



UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE - UFF
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CONSTITUCIONAL
MESTRADO



DAVID PEREIRA DE ARAÚJO

O BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE NO NOVO CONSTITUCIONALISMO
SUL-AMERICANO: UMA CHAVE PARA ENTRAR NA SALA DE MÁQUINAS?

Niterói
Março/2020

DAVID PEREIRA DE ARAÚJO

O BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE NO NOVO CONSTITUCIONALISMO
SUL-AMERICANO: UMA CHAVE PARA ENTRAR NA SALA DE MÁQUINAS?

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense.

Área de Concentração: Direito Constitucional.

Linha de Pesquisa: Teoria e História do Direito Constitucional e Direito Constitucional Internacional e Comparado.

Orientador: Prof. Doutor Eduardo Manuel Val

Niterói
Março/2020

Ficha catalográfica automática - SDC/BFD
Gerada com informações fornecidas pelo autor

A658b Araújo, David Pereira de
O Bloco de Constitucionalidade no Novo Constitucionalismo
Sul-Americano : uma chave para entrar na sala de máquinas? /
David Pereira de Araújo ; Eduardo Manuel Val, orientador ;
Siddharta Legale, coorientador. Niterói, 2020.
174 f. : il.

Dissertação (mestrado)-Universidade Federal Fluminense,
Niterói, 2020.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22409/PPGDC.2020.m.08576358670>

1. Direito Constitucional. 2. Direitos Humanos. 3. Sistema
Interamericano. 4. Democracia. 5. Produção intelectual. I.
Val, Eduardo Manuel, orientador. II. Legale, Siddharta,
coorientador. III. Universidade Federal Fluminense. Faculdade
de Direito. IV. Título.

CDD -

GLOSSÁRIO

ADI – Ação Direta de inconstitucionalidade

ADPF- Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Corte IDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CCC – Corte Constitucional da Colômbia

HC – Habeas Corpus

Min - Ministro

MP – Medida Provisional

OC - Opinião Consultiva

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

S – Sentença

SC- Supervisão de Cumprimento de Sentença

TCP – Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia

TSJ – Tribunal Supremo de Justiça da Venezuela

DAVID PEREIRA DE ARAÚJO

O BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE NO NOVO CONSTITUCIONALISMO
SUL-AMERICANO: UMA CHAVE PARA ENTRAR NA SALA DE MÁQUINAS?

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense.

Aprovada em:

Prof. Doutor Eduardo Manuel Val - Orientador
Universidade Federal Fluminense (PPGDC/UFF)

Prof. Doutor Siddharta Ferreira Legale – Co-orientador
Universidade Federal do Rio de Janeiro – Faculdade Nacional de Direito (UFRJ/FND)

Prof. Doutor Guilherme Peña de Moraes
Universidade Federal Fluminense – (PPGDC/UFF)

Prof. Doutor Raphael de Carvalho de Vasconcelos
Universidade do Estado do Rio de Janeiro (PPGD - UERJ)

“Vivemos com o que recebemos, mas marcamos a vida com o que damos”.

(CHURCILL, Winston)

AGRADECIMENTOS

Mais um ciclo se encerra e outro se inicia. O Mestrado talvez tenha sido uma das mais felizes surpresas da minha vida. Foi um momento de grande mudança e aprendizado, que com certeza será lembrado com muito carinho. Não foi nada fácil. Entrar no mercado de trabalho, vir morar no Rio de Janeiro, tudo isso representou um grande desafio. Porém, como diz o ditado: “a felicidade está no caminho e não no final”, durante essa fase também tive a oportunidade de conhecer pessoas maravilhosas e viver momentos inesquecíveis.

Isso tudo só foi possível graças a ajuda de muitas pessoas que contribuíram de alguma forma para a realização desse sonho. Desde a ajuda financeira até uma palavra de carinho, cada um teve sua importância fundamental. Gostaria de lembrar e agradecer especificamente a algumas pessoas nesse momento. Primeiramente a Deus, pelo dom da vida e pela fé que jamais me deixou desistir, mesmo nos momentos mais difíceis.

Agradeço, do fundo do meu coração, a minha família que sempre esteve presente, em especial a minha Mãe. Obrigado por toda dedicação e ajuda, sem a qual essa conquista não seria possível. Por ser uma mulher guerreira e trabalhadora, meu maior exemplo e motivo de orgulho. Agradeço também ao meu padrasto Márcio, que também terá a minha eterna gratidão por tudo o que fez por mim, desde criança até a vida adulta. Obrigado por todo o carinho paterno e dedicação.

Obrigado aos meus Tios, em especial a Tia Vera, Tia Andreia, Tio Daniel, Tia Anália, por cuidarem de mim como verdadeiros pais e mães. Vocês também foram igualmente importantes. Ao meu Pai e meus Avós, que estão ao lado de Deus, dedico a vocês também essa vitória.

Agradeço ao professor Eduardo Manuel Val por toda a dedicação durante o processo de orientação e pelo apoio que recebi aqui no Rio. Com você, tive a oportunidade de aprender a ser não só um grande professor, mas também um ser humano melhor, sempre disposto a ajudar àqueles que precisam. Não menos importante, agradeço também ao professor Siddharta Legale. Sem dúvida, é o principal responsável por eu ter optado pelo mestrado e pela vida acadêmica. Foi quem despertou em mim a paixão pela docência e me deu um caminho para seguir. Vocês são pessoas as quais eu admiro e me espelho. Serei eternamente grato por tudo!

Agradeço também aos meus colegas de trabalho, em especial ao José Menezes, pela oportunidade do meu primeiro emprego, por todo o aprendizado e apoio. Obrigado também ao Pedro Eugênio Bargiona, a Mônica e a Estela pela companhia agradável de todos os dias, pela paciência e pela amizade. A conclusão desse trabalho também só foi possível graças a ajuda de todos vocês!

Por fim, e não menos importante, aos meus amigos que sempre estiveram comigo, ainda que distantes fisicamente. Vocês foram fundamentais e extremamente importantes em todos os percursos da minha vida. Nesse momento, em especial, gostaria de agradecer aos meus colegas de sala do Mestrado pela amizade e parceria. Foi um prazer um imenso conhece-los e poder enfrentar esse desafio ao lado de vocês. Levarei cada um no coração para resto da vida!

RESUMO

ARAÚJO, David Pereira de Araújo. *O controle de convencionalidade no novo constitucionalismo latino americano: uma chave para entrar na sala de máquinas?* Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Programa de Pós-graduação stricto sensu em Direito Constitucional. Universidade Federal Fluminense, Niterói, Rio de Janeiro, 2019.

A presente dissertação realiza uma revisão bibliográfica e jurisprudencial crítica de questões referentes a formação da ideia de Bloco de Constitucionalidade no Novo Constitucionalismo Sul-Americano, mais especificamente em países como Brasil, Colômbia e Venezuela. Nesse contexto, analisa de que forma a expansão da jurisdição interamericana tem contribuído para consolidação de direitos humanos, principalmente através da atuação da Comissão e da Corte Interamericana. Posteriormente, analisa a capacidade de diálogo entre as instâncias nacionais e internacionais através das chamadas “cláusulas de abertura” no corpo das novas constituições do Brasil e Colômbia. Em seguida, demonstra a importância que o poder judiciário exerce ao dar aplicação hermenêutica a favor, ou contrária, a ampliação dos canais de diálogo para além das fronteiras do Estado, atuando como uma espécie de mediador entre os demais poderes. Isso terá uma implicação direta na consolidação de valores fundamentais inerentes principalmente a minorias étnicas e sociais violentadas ao longo da história. Por fim, será demonstrado de que forma a ampliação dos canais de diálogo entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional pode contribuir de maneira para a solução de controvérsias que envolvam graves violações de Direitos Humanos. O estudo parte da metáfora da “sala de máquinas” cunhada pelo professor Roberto Gargarella para representar a insuficiência da previsão normativa constitucional e da necessidade da intervenção de outros órgãos e poderes. O fim último, é atingir a ideia de acesso à justiça, cunhada pelo professor Antônio Augusto Trindade que não se basta em ter voz ativa internacional, mas em ter sua esfera de direitos inerentes a pessoa de fato amparada e protegida pelos órgãos competentes.

RESUMEN

ARAÚJO, David Pereira de Araújo. *Control de convencionalidad en el nuevo constitucionalismo latinoamericano: ¿una clave para ingresar a la sala de máquinas?* 2019. Disertación (Máster en Derecho Constitucional). Programa de Postgrado Stricto sensu en Derecho Constitucional. Universidad Federal Fluminense, Niterói, Río de Janeiro, 2019.

Esta disertación lleva a cabo una revisión bibliográfica y jurisprudencial crítica de temas relacionados con la formación de la idea del bloque de constitucionalidad en el nuevo constitucionalismo sudamericano, más específicamente en países como Brasil, Colombia y Venezuela. En este contexto, analiza cómo la expansión de la jurisdicción interamericana ha contribuido a la consolidación de los derechos humanos, principalmente a través del trabajo de la Comisión y la Corte Interamericana. Posteriormente, analiza la capacidad de diálogo entre los organismos nacionales e internacionales a través de las llamadas "cláusulas de apertura" en el cuerpo de las nuevas constituciones de Brasil y Colombia. Luego, demuestra la importancia que ejerce el poder judicial al aplicar la hermenéutica a favor o en contra de la expansión de los canales de diálogo más allá de las fronteras del Estado, actuando como una especie de mediador entre los otros poderes. Esto tendrá una implicación directa en la consolidación de los valores fundamentales inherentes principalmente a las minorías étnicas y sociales violadas a lo largo de la historia. Finalmente, se demostrará cómo la expansión de los canales de diálogo entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional puede contribuir de alguna manera a la solución de controversias que involucran violaciones graves de los Derechos Humanos. El estudio parte de la metáfora de la "sala de máquinas" acuñada por el profesor Roberto Gargarella para representar la insuficiencia de la disposición normativa constitucional y la necesidad de la intervención de otros cuerpos y poderes. El objetivo final es lograr la idea de acceso a la justicia, acuñada por el profesor Antônio Augusto Trindade, quien no es suficiente para tener una voz internacional activa, sino para tener su esfera de derechos inherentes a la persona realmente apoyada y protegida por los organismos competentes.

