seguimento a Recurso Especial. Não há discussão sobre jurisprudência da Corte IDH.
Incidente de Deslocamento de Competência nº 2	Decisão sobre participação de <i>Amicus Curiae</i> em Processo de IDC.

2. Tribunal regional Federal – Primeira Região

Tabela 3 – Acórdãos incluídos na análise do capítulo 4

Número dos Processos
Apelação Cível 003084460.2003.401.0000/DF
Habeas Corpus 0068063-92.2012.401.0000/PA

3. Tribunal regional Federal – Segunda Região

Tabela 4 – Acórdãos incluídos na análise do Capítulo 4

Número dos Processos
Agravo de instrumento nº 0011153-81.2013.402.0000

Recurso em Sentido Estrito nº 0801434-65.2013.402.5101

Apelação Cível nº 0015914-62.2005.402.5101

Apelação/ Reexame Necessário nº 0008978-64.2004.402.5001

Tabela 5 - Acórdãos excluídos da análise do Capítulo 4.

Número dos Processos	Motivo da exclusão
Habeas Corpus 00568420.2014.402.0000	A Corte Interamericana só foi citada no parecer do Ministério Público.
Embargos de Declaração no Habeas Corpus 00568420.2014.402.0000	A Corte Interamericana só foi citada no parecer do Ministério Público.
Habeas Corpus 0004428-42.2014.402.0000	Referência vaga à jurisprudência da Corte e não relacionado ao mérito do processo.

4. Tribunal regional Federal – Terceira região

Tabela 6 - Acórdãos incluídos na análise do capítulo 4.

Número do Processo
Recurso em Sentido Estrito nº 000420432.2012.403.6181

Tabela 7 – Acórdãos excluídos da análise do capítulo 4.

Número dos Processos	Motivo da exclusão
Agravo de Instrumento nº 002547028.2011.4.03.0000	Embora trate de crime de tortura não há menção há jurisprudência da Corte interamericana de Direitos Humanos, mas somente afirma-se que o Brasil só se submeteu a sua jurisdição em 2002.
Reexame Necessário em Habeas Corpus nº 9603090071-0/SP	Erro de indexação. Não há qualquer menção a Corte IDH,

mas tão somente a Convenção Interamericana.

5. Tribunal regional Federal – Quarta Região

Tabela 8 - Acórdãos incluídos na análise do Capítulo 4

Número dos Processos
Apelação Cível 5001880-20.2011.404.7012
Apelação Cível 50066246-20.2011.404.7201

Tabela 9 – Acórdãos excluídos da análise do capítulo 4.

Número dos Processos	Motivo da exclusão
Apelação Criminal 5023293-91.2012.404.7000	A Corte IDH foi citada somente em citação de livro. Não houve análise de jurisprudência na decisão.
Agravo de Instrumento nº 5002802-43.2014.404.0000	A Corte IDH foi citada somente em citação de livro. Não houve análise de jurisprudência na decisão.
Apelação Cível nº 0014430-42.2009.404.7000	A Corte IDH foi citada somente no relato dos argumentos da União. Não houve análise de jurisprudência na decisão.
Embargos de Declaração em Apelação / Reexame Necessário nº 5014066-05.2011.404.7100	Versa sobre questão de concurso que tem em uma de suas assertivas referência à Corte IDH.
Habeas Corpus nº 5028730-93.2014.404.0000	Somente cita obra de autoria de juiz da Corte IDH, fazendo referência a seu cargo.
Habeas Corpus nº 5029050-46.2014.404.0000	Somente cita obra de autoria de juiz da Corte IDH, fazendo referência a seu cargo.
Habeas Corpus nº 5028737-	Somente cita obra de autoria de

85.2014.404.0000	juiz da Corte IDH, fazendo referênci a seu cargo.
Habeas Corpus nº 5028881-59.2014.404.0000	Somente cita obra de autoria de juiz da Corte IDH, fazendo referênci a seu cargo.
Habeas Corpus nº 5029016-71.2014.404.0000	Somente cita obra de autoria de juiz da Corte IDH, fazendo referênci a seu cargo.
Habeas Corpus nº 5029060-90.2014.404.0000	Somente cita obra de autoria de juiz da Corte IDH, fazendo referênci a seu cargo.
Habeas Corpus nº 5030697-76.2014.404.0000	Somente cita obra de autoria de juiz da Corte IDH, fazendo referênci a seu cargo.
Habeas Corpus nº 5030742-80.2014.404.0000	Somente cita obra de autoria de juiz da Corte IDH, fazendo referênci a seu cargo.

6. Tribunal regional Federal – Quinta Região

Tabela 10 – Acórdãos excluídos da análise do capítulo 4.

Número do Processo	Motivo da exclusão
Habeas Corpus nº 2007.0500.067086-5	Apenas se mencionam que os pacientes teriam recorrido à Corte IDH para denunciar a situação em que se encontram.