Sumário

RESUMO	8
INTRODUÇÃO.....	12
CAPÍTULO 1: EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO INTERAMERICANA E RETRAÇÃO POLÍTICA: a consolidação da proteção dos direitos humanos no continente americano.	14
1.1 - Aspectos Gerais	14
1.2 - A Comissão Interamericana de Direitos Humanos como Ministério Público Internacional: uma comparação	16
1.3 - A Corte Interamericana de Direitos Humanos Como Interlocutor Internacional .	35
1.4 - O Controle de Convencionalidade e Diálogos Transnacionais.	41
1.5 – De que forma a expansão da jurisdição internacional ou a retração política estratégica podem contribuir para melhorar os diálogos institucionais?	47
CAPÍTULO 2: O NOVO CONSTITUCIONALISMO SUL AMERICANO: UMA ABERTURA A JURISDIÇÃO INTERNACIONAL?	49
2.1 – Aspecto Gerais.....	49
2.2 – O histórico brasileiro: da ditadura ao Estado democrático	55
2.3 – Do constitucionalismo perverso ao novo	67
2.4 – A maior abertura semântica constitucional é capaz ampliar os canais de comunicação entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional, por si só?	77
CAPÍTULO 3: O BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE SUL AMERICANO	79
3.1 – Aspecto Gerais.....	79
3.2 – O Bloco de Constitucionalidade Provinciano: Venezuela.....	82
3.3 – O Bloco de Constitucionalidade Nacionalista: Brasil.....	87
3.4 – O Bloco de Constitucionalidade Cosmopolita.....	95
3.5 – A forma como as Cortes Constitucionais interpretam e aplicam o Direito Internacional, após o processo de integração com o Direito Constitucional, contribui de maneira satisfatória para sanar o problema do litígio estrutural?.....	106
CAPÍTULO 4: A SALA DE MÁQUINAS E OS ENTRAVES INSTITUCIONAIS NA CONSOLIDAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS: UMA CHAVE MESTRA PARA O FUNCIONAMENTO DAS ENGRENAGENS?.....	108
4.1 – Aspectos Gerais	108
4.2 – ADPF 347 e as “masmorras medievais” brasileiras.....	114
4.3 – A T-157 na Colômbia e o Deslocamento Forçado de Pessoas.....	117
4.4 – O Estado de Coisas Inconvencional e o convés da embarcação: entre o avanço Colombiano e retrocesso do Brasil	120

4.4.1 - O Brasil e os casos de presídios na jurisprudência da corte IDH.....	127
4.4.2 - A Colômbia e o deslocamento forçado de pessoas na jurisprudência da Corte IDH	135
4.5 – O Direito Internacional possui o condão de entrar e destravar a Sala de Máquinas?.....	160
CONCLUSÃO FINAL	163
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	165

INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe a fazer uma análise interdisciplinar sobre a relação entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional nos países Latino-Americanos, mais especificamente, no âmbito da Organização dos Estados Americanos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Partiremos do fenômeno que ficou conhecido como novo constitucionalismo na América do Sul, e suas mudanças ocasionadas pela consolidação de valores fundamentais, como a retomada dos regimes democráticos na região, que vieram a criar possíveis novas pontes de comunicação entre a jurisdição interna dos Estados e os sistemas de proteção de internacionais dos Direitos Humanos.

As novas constituições recém-criadas apresentavam uma propensão a dar abertura semântica normativa para inserção dos Direitos Humanos, dando origem a formação de um “bloco de constitucionalidade”. Passados alguns anos, é possível perceber diferentes padrões de aplicação adotados pelos Estados da nossa região, as vezes até antagônicos, mesmo com padrões dispositivos constitucionais de integração internacional semelhantes. Um dos motivos que se mostram prováveis foi a interpretação conferida a esses dispositivos por suas respectivas cortes constitucionais.

Isso deu ensejo a uma oscilação entre o caráter político (menos interveniente) e jurisdicional (mais interveniente) das relações internacionais entre os Estados e os órgãos de proteção internacionais de direitos humanos. Buscaremos compreender de que forma esse caráter mais, ou menos, interveniente tem sido eficaz na proteção da pessoa e, mais do que isso, capaz de manter a integridade dos diálogos institucionais e evitar rupturas.

Dado isso, a pergunta que move a presente pesquisa é: de que forma as conquistas de direitos fundamentais, trazidas no bojo das Constituições do Novo Constitucionalismo Sul-Americano, contribuíram, ou podem vir a contribuir, para a ampliação do diálogo entre Direito Interno dos Estados Membros e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH)? Para tal investigação, foram escolhidos alguns países como Colômbia, Brasil e Venezuela, que além de terem ratificado a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) e aderido à competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), apresentam um contexto social semelhante de violação

reiterada de direitos humanos de grupos vulneráveis. Isto apesar de que temos plena consciência de que existem graus e diferenças materiais consideráveis dessas violações a depender do momento histórico. Além disso, os países demonstram, a princípio, possuir modelos singulares sobre a forma de como os Direitos Humanos consagrados na Convenção e as Decisões da Corte IDH devem ser recepcionados, o que será verificado através de uma análise doutrinária, normativa e jurisprudencial.

Por fim, o marco teórico se dará a partir da metáfora da “sala de máquinas” cunhada pelo jurista argentino Roberto Gargarella e a ideia de acesso à justiça do jurista Antônio Augusto Cançado Trindade. Partindo dessas premissas, serão analisados os bloqueios institucionais e normativos que impedem a efetivação de direitos humanos e de que forma a Corte IDH vem contribuindo, ou poderia contribuir, para a superação desses entraves dentro das bases legais e constitucionais existentes.

CAPÍTULO 1: EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO INTERAMERICANA E RETRAÇÃO POLÍTICA: a consolidação da proteção dos direitos humanos no continente americano.

1.1 - Aspectos Gerais

O presente estudo se dedicará a análise do sistema regional americano, tendo em vista as suas implicações mais diretas e imediatas ao contexto latino americano. Serão feitas considerações pontuais a respeito do sistema global e demais sistemas regionais, contudo, não há o intuito de aprofundar no tema.

Com o fim da segunda guerra mundial, a proteção dos direitos humanos ganha especial relevância, em face dos horrores ocorridos nesse período. Surgem assim, de maneira quase concomitante, os sistemas globais e regionais. O sistema global surge com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que será a base de formação das Nações Unidas. Em nível regional, surgirão também os sistemas africano, europeu e americano, este último, inaugurado pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948).

Pode-se dizer que o sistema regional possui mais vantagens no que toca a proteção dos direitos humanos em relação ao sistema global, por algumas razões: (i) seu menor número de Estados pressupõe uma melhor capacidade de diálogo e maior chance de se alcançar um consenso; (ii) as regiões são relativamente homogêneas, o que permite uma atuação mais padronizadas dos tribunais; (iii) possuem peculiaridades e valores históricos semelhantes, o que corrobora para a formação de uma gama protetora de direitos humanos de melhor assimilação e incorporação pelos Estados¹.

Apesar do fato de que diferentes estruturas de direitos humanos são oponíveis aos mesmos Estados, não deve haver necessariamente incompatibilidade entre elas. Ambos são complementares e devem ser aplicados de maneira construtiva sempre que possível.

¹ HEYNS, Christof; PADILLA, David; ZWAAK, Leo. *A schematic comparison of regional human rights systems: an update*. *Sur, Rev. int. direitos human.*, São Paulo, v. 3, n. 4, p. 160-169, June 2006. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452006000100010&lng=en&nrm=iso>. access on 14 Dec. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S1806-64452006000100010>.

Não haveria que se falar dicotomia entre ambos os sistemas, tendo em vista que existe critérios próprios de superação de antinomias.

A prevalência do diálogo entre ambos os sistemas, global e regional, de direitos humanos deve ser utilizado de forma a fortalecer a proteção dos direitos humanos. Por isso, convencionou-se em aplicar sempre a norma que mais proteger o indivíduo. Esse critério teria o objetivo de evitar possíveis conflitos ente os mais diferentes tratados. Além disso, criaria uma hierarquia que deveria ser oponível não só os tratados, mas também em relação outros tratados e as normas internas dos Estados.

Como já destacado acima, a proteção dos Direitos Humanos perpassa por questões sensíveis não só sobre a universalidade dos direitos protegidos, pressupostos da própria existência humana, mas também por aspectos históricos contingenciais. Nesse sentido, se faz necessário um conhecimento dos aspectos regionais² inerentes a cada sistema regional de proteção. O objetivo é criar mecanismos eficazes que possuam o condão não só de elencar um rol irreal³ de Direitos Humanos Fundamentais, mas em ampliar os canais de comunicação entre o Direito Internacional e Direito Constitucional, que possui não só a faculdade, mas o dever de ouvir a comunidade internacional, de uma forma geral⁴.

Dentro do contexto da América Latina, se insere o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, tendo como base a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969. Este documento instituiu a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que funciona como uma espécie de Ministério Público Internacional, e a Corte IDH, órgão judicante que possui a prerrogativa de responsabilizar internacionalmente os Estados que

² PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

³ Sobre a doutrina brasileira da efetividade, enfatizando a necessidade de pensar a eficácia social e não apenas jurídica das normas, cf. BARROSO, Luís Roberto. *A efetividade das normas constitucionais: por que não uma Constituição para valer?* In: O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Editora Forum, 2012. e Do mesmo autor, *A doutrina brasileira da efetividade*. In: Temas de direito constitucional, t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

⁴ MORAES, Guilherme Peña. *Constitucionalismo multinacional: uso persuasivo da jurisprudência estrangeira pelos tribunais constitucionais/* Guilherme Peña de Moraes, com um ensaio de Toni Jaeger-Fine. - - São Paulo: Atlas, 2015. P. 39

violarem a Convenção e que adeririam ao protocolo facultativo de submissão a sua jurisdição contenciosa⁵.

Uma das funções do Sistema interamericano de Direitos Humanos é estabelecer standards⁶ mínimos de aplicação dos direitos humanos na América-Latina, dentro de um contexto histórico tipicamente marcado por governos autoritários e pela desigualdade social. Sendo assim, os países os quais estão submetidos a Convenção Americana sobre Direitos dos Tratados (CADH) possuem o dever de fazer cumprir suas diretivas. Caso assim não ocorra, o Estado poderá ser submetido a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

1.2 - A Comissão Interamericana de Direitos Humanos como Ministério Público Internacional: uma comparação

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH; Comissão) constitui um dos principais órgãos atuantes na defesa dos Direitos Humanos no continente americano. Pertencente a estrutura da Organização dos Estados Americanos (OEA), a CIDH travou uma luta histórica em direção a ampliação de suas competências, com o objetivo último de tornar cada vez mais eficaz a proteção da vítima, num contexto sócio-político marcado pela desigualdade, violência e repressão.

Pode-se dizer que a atuação da Comissão oscila entre um caráter “quase-jurídico” e um caráter político⁷. O caráter “quase-jurídico” compreende as medidas mais interventivas da CIDH, como os relatórios anuais, as medidas provisionais e as visitas *in*

⁵ ALCALÁ, Humberto Nogueira. *El Control de Convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos*. ReDCE núm. 19. Enero-Junio de 2013. Disponível em: http://www.ugr.es/~redce/REDCE19/articulos/08_NOGUEIRA.htm. Acesso: 09/08/2018.

⁶ Para uma noção geral sobre a criação de standards cf. LEGALE, Siddharta. *Standards: o que são e como cria-los?* Revista da Escola de Magistratura do Estado do Ceará, 2016. Disponível em: <http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/viewFile/132/128>. Acesso: 12/08/2018.

⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos : comentada / coordinadores Christian Steiner, Patricia Uribe ; contribuciones Federico Andreu... [et al.] ; [la compilación, diagramación y diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica ; coordinación editorial Nadya Hernández Beltrán y Ginna Rivera Rodríguez ; prólogo Juan N. Silva Meza ; prefacio Diego García-Sayán ; presentación Dean Spielmann]. -- México : Suprema Corte de Justicia de la Nación ; Bogotá, Colombia : Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2014.

loco. Já o caráter político se refere as medidas menos interventivas, ou seja, que priorizam o diálogo com os Estados, como as soluções amistosas, os comunicados de imprensa e as audiências públicas.

Os mecanismos de atuação a disposição da CIDH permitem que sua atuação se dê de forma mais ou menos interventiva. Essa flexibilidade é de extrema importância, tendo em vista o caráter contingencial de maior simpatia ou antipatia dos Estados aos sistemas internacionais de proteção de direitos humanos⁸. O objetivo principal deve ser sempre a manutenção da integridade desses sistemas, evitando ao máximo rupturas e seu consequente enfraquecimento.

A CIDH goza de autonomia e de discricionariedade na esfera internacional, não estando subjugada a nenhum outro poder. Nesse sentido, possuiria o condão de atuar de maneira independente na proteção dos direitos humanos. Sua capacidade de resolver litígios e tornar desnecessário o seu envio a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), confere empoderamento a sua atuação que é fundamental para manutenção da integridade do sistema, agindo como um verdadeiro fiscal da lei.

Daí a inferência, ainda que polêmica, de que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos atuaria, na verdade, como uma espécie de “Ministério Público Interamericano”, nas palavras do professor Antônio Celso Alves Pereira⁹. A expressão também foi utilizada pelo Juiz Piza Escalante, em sua opinião dissidente, no caso *Viviana Gallardo e outros vs. Costa Rica* (1981)¹⁰, para indicar não só empoderamento das partes quanto a capacidade de instruir o processo perante Corte IDH, mas também para conferir autonomia e relevância devida a Corte IDH.

A proposta da utilização do termo “Ministério Público Interamericano” é conferir a CIDH maior importância institucional, como uma instância de solução de conflitos que possui um fim em si mesmo¹¹. Nesse sentido, a CIDH deixaria de ser apenas uma etapa

⁸ LEGALE, Siddharta. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional Transnacional*. Rio de Janeiro: Tese de doutorado pelo Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional pela UERJ, 2017. *Mimeo*.

⁹ PEREIRA, Antônio Celso Alves. *Apontamentos sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos*. In: Revista da EMERJ, v. 12, nº 45, 2009. P. 95.

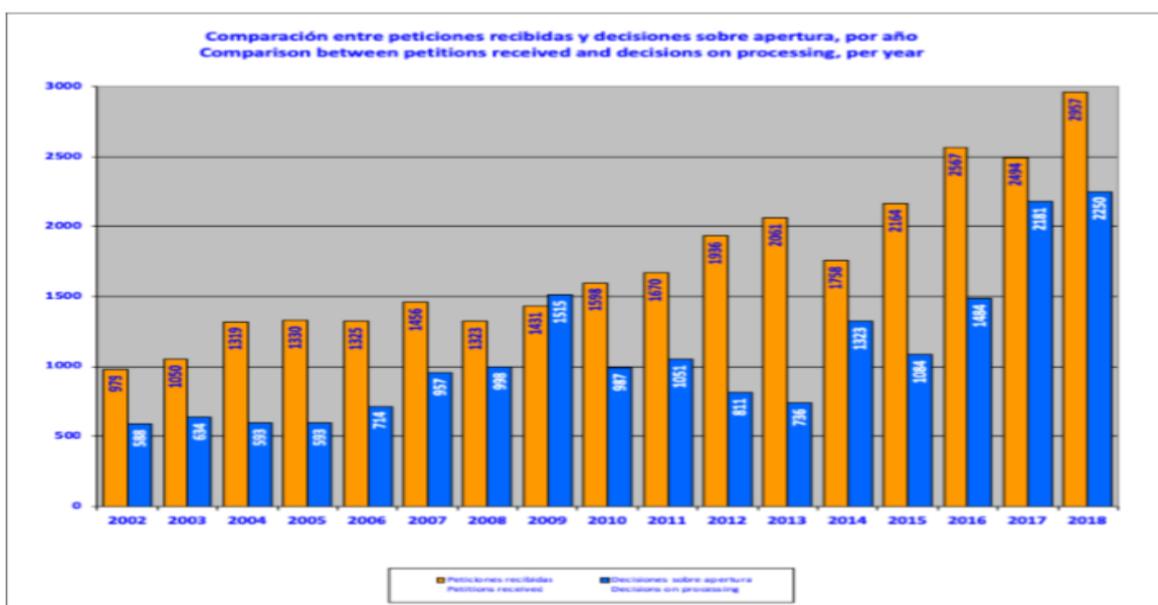
¹⁰ Corte IDH. *Viviana Gallardo y otros vs. Costa Rica* (1981). Voto Salvado Juiz Piza Escalante.

¹¹ KERCHER, Fábio. *Autonomia e Discricionariedade do Ministério Público no Brasil*. Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol.50, nº 2, 2007, p. 259 a 279.

intermediária e obrigatória de acesso a Corte IDH, e passaria a ser enxergada como órgão capaz de solucionar de maneira definitiva conflitos entre as partes de maneira semelhante as competências do Ministério Público no Brasil, ao atuar de maneira extrajudicial, como na composição civil, por exemplo.

Através de uma análise dos dados disponibilizados no site da CIDH¹², é possível extrair as seguintes conclusões: (i) houve um aumento considerável no número de casos submetidos e admitidos pela CIDH¹³, entre 2002 e 2018; e (ii) o número de casos submetido a jurisdição contenciosa da Corte IDH é ínfimo perto daqueles recebidos e admitidos pela CIDH¹⁴, como demonstram os seguintes gráficos:

Gráfico 1



15

Amarelo: Petições recebidas

Azul: Decisões de abertura

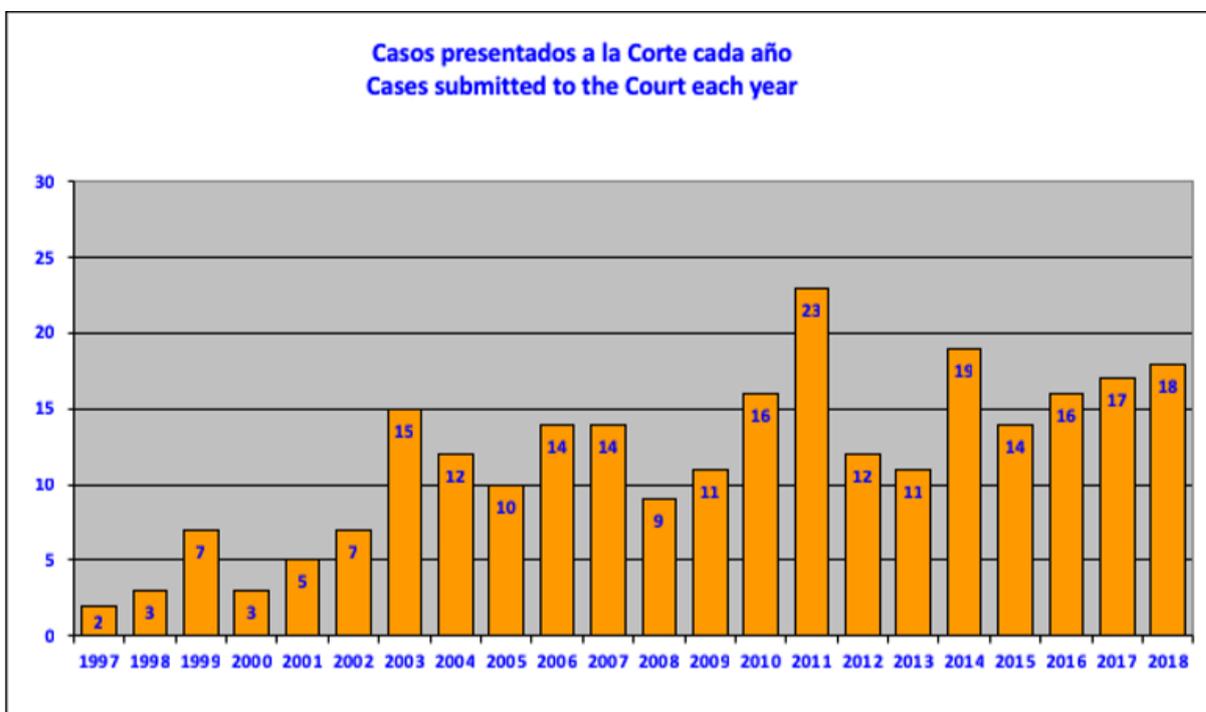
¹² Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/estadisticas/estadisticas.html>

¹³ Informações representadas pelo Gráfico 1.

¹⁴ Informações representadas pelo Gráfico 2.

¹⁵ Fonte: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2018/docs/IA2018cap.2-es.pdf>

Gráfico 2



16

O Gráfico 1 mostra que o número de casos submetidos a apreciação da CIDH aumentou mais de 500%, em uma curva praticamente crescente, de 1997 até hoje. Já o Gráfico 2, que mostra os casos submetidos a jurisdição da Corte pela CIDH, apresenta uma inconstância. Apesar de também aumentar consideravelmente os casos levados a Corte IDH, claramente não acompanha a média dos casos recebidos, oscilando quase de maneira intermitente. Além disso, os casos submetidos a jurisdição da Corte representam cerca de menos de 1% dos casos recebidos atualmente.

Há cerca de 200 “relatórios” envolvendo nosso país e nenhum livro específico que realize uma análise exaustiva e sistemática deles. A produção acadêmica existente restringe-se ora a alguns artigos sobre temas muito específicos¹⁷, ora a comentários a

¹⁶ Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2018/docs/IA2018cap.2-es.pdf>.

¹⁷ Algumas das obras encontradas: VENTURA, Deisy. CETRA, Raísa Ortiz. *O Brasil e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: de Maria da Penha à Belo Monte*. In: José Carlos Moreira da Silva Filho e Marcelo Torelly (orgs.). *Justiça de Transição nas Américas: olhares interdisciplinares, fundamentos e padrões de efetivação*. Belo Horizonte: Forum, 2013; LEGALE, Sidharta; CAUSANILHAS, Tayara. *O caso Schmidt, a liberdade de expressão e a rivalidade entre a Comissão e Corte Interamericana de Direitos*

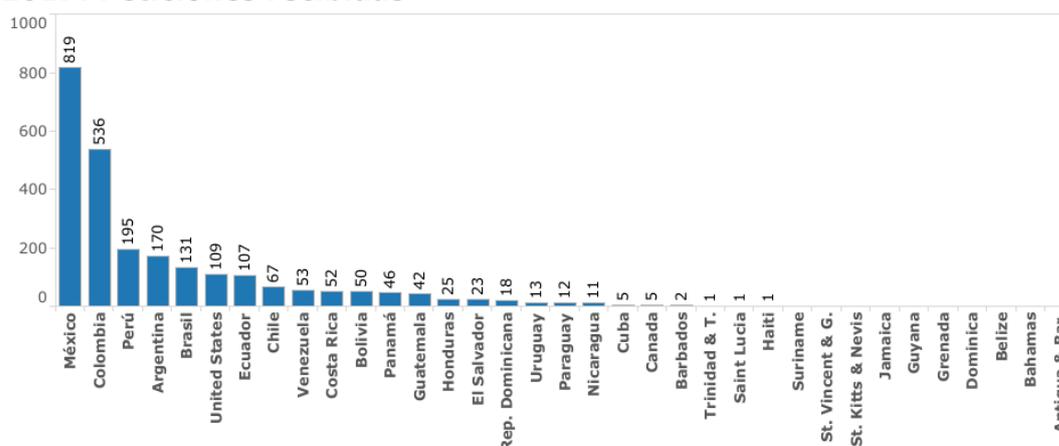
convenção americana ou livros que abordam o SIDH como um todo e perpassam a CIDH de forma panorâmica. Especificamente sobre a CIDH existem apenas 2 livros em português¹⁸.

O Brasil é dos países que mais tem demandado a atuação o SIDH. Existem alguns livros e trabalhos sobre a Corte IDH, contudo esses trabalhos são escassos quanto a CIDH, embora a atuação da CIDH em termos estatísticos seja muito maior. Em termos qualitativos, há respostas importantes da CIDH ao quadro dramático de violações de direitos humanos relacionados a população carcerária¹⁹, menores infratores e minorias étnicas e sociais, de uma forma geral. De acordo com os dados comparativos mais recentes disponibilizados pela própria CIDH em 2017, o Brasil é o quinto país que mais envia casos para sua apreciação, perdendo apenas para México, Colômbia, Peru e Argentina, conforme o seguinte gráfico:

Humanos nos anos 1980. Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos da UFRJ, v. 1, n. 1. 2018; GUERRA, S; VAL, E. M; VASCONCELOS, R; LEGALE, S. *Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos: Pacto de São José da Costa Rica*. Organização Científica: Sidney Guerra, Eduardo Manuel Val Raphael Vasconcelos. Organização Técnica: Siddharta Legale. Curitiba: Instituto Memória Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2019; LEGALE, Siddharta; VAL, Eduardo Manuel. *As “mutações convencionais” do acesso à Justiça Internacional e a Corte Interamericana de Direitos Humanos*. In: VAL, Eduardo Manuel; BONILLA, Haideer Miranda (org.). *Direitos humanos, direito internacional e direito constitucional: judicialização, processo e sistemas de proteção I*. 1ed. Florianópolis: CONPEDI, 2017, p. 83-108.

¹⁸ GONÇALVES, Tamara Amoroso. *Direitos Humanos das Mulheres e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos*/ Tamara Amoroso Gonçalves. – Trad. De notas e citações Luciana Yonekawa. – São Paulo: Saraiva, 2013; e KOCH, Camila de Oliveira. *Critérios de judicialização de casos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos*/Camila de Oliveira Kick. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

2017: Peticiónes recibidas



Os números envolvendo o Brasil na CIDH vêm num crescente constante, de maneira geral, como mostra a seguinte tabela²⁰:

²⁰ “Petições recebidas” são os números de petições que foram efetivamente apresentados ao Brasil até 31 de dezembro do ano em questão. “Petições com decisão de não abertura” são os números petições que não receberam prosseguimento. “Petições com decisão de abertura” são as petições que foram admitidas e submetidas ao trâmite. “Total de decisões sobre abertura” corresponde ao número de decisões sobre a abertura daquele ano. “Informes de admissibilidade” e “Informes em admissibilidade” representam os casos que foram admitidos e os casos que ainda estão em processo de admissão pela CIDH, respectivamente. “Casos em análise” são os casos que foram admitidos e se encontram na fase de análise. “Informes de análise publicados” são os relatórios dos casos que foram efetivamente disponibilizados pela CIDH. “Informes de soluções amistosas” são os relatórios onde houve um acordo mútuo entre as partes. “Petições e casos em trâmite” corresponde aos números globais de casos que ainda não obtiveram nenhum tipo de resposta da CIDH. “Decisões de arquivo” são as decisões de arquivamento de um caso que estão de acordo com o artigo 48.1 (b) da CADH. “Casos enviados a corte” são os casos submetidos a jurisdição contenciosa da Corte IDH. “Solicitação de medidas cautelares” corresponde ao número de pedidos de medidas cautelares e; “Medidas cautelares outorgadas” corresponde ao número de medidas cautelares efetivamente concedidas.

Selecciona país:

Brasil

Brasil



Selecciona estadística a visualizar

Peticiones recibidas

	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Peticiones recibidas	66	80	64	83	76	68	96	88	92	99	131	131
Peticiones pendientes de est..						264	318	366	392	405	210	165
Pet. con decisión de no abrir ..	32	50	50	42	13	13	24	29	48	44	22	97
Pet. con decisión de abrir a t..	19	15	9	2	3	5	6	6	11	40	18	1
Total de decisiones sobre ap..	51	65	59	44	16	18	30	35	59	84	40	98
Informes de inadmisibilidad	0	1	0	6	0	0	3	1	0	0	0	0
Informes de admisibilidad	6	7	6	7	10	6	8	1	2	1	2	0
Peticiones en admisibilidad									32	68	87	87
Casos en fondo									72	61	60	61
Informes de fondo publicados	1	0	1	2	1	0	0	0	0	0	1	0
Informes de solución amisto..	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Peticiones y casos en trámite	89	101	108	103	97	98	95	98	104	129	147	148
Decisiones de archivo	0	0	0	0	6	3	6	2	0	11	6	3
Casos enviados a la Corte IDH	0	2	0	1	0	0	0	0	0	2	2	0
Solicitudes de medidas caute..			10		12	15	14	18	22	34	64	76
Medidas cautelares otorgadas	3	1	0	2	2	2	0	2	0	1	2	0

A maior parte dos casos lista acima são sigilosos e não são publicadas nenhum tipo de informações sobre eles. Contudo, é possível ter acesso a um breve resumo de alguns desses casos nos informes anuais e no próprio site da CIDH nas abas: admissibilidade, inadmissibilidade, soluções amistosas, decisões de mérito, casos arquivados, casos enviados a Corte IDH e às audiências.

O site da CIDH não é muito claro, porque está organizado por ano, sem a possibilidade de segmentar por país. Mas verificando os casos brasileiros que aparecem ano a ano, concluímos que nosso país conta com exatamente com: 78 casos admitidos; 21 inadmitidos; 2 soluções amistosas; 25 decisões de mérito; 2 soluções amistosas; 37 arquivados; 10 levados a Corte IDH²¹ e 36 audiências. Ao todo, a CIDH se manifestou pelo menos 209 vezes sobre questões envolvendo o Brasil, de acordo com os documentos disponibilizados para consulta.

Pode-se dizer que as funções “quase-judicial” da CIDH e a judicial da Corte IDH deram ensejo a controvérsias e divergência em seus respectivos âmbitos de atuação. Um exemplo, foi o Caso Schmidt vs. Costa Rica²² (1984) que envolveu a obrigatoriedade de associação para exercício da profissão de jornalista²³. A CIDH decidiu que não violava a

²¹ Apesar do fato do Brasil possuir mais casos submetidos a jurisdição da Corte IDH, apenas 10 relatórios encontram-se individualizados no site da CIDH através do link: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/demandas.asp>.

²² Caso 9178, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución No. 17/84, Costa Rica, 3 de octubre, 1984.

²³ LEGALE, Sidharta; CAUSANILHAS, Tayara. *O caso Schmidt, a liberdade de expressão e a rivalidade entre a Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos nos anos 1980*. Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos da UFRJ, v. 1, n. 1. 2018.

liberdade de expressão a legislação estatal que criara tal obrigação, não levando o caso a Corte IDH. Meses depois, o caso foi analisado pela Corte na Opinião Consultiva nº 5 de 1985²⁴, que por unanimidade declarou a incompatibilidade da lei do Colégio de Periodistas que obrigava tal associação²⁵.

Outro problema é a tensão entre a jurisdição internacional e as jurisdições internas dos Estados que tomaram diferentes rumos ao longo da história em diferentes contextos sócio-políticos. Roberto Gargarella irá tratar do assunto através do prisma da democracia, analisando enfoques de maior “deferência” ou “interferência” da jurisdição internacional nos Estados²⁶. Segundo ele, o direito interacional na América Latina estaria mais próximo do segundo (interferência), enquanto o da União Europeia estaria mais próxima do primeiro (deferência). Isso significa dizer que enquanto os países da América Latina estariam mais habituados a fazer cumprir as decisões internacionais sobre Direitos Humanos, enquanto os países da União Europeia estariam mais preocupados em conferir maior grau de discricionariedade aos Estados para o cumprimento dessas mesmas decisões.

Esse perfil do SIDH parece estar sendo alterado, pelo menos no que diz respeito a direitos civis e políticos. Tal fato pode ser percebido nos casos mais recentes de impeachment dos presidentes (a) Fernando Lugo, do Paraguai (2012) e Dilma Rouseff, do Brasil (2016)²⁷. Com relação ao primeiro, houve uma série de acusações de má gestão, além de abuso de poder e violência das forças armadas. O estopim foi o episódio que ficou conhecido como “Massacre de Curuguaty”, onde 17 pessoas foram mortas durante a desocupação de uma fazenda no país. Após ter sido imputada a culpa pelo episódio ao Presidente, Lugo foi destituído do poder em menos de 48 horas, desde a abertura até o desfecho do processo. Apesar da situação duvidosa, a CIDH decidiu pelo reconhecimento

²⁴ CORTE IDH, Opinión Consultiva nº5 de 1985, Costa Rica. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf ; Acesso: 24/08/2019

²⁵ BUERGENTHAL, Thomas. *Recordando los inicios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. New York University Journal of International Law and Politics, nº 2, v. 37, 2005. Tradução: IIDH.

²⁶ GARGARELLA, Roberto. *Tribunales Internacionales y Democracia: enfoques deferentes o de interferencia*. Revista Latinoamericana de Derecho Internacional, N. 4, 2016. Disponível em: Número 4 (<http://www.revistaladi.com.ar/ladi/numero-4/>). Acesso: 24/08/2019

²⁷ REIS, Rossana Roch. *O futuro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos: a atuação da CIDH dos processos de ruptura democrática*. Revista Direito e Práxis, vol. 8, N. 2, Rio de Janeiro: 2017.

de uma situação de normalidade democrática e não interveio de maneira mais incisiva no Estado²⁸.

No mesmo sentido do primeiro, também se mostrou bastante deferente a conduta da CIDH em relação ao segundo caso de impeachment, o da Presidenta Dilma Rouseff. Em meio a maior operação contra corrupção já vivida no Brasil, o Presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha, decidiu pela abertura do processo de impeachment por suposto crime de responsabilidade. O processo foi marcado por uma série de denúncias de fraude e corrupção contra aqueles votaram a favor da abertura e da condenação de Dilma, chegando a ser chamado por alguns de “golpe”. Fato é que, instada a se manifestar sobre o assunto, a CIDH novamente assumiu uma postura deferente. Mais do que isso, nesse caso não houve sequer um posicionamento firme seu, limitando-se a não levantar dúvidas sobre o processo.

A princípio a CIDH vem assumindo um caráter mais deferente a política interna de cada país, dando prioridade a soluções consensuais entre os peticionários e as vítimas. Além disso, tem evitado decisões de maior ingerência em questões relativas a democracia e a vida política dos Estados. Nesse sentido, o fato da Comissão não levar mais casos a Corte IDH nos parece que se deve justamente a ampliação margem de apreciação²⁹ dos Estados, como uma forma de ampliar os canais de diálogo internacionais e aproximar Estados soberanos do dever e da conscientização de proteção dos direitos humanos, tal como acontece no Sistema Europeu.

Como foi antecipado, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos surge no período pós segunda-guerra, através de uma base protetora de Direitos Humanos totalmente enviesada a proteção de direitos civis e políticos, com a promulgação da Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) em 1948. A imagem e semelhança do

²⁸ Ambos os casos também foram apreciados pelo Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL. Contudo, foi decidido pela suspensão do Paraguai da organização internacional, por violação do processo democrático protegido pelo Protocolo de Ushuaia, com a suspensão de Lugo. Cf. CARVALHO, Thales Leonardo. *A cláusula democrática do Mercosul e as interrupções de mandatos presidenciais*. In: *Conjuntura Internacional*, v. 24, n. 1, p.25-38, Belo Horizonte: 2017.

²⁹ Sobre a margem de apreciação, cf. LOPES SALDANHA, Jânia Maria; MORAIS BRUM, Márcio. *El margen nacional de apreciación y su (in)aplicación por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de amnistía: una figura hermenéutica al servicio del pluralismo ordenado?*. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, [S.l.], jan. 2015. ISSN 2448-7872. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/489>. Fecha de acceso: 26 aug. 2019 doi:<http://dx.doi.org/10.1016/j.amdi.2015.06.003>.

sistema ONU, a CIDH começa a funcionar em 1959 e a Corte IDH, apenas em 1978, em meio a um contexto de governos autoritários e violações massivas de direitos humanos. Nesse período, houve uma inclinação do SIDH em ser menos interveniente, preocupado em manter a integridade política. Apenas com a retomada dos governos democráticos que as instâncias internacionais passam atuar de maneira mais incisiva no continente.

A construção dos direitos sociais, econômicos e culturais se deu de maneira sólida apenas com a incorporação do Protocolo de São Salvador, em 1988. A partir daí os órgãos de controle internacionais passaram a dispor de um novo parâmetro de atuação na defesa desses direitos humanos. O Protocolo de Buenos Aires de 1967 tornou a CIDH o principal órgão permanente da organização o que veio a corroborar com seu fortalecimento no SIDH, ainda que a Convenção tenha alterado esse quadro, *a posteriori*³⁰, a CIDH manteve boa parte das suas competências.

No que diz respeito aos países relacionados a atuação da Comissão, há uma diferença quanto ao parâmetro. Suas competências gerais abrangem todos os países membros da OEA. Contudo, suas competências mais específicas e, conseqüentemente, mais interventivas estão reservadas aos países que ratificaram a CADH, sendo este o parâmetro de controle atuação da CIDH. Quanto aos demais, o parâmetro é a Declaração Americana de Direitos do Homem e a Carta da OEA. Nesse sentido, CIDH possui ampla competência para se pronunciar sobre todos os países integrantes da OEA e que não necessariamente aderiram ao Protocolo Facultativo de submissão a jurisdição da Corte IDH, ou até mesmo àqueles que não ratificaram a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), como os Estados Unidos, ou a denunciaram, como a Venezuela.

Com relação a função “quase-judicial” atribuída a CIDH, isso se deve ao de fato de, via regra, a CADH não conferir a ela função judicante propriamente dita, ou seja, os seus relatórios não têm o caráter definitivo e inapelável como uma sentença da Corte IDH possui. Não obstante, a CIDH “julga” as demandas que a ela são levadas por indivíduos, grupos de pessoas, associações, ONG's, entre outros. Caso considere pertinentes e comprovada as alegações, a CIDH exerce a primeira intervenção, emanando

³⁰ VÉASE GONZÁLEZ MORALES, Felipe. “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: antecedentes, funciones y otros aspectos”, en *Anuario del Centro de Derechos Humanos*. Universidad de Chile, Santiago, Chile. Número 5. Julio de 2009. P. 2

recomendações e medidas ao Estado-Membro, antes de leva-lo jurisdição contenciosa de fato. O artigo 18 do Estatuto da Comissão trata da sua competência em relação aos Estado Membros da OEA que não ratificaram a CADH, que compreendem: atuar no fomento da proteção dos direitos humanos, realizar atividade consultiva, emitir recomendações, dentre outros

Historicamente, a CIDH passou por um longo processo de conquista de espaço desde o seu nascimento. Após a criação da OEA, na IX Conferência Internacional Americana em Bogotá na Colômbia, em 1948, ainda não havia um órgão ao qual fosse atribuído o dever de atuar na proteção dos Direitos Humanos. Houve apenas a adoção da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, a qual se limitava a traçar poucos direitos a serem protegidos no recém-criado sistema de proteção regional de Direitos Humanos. A missão de criação desse órgão foi conferida ao Comitê Jurídico Interamericano³¹.

A CIDH surge como um órgão autônomo dentro da OEA apenas em 1959, passando a atuar na efetivação dos direitos humanos dentro de seu âmbito. Ocorre que a OEA não possui caráter convencional, ou seja, em tese, não estaria sujeita ao princípio da voluntariedade dos Estados. Isso criou forte resistência ao avanço e expansão das competências da CIDH, principalmente sobre a questão da capacidade internacional do indivíduo em peticionar perante o SIDH. Inevitavelmente, começaram a surgir uma série de denúncias de vários países da região sobre a violação da Declaração Americana de Direitos Humanos e vítimas que clamavam pela intervenção imediata da CIDH.

Uma das principais críticas surgidas nesse momento, dizia respeito a capacidade atuação da CIDH. De acordo com seu primeiro regulamento, seu âmbito de atuação seria ainda bastante limitado. Segundo foi aventado na 11ª Conferência Interamericana, as competências atribuídas a ela não seriam suficientes para dar ela condições de cumprir sua missão de proteção de Direitos Humanos nos povos da América. Nessa mesma oportunidade, foi proposto pelo então presidente da CIDH, o famoso escritor venezuelano Rómulo Gallegos, a alteração do artigo 9 do Estatuto, que tratava sobre as competências da Comissão. Segundo ele, seria necessário ampliar seus poderes para receber

³¹ PADILLA, David J. *La Comision Interamericana de Derechos Humanos*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a12059.pdf>. Acesso: 24/08/2019.

reclamações e denúncias perpetradas por qualquer pessoa, ou grupo de pessoas, e para emitir pareceres e relatórios sobre as situações apresentadas.

Um dos principais recursos da CIDH na proteção dos Direitos Humanos no Estados Membros, são as visitas *in loco*. Do artigo 53 ao 57 do seu Regulamento estão positivados a forma com a qual deve se dar essas visitas. Por força do artigo 18, as visitas devem ser consentidas pelo Estado, que tem o dever de seguir todo o procedimento previsto. Dentre eles, zelar para que os membros da CIDH não sofram nenhum tipo de coação ou ameaça durante o procedimento. Além disso, deve realizar todas as diligências necessárias para que a CIDH possa cumprir com sua missão.

As visitas são realizadas por Comissões Especiais criadas para cada intervenção determinada. Conforme o artigo 54 do Regulamento, poderá integrar a Comissão Especial um membro da CIDH nacional do país visitado e advogados da Secretaria Executiva. Os trabalhos incluem, basicamente, reuniões com representantes do governo, da sociedade civil e das supostas vítimas. São de vital importância para o acompanhamento efetivo sobre as violações de Direitos Humanos na região. As conclusões, posteriormente, servirão de base para a emissão dos informes e considerações da CIDH.

Via de regra, a CIDH atua mediante a provocação das partes. Através de uma petição inicial, ou comunicação, de uma maneira mais geral, a CIDH dá início ao processo de análise da demanda. Ao final, é feito um julgamento de admissibilidade, ou inadmissibilidade, da demanda. Se admissível, a CIDH dá início ao processo previsto neste artigo 48, I, a, da CADH. Importante destacar que essa decisão não pode estar pautada pelo "sim" ou pelo "não". Deve estar devidamente fundamentada com as razões pela qual a CIDH decidiu dar prosseguimento da denúncia. Caso a demanda não seja conhecida, o assunto não é passível de rediscussão³².

Cançado Trindade sustenta que as decisões sobre a admissibilidade na CIDH, não podem ser alvo discussão perante a Corte IDH. Segundo ele, o principal problema seria a disparidade de armas entre as partes³³. Caso o peticionário tenha seu pedido negado, não

³² GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica*, 3a. ed. rev., atual e ampl., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

³³ TRINDADE, A.A.C. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1999. v. 3.

existe qualquer recurso capaz de rediscuti-lo, diferentemente do que ocorre com as demandas admitidas e submetidas a apreciação da Corte. Essa questão foi discutida em seu voto concorrente no caso *Gangaram Panday vs. Suriname* (1994)³⁴.

Pode-se dizer que os Informes Anuais é a principal forma de manifestação da CIDH quanto as violações de direitos humanos no continente. Através deles, a CIDH tem a oportunidade de tornar público e divulgar relatórios sobre a situação da proteção dos direitos humanos e a postura de cada país frente as suas recomendações. Está previsto no artigo 41.g da CADH e no artigo 59 do Estatuto da Comissão. Também aporta informações gerais sobre a atuação da CIDH, seus períodos de sessões e as atividades desenvolvidas pela CIDH dentro de seu âmbito político, jurídico e pedagógico.

No que toca aos casos brasileiros, um dos principais problemas envolvendo a proteção de Direitos Humanos, diz respeito a população carcerária, conforme constado no último relatório temático emitido pela CIDH, envolvendo o Brasil.

Nosso país possui uma das maiores populações do mundo em cumprimento de pena privativa de liberdade, que somada a uma falta de investimentos em estrutura adequada, tem criado um dos quadros mais caóticos possíveis de violação massiva e reiterada dos direitos protegidos pela Convenção, dando ensejo a um verdadeiro "Estado de Coisas Inconvencional"³⁵.

A Comissão foi instada a se manifestar no paradigmático caso do presídio Carandiru. Foi constatado condições desumanas as quais eram submetidas dos detentos. Algumas celas projetadas para seis pessoas, chegavam a abrigar cerca de 20 presos, que tinham que se revezar para dormir no chão, por falta de espaço. Além disso, a alimentação e as condições de higiene eram deploráveis, ao arrepio da Lei de Execuções Penais vigente no país. As condições degradantes levavam os detentos a constantes rebeliões. Em uma delas, houve a intervenção da tropa de choque, a qual assassinou 111 detentos, no episódio que ficou conhecido como "Massacre do Carandiru". A CIDH reconheceu a

³⁴ O caso tratou da prisão e morte de Asok Gangaram Panday, pela Polícia Militar no dia 17 de dezembro de 1988, em Suriname. Corte IDH. Caso *Gangaram Panday Vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16.

³⁵ LEGALE, Siddharta. ARAÚJO, David Peirera. *O Estado de coisas inconvencional: trazendo a corte interamericana de direitos humanos para o debate sobre o sistema prisional brasileiro*. In: Revista Publicum, v.2, n.2, UERJ: 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/26042>. Acesso: 26/08/2019.

falência do sistema carcerário brasileiro, incapaz de promover a reabilitação dos presos, e em muitos casos, de proteger sua própria vida, devido as condições de vida as quais eram submetidos. Nesse sentido, emitiu uma série de recomendações para conter as violações de direitos humanos ali presentes, dentre elas, o dever do Estado de promover assistência judiciária adequada, adequar os estabelecimentos carcerários a padrões mínimos de salubridade e controlar a violência tanto entre os presos, quanto daquela perpetrada por agentes do próprio Estado. Esse foi um dos casos emblemáticos envolvendo o Brasil que não foi levado a Corte IDH³⁶.

Outro aspecto endêmico no Brasil no que diz respeito às violações de direitos das mulheres previstas na CADH. Apesar das consideráveis conquistas dos últimos tempos, principalmente com a consolidação dos valores da igualdade de gênero na Constituição de 1988 e o desenvolvimento de iniciativas como o Conselho Nacional de Direitos das Mulheres e o do Programa Nacional para Prevenir a Violência contra a Mulher, ainda existem fortes disparidades de gêneros no país. Uma delas diz respeito ao trabalho. Segundos os dados aportados pela CIDH, mulheres com o mesmo grau de formação dos homens, ganham cerca de 54% dos salários pagos a eles. Outro problema reiterado no país sobre esse tema, diz respeito a violência.

A CIDH reconheceu os casos constantes de abuso sexual, assassinato e agressões por questões de gênero. Reconheceu também que houve avanços na iniciativa do Estado de proteção das mulheres. O caso “Maria da Penha” foi o mais famoso sobre esse tema, tendo STF reconhecido a importância da atuação da CIDH para a criação da lei no Brasil que protege as mulheres contra crimes de gênero no país³⁷.

As medidas cautelares não se confundem com as medidas provisionais. Assim como instituto das Medidas Provisionais previstas nas competências da Corte IDH, as Medidas Cautelares da CIDH também são mecanismos utilizados em situações de gravidade, urgência e risco de dano irreparável a pessoa. Como o próprio nome diz, possui

³⁶ Alguns dos casos que foram levados: Pedrinhas, Curado, Urso Branco, Araraquara e Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho. Disponível: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es>.

³⁷ STF – ADC: 19 DF, Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 09/02/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: Acórdão Eletrônico, DJe-080, Divulgação 28/04/2014, Publicação 29/04/2014.

caráter cautelar e tem o propósito de manter intacta a situação jurídica do Estado destinatário dessas medidas.

Em 1980, uma reforma no Regulamento da Corte IDH positivou o instituto das Medidas Provisionais no seu artigo 25, que são mecanismos utilizados em situações de gravidade, urgência e risco de dano irreparável a pessoa. O artigo especificou de maneira detalhada o processo e os requisitos de solicitação aos Estados para que tome providência em caráter cautelar. Além da gravidade, urgência e risco de dano irreparável a pessoa, o dispositivo também prevê a necessidade de identificação das vítimas em potencial e a necessidade do consentimento dos beneficiários, no caso de a petição ter sido colacionada por terceiros. Dependendo da urgência, a CIDH pode ou não solicitar esclarecimentos do Estado, antes de emitir tais medidas. Essa é, provavelmente, a medida mais interveniente a disposição da CIDH.

No último informe anual emitido pela CIDH 2018, o Estado brasileiro foi alvo de 4 Medidas Cautelares. A primeira delas foi a MC 767/18 que ocorreu no dia 20 de novembro, em benefício de Mônica Tereza Azeredo. Defensora de Direitos Humanos, a beneficiária é ex-companheira de Marielle Franco, ex-vereadora da cidade do Rio de Janeiro assassinada no dia 14 de março de 2018. O atentado se deu, supostamente, em represália a postura ativista de Marielle em defesa dos direitos humanos, principalmente em relação as denúncias realizadas por ela, contra a violência policial e as atividades de milicianos.

Após o ocorrido, Mônica deu continuidade ao trabalho de Marielle, atuando de maneira incisiva na defesa de grupos minoritários, como as mulheres, membros da comunidade LGBTI, afrodescendentes e jovens moradores de favelas. Isso rendeu a ela também uma série de ameaças represálias, como tinha acontecido anteriormente com Marielle. A CIDH entendeu ser este um caso de extrema gravidade e urgência, no qual a vida da beneficiária se encontrava em risco iminente. Sendo assim, com base no artigo 25 do Regulamento da CIDH, solicitou ao Brasil que adotasse imediatamente as medidas necessárias para, não apenas preservar a vida da beneficiária, como também garantir que ela possa continuar a desempenhar sua missão em defesa dos direitos humanos de maneira segura.

A segunda foi a MC 1262/18 que ocorreu no dia 20 de novembro de 2018 em favor do deputado federal Jean Wyllys e sua família. A CIDH foi acionada em virtude das reiteradas ameaças de morte desferidas contra o deputado em virtude da sua orientação sexual e da sua militância em defesa dos direitos LGBTI no Brasil. Conforme os documentos e provas apresentadas, a Comissão considerou que estavam presentes os elementos caracterizadores de gravidade e urgência, fato que levou a emissão da presente medida cautelar, na qual foi solicitado ao Estado que adotasse todas as medidas necessárias para proteger a vida e a integridade pessoal dos beneficiários. Foi solicitado também ao Estado que, dentro do prazo estipulado, apresentasse informações sobre as medidas adotadas para dar fiel cumprimento as recomendações da CIDH.

A MC 1358/18, foi a terceira medida cautelar emitida em desfavor do Brasil no ano de 2018, mais especificamente no dia 7 de dezembro. Novamente a medida buscou proteger ativistas de direitos humanos vítimas de represálias no país. A beneficiária foi Joana D'Arc Mendes, que além de sua atuação como defensoras de direitos humanos, trava uma luta pessoal por justiça. Seu filho teria sido, supostamente, assassinado por policiais integrantes de milícias. Sua investigação e busca pela verdade tornou a beneficiária alvo de ameaças constantes de morte. A CIDH decidiu então, nesse caso, que haveria ali um risco iminente de dano irreparável a integridade pessoal de Joanna, e recomendou ao Estado Brasileiro que tomasse imediatamente as medidas para proteger a vida da beneficiária, gravemente ameaçada, em caráter urgente.

No dia 31 de dezembro de 2018 foi deferida a última Medida Cautelar contra o Estado brasileiro. A MC 1489/18 foi deferida em favor de André Luiz Moreira da Silva. A vítima foi vista pela última vez pela família, quando foi abordado dentro de seu carro por um grupo de homens armados. A família foi liberada e a vítima foi levada pelos sequestradores. Dias depois seu carro foi encontrado queimado. O beneficiário é policial militar e foi, supostamente, vítima das milícias da cidade do Rio de Janeiro. A CIDH entendeu que a vida de André Luiz se encontra em sério risco, tendo em vista o desconhecimento do seu paradeiro até o momento. Ordenou ao Estado, com base no artigo 25 do seu Regulamento, que o adote todos os procedimentos necessários para proteger a vida e a integridade pessoal do beneficiário.

Atualmente, é possível destacar uma atuação mais especializada e incisiva que prioriza alguns temas específicos voltados para a proteção dos direitos humanos, principalmente no que toca os grupos vulneráveis e questões conjunturalmente relevantes, como meio ambiente³⁸. Para a realização de suas atividades, a CIDH dispõe de uma série de ferramentas que possibilitam a fiscalização e a tomada de medidas para tentar conter as violações de Direitos Humanos. Com relação aos Estados da OEA que ratificaram a CADH, a CIDH possui um âmbito de atuação expandido, incluindo a capacidade de diligenciar petições, comparecer perante a Corte IDH nos casos previstos na CADH, dentre outros.

Com relação a função política da CIDH, podemos dizer que ela se encontra ancorada principalmente nos primeiros 5 incisos do artigo 41 da CADH e no artigo 19 e 20 de seu Regulamento. É um dos principais órgãos do SIDH, devido ao fato possuir uma maior abrangência. Apesar do fato de que suas competências e atribuições sofreram várias mudanças formais, tanto em relação ao seu estatuto, quanto com o advento da CADH, a CIDH vem atuando de maneira decisiva na proteção de direitos humanos desde a sua criação. No início, limitava a pronunciamentos de caráter genérico, por vezes dirigidos a um ou outro Estado específico.

Além disso, a CIDH também emite Comunicados de Imprensa, que são alguns processos os quais são explanados para a opinião internacional ou posicionamento da própria CIDH sobre assuntos relevantes que estejam em discussão no momento. Esse mecanismo tem especial relevância dentro do processo de intervenção política da CIDH, tendo em vista seu caráter mais informal. Sua importância tem crescido ao longo dos anos com avanço da tecnologia e a velocidade de profusão de informações ocasionadas pela revolução da internet.

Outra ferramenta a qual dispõe a CIDH para o fortalecimento dos diálogos institucionais é a realização de audiências públicas. Esse instituto está disciplinado do

³⁸Apesar de seus pronunciamentos possuírem caráter juridicamente vinculante típico, as decisões da CIDH podem ser classificadas como soft law, e desempenham um importante papel na proteção de questões caras aos direitos humanos, e de impacto global como meio ambiente e economia. Para mais informações, cf. VAL, EDUARDO MANUEL ; ECCARD, W. T. C. . *O soft law, o direito ao meio ambiente na América Latina, e a liberdade como desenvolvimento à luz do pensamento de Amartya Sen*. In: Pedro Curvello Saavedra Avzaradel; Giulia Parola;. (Org.). *Climate change, environmental treaties and human rights*. 01ed.Rio de Janeiro: Grupo Multifoco, 2018, v. 1, p. 451-476.

artigo 61 ao 69, no Regulamento da Corte IDH. Possui a função de ouvir as vítimas, e seus representantes sobre denúncias de casos que estejam em tramitação na Comissão, ou não. Ao final, a CIDH decide sobre a necessidade de medidas cautelares e recomendações. No artigo 66 do seu Regulamento estão as disposições gerais sobre a realização dessas audiências. O pedido deve ser encaminhado pelo interessado, juntamente com um resumo do caso de violação dos direitos humanos. A CIDH, após avaliar o caso, marcará dia e hora para a realização da audiência. O Estado acusado também será convocado para comparecer à audiência pública, reservando para si ainda a possibilidade de uma audiência particular, caso rejeite a primeira, conforme o artigo 68 do Regulamento da CIDH.

Por fim, a CIDH também possui função pedagógica de disseminar ensino dos Direitos Humanos, dentro da OEA. Para tanto, realiza seminários, conferências e publicações nos países os quais atua, contribuindo de sobre maneira para a valorização do Direitos Internacional e do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, em especial.

A retomada de governos democráticos no SIDH enseja necessariamente uma nova perspectiva de atuação da CIDH, tendo em vista a mudança substancial do cenário político em que foi concebida. De fato, ainda existem violações constantes e reiteradas de Direitos Humanos no continente que necessitam da intervenção CIDH, contudo com a devida observância a margem de apreciação dos Estados.

Jorge Contesse sustenta que decisões intervenientes que obrigam o Estado a realizar diligências que dizem estrito respeito a investigação ou julgamento dos casos, por exemplo, colocariam os tribunais internacionais na condição de uma “quarta instância” ou que o autor chama “fact-finders”. Não caberia, portanto, a Corte IDH ou a CIDH revirar minuciosamente os fatos, sob o risco de não só estar extrapolando suas competências, como prejudicando o andamento do processo tendo em vista sua relativa distância geográfica e temporal dos fatos, quando comparada com a jurisdição interna do Estado³⁹.

³⁹ CONTESSE, J. “*Subsidiarity in Inter-American Human Rights Law*,” SELA. Yale law school, 2015. p. 22.

O principal risco dessa atuação é a ruptura de países que passam a ignorar e não cumprir as decisões internacionais, invocando o princípio da voluntariedade ou da soberania. Caso típico dessa ruptura, foi a decisão da Venezuela em denunciar a Convenção Americana, em 2013. A decisão teve como estopim a condenação do país no caso *Díaz Peña vs. Venezuela* (2012)⁴⁰. Após uma série de condenações e recomendações proferidas pela Corte IDH e pela Comissão Interamericana, respectivamente, a Venezuela julgou a atuação internacional tendenciosa e politizada. Considerou que tanto a Corte IDH como a Comissão Interamericana teriam se afastado de sua função subsidiária estaria invadindo a competência do Estado de definir sua vida política. Atualmente a Venezuela se encontra na maior crise econômica e social de sua história e praticamente rompeu os canais de diálogo com a comunidade internacional⁴¹.

Com relação ao Brasil, isso aconteceu no caso da construção da hidrelétrica de Belo Monte que também abalou de maneira considerável a capacidade de ingerência do Brasil. A Corte IDH ordenou a suspensão imediata do licenciamento da obra, até que alguns requisitos fossem solucionados⁴². O Brasil respondeu de maneira truculenta e hostil. Pronunciou-se diametralmente contra a decisão, considerando a intervenção “precipitada e injustificada”⁴³. Mais do que isso, promoveu um boicote ao pagamento da sua cota anual à OEA, chegando a cogitar o próprio fim da Corte IDH⁴⁴, tal como ocorreu no Sistema Europeu.

⁴⁰ O caso tratou da detenção arbitrária de Raúl José Díaz Peña por suposto envolvimento nos atentados a bomba contra o Consulado Geral da República da Colômbia e o Escritório de Comércio Internacional da Espanha, entre 2002 e 2003. Segundo alegado, sua prisão teria violado garantias penais, como a temporalidade da prisão preventiva, entre outros. Cf. Corte IDH. Caso *Díaz Peña Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de junio de 2012. Serie C No. 244. Após ser condenada neste caso pela Corte IDH, o então Presidente Hugo Chávez denunciou a Corte IDH em 2012, por considerar que o Sistema Interamericano estaria desvirtuando sua competência e atuando de maneira ilegítima no ordenamento interno do Estado.

⁴¹ HUALDE, Maria Cecilia López. *La Denuncia De Venezuela A La Convención Americana Sobre Derechos Humanos: Su Impacto Sobre El Proceso De Fortalecimiento Del Sistema Interamericano De Protección De Derechos Humanos*. In: *Instituto de relaciones Internacionales*. Disponível em: http://www.iri.edu.ar/images/Documentos/CENSUD/boletines/44/art_lopez_hualde.pdf. Acesso: 28/08/2019.

⁴² Corte IDH, MC 382/10 – *Comunidades indígenas da Bacia do Rio Xingu*, Pará, Brasil.

⁴³ Brasil, Ministério das Relações Exteriores. *Solicitação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) da OEA*. Nota à imprensa nº 142. Brasília, 5 de abril de 2011.

⁴⁴ VENTURA, Deisy. CETRA, Raísa Ortiz. *O Brasil e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: de Maria da Penha à Belo Monte*. In: José Carlos Moreira da Silva Filho e Marcelo Torelly (orgs.). *Justiça de Transição nas Américas: olhares interdisciplinares, fundamentos e padrões de efetivação*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

A expansão da jurisdição internacional muitas vezes atribuída às Cortes Internacionais, também pode ser estendida, por analogia, a CIDH⁴⁵. A ampliação do seu espectro de atuação pode servir como uma forma de resolução do conflito de maneira menos invasiva, ou seja, aposta na maior liberdade dos Estados e no dever de se empregar todos os meios disponíveis para solucionar e reparar violações de direitos humanos, antes que eles cheguem a Corte. Nesse sentido, a CIDH possui o condão de fazer uso de seus mecanismos menos intervenientes para ampliar os canais de diálogo com os Estados e atuar de maneira mais eficaz e presente, priorizando sempre a melhor proteção possível da vítima.

Afastar o Direito Internacional de questões políticas contingenciais dos Estados, significa ignorar a própria realidade em detrimento de regras que podem se tornar inócuas. As estruturas de poder interno e internacional devem atuar através de uma lógica harmônica construtiva e não divergente⁴⁶. É necessário a devida cautela na atuação do SIDH como um todo para evitar não só a diminuição da sua capacidade de intervir, como o próprio colapso do sistema.

1.3 - A Corte Interamericana de Direitos Humanos Como Interlocutor Internacional

A Corte IDH é o órgão julgante propriamente dito dentro da estrutura do sistema interamericano. É composta por 7 juízes eleitos pelos Estados membros da OEA, com

⁴⁵ MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges. *O caso da fragata ara libertad: a ampliação da jurisdição internacional the ara libertad case: the expansion of international jurisdiction*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=382e69243f57d266>>. Acesso: 28/08/2019.

⁴⁶ VASCONCELOS, Raphael Carvalho. *El Derecho Internacional Contemporáneo y la Ciencia Política: entre la Comprensión y la Modulación. Curso de Derecho Internacional*. 1ed. Washington DC: OAS/OEA, 2017, v. XLIII, p. 364-477.

quórum mínimo de 5 juízes para julgamento. De acordo com os artigos 1º e 2º do seu Estatuto⁴⁷, ela possui duas funções básicas: (i) consultiva; e (ii) contenciosa⁴⁸.

Com relação a sua competência consultiva, a Corte IDH possui a prerrogativa de emitir decisões de caráter não vinculante sobre questões interpretativas relativas a Convenção Americana, como também de outros tratados que incidam sobre os Estados Americanos. Já sua competência contenciosa possui caráter vinculante e se dá frente a uma controvérsia concreta e diz respeito sobre a aplicação propriamente dita da Convenção.

Qualquer Estado integrante da OEA pode solicitar uma consulta a Corte IDH, ainda que este não seja parte da CADH. A consulta pode versar sobre a própria Convenção, ou qualquer outro instrumento de direito internacional que verse sobre direitos humanos. A Corte pode ainda, caso seja parte do pedido, se posicionar a respeito da compatibilidade entre os instrumentos anteriormente citados e a legislação interna do Estado requerente, exercendo controle de convencionalidade das leis.

A competência consultiva da Corte IDH é um instrumento singular no que diz respeito a sua amplitude, quando comparado a outros Tribunais Internacionais. Possui uma grande importância na construção doutrinária internacional sobre direito dos tratados. As opiniões consultivas não estão limitadas aos fatos específicos aventados e não exigem o confronto da Corte IDH ao caso concreto, mas pelo contrário, afasta demais questões políticas que poderiam de alguma forma induzir a um determinado ponto de vista, ou outro. Dentre outras funções, este instituto também possui o condão de uniformizar e dar maior consistência ao disposto na Convenção Americana.

⁴⁷ Artigo 1º Natureza e regime jurídico A Corte Interamericana de Direitos Humanos é uma instituição judiciária autônoma cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A Corte exerce suas funções em conformidade com as disposições da citada Convenção e deste Estatuto.

Artigo 2º Competência e funções A Corte exerce função jurisdicional e consultiva. §1. Sua função jurisdicional se rege pelas disposições dos "artigos 61, 62 e 63" da Convenção. §2. Sua função consultiva se rege pelas disposições do "artigo 64" da Convenção. Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Aprovado pela resolução AG/RES. 448 (IX-O/79), adotada pela Assembléia Geral da OEA, em seu Nono Período Ordinário de Sessões, realizado em La Paz, Bolívia, outubro de 1979

⁴⁸ FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. *The Inter-American System for the Protection of Human Rights : Institutional and procedural aspects* / Héctor Faúndez Ledesma. -- 3 ed. -- San José, C.R. : Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008. P. 199

O Controle de convencionalidade realizado pelas Opiniões Consultivas ocorre através do confronto entre o chamado “material controlante” e o “material controlado”. O material controlante diz respeito a referência, ou seja, aos elementos que serão utilizados como parâmetro, como uma constituição ou um tratado. Já o material controlado diz respeito às normas que deverão se adequarem ao parâmetro, que são as leis comuns ou até mesmo uma constituição, caso o parâmetro seja um tratado de direitos humanos⁴⁹.

Como dito anteriormente, nas Opiniões Consultivas a Corte faz a análise de um caso abstrato que não corresponde a um Estado litigioso, propriamente dito. Nesse sentido, a sua jurisprudência tem se limitado a emitir decisões com quatro tipos de teses diferentes, que dizem respeito a delimitação do material controlante: (i) *tese ampla implícita*; (ii) *tese ampla explicativa*; (iii) *tese presumidamente restritiva*; e (iv) *tese de indefinição atual*⁵⁰.

Em alguns dos seus julgados, a Corte IDH adotou a ideia de *tese ampla implícita*, ao não diferenciar de maneira clara a relação entre material controlante e controlado em Sentenças e Opiniões Consultivas. De acordo com essa tese, as competências consultivas e contenciosas da Corte IDH praticamente se confundem. Ainda que a uma Opinião consultiva diga respeito a um caso em abstrato, ela estaria criando uma interpretação vinculante para o próximo caso onde aquele entendimento fosse aplicável, tendo em vista que Corte IDH seria a “intérprete última” da Convenção⁵¹.

A *tese ampla explicativa* entende também as sentenças e as opiniões consultivas com a mesma força vinculante, porém admite uma certa imprecisão dentro do material controlante. Aqui se admite não só os tratados como parâmetros, mas também as próprias decisões judiciais da Corte IDH, que passam a ser consideradas precedentes, que é um conceito bastante polêmico dentro do Direito Internacional. Caso se adote o

⁴⁹ PEDRO SAGÜES, Nestor. *Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana, em el control de convencionalidad*. In: Pensamiento Constitucional N° 20, 2015, pp. 275-283.

⁵⁰ *Ibidem*. P. 277.

⁵¹ Julgados nesse sentido: *Almoacid Arellanos vs. Chile*, *Boyce vs. Barbados*, *Contreras vs. El Salvador*, *Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, *Fernández Ortega v. México*, *Rosendo Cantú vs. México*, *Ibsen Cárdenas y otro vs. Bolivia*, *Gómez Lund y otros vs. Brasi*, e *Cabrera García y otro vs. México*.

entendimento, portanto, de que as Opiniões Consultivas seriam precedentes, então elas também deveriam ser aplicadas no caso concreto⁵².

A *tese presumidamente restritiva* se aplica aos casos em que a Corte IDH afirma serem oponíveis “aos princípios estabelecido na jurisprudência do Tribunal”. Assim como dito anteriormente sobre precedentes, o termo “jurisprudência” também gera bastante controvérsia em sede de Direito Internacional. Nessa tese, portanto, a aplicabilidade das opiniões consultivas enquanto material controlante estaria condicionada ao seu entendimento, ou não, como “jurisprudência”⁵³.

A quarta e última, denominada *tese da indefinição atual*, indaga se assim como os casos contenciosos fazem coisa julgada as opiniões consultivas não fariam também “coisa interpretada”. Esse se daria ao fato de que os procedimentos das opiniões consultivas se assemelham e muito a função jurisdicional propriamente dita da Corte, como a possibilidade de realizar audiências públicas e receber *amicus curiae*. Não haveria o entendimento unificado se as decisões das Opiniões Consultivas possuiriam efeito *erga omnes* e, portanto, se pertenceriam ao material controlante⁵⁴.

Já no plano contencioso, a Corte IDH emite as Sentenças de mérito que possuem caráter vinculante e o condão de gerar responsabilidade internacional dos Estado. Sua sentença constitui uma obrigação de resultado. Isso significa que o Estado deve fazer uso dos mecanismos institucionais próprios cabíveis para prevenir e reparar violações aos direitos humanos protegidos pela convenção. Suas decisões não passíveis de recurso, portanto, devem ser cumpridas de plano.

Ao contrário do que ocorre com as Opiniões Consultivas, a Corte IDH possui competência para apreciar casos contenciosos apenas em relação aos países integrantes da OEA aceitaram expressamente tal competência, conforme estabelece o artigo 62 da

⁵² O principal julgado aqui é o caso *Gelman vs. Uruguai*.

⁵³ Julgado referência é o *Contreras e Outros vs. El Salvador*.

⁵⁴ Essa tese foi levantado em voto apartado do juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor no caso *Gelman vs. Uruguai*.

CADH⁵⁵. Esse é um ponto duramente criticado pela doutrina brasileira⁵⁶. Segundo defendem, o Protocolo Facultativo de admissão da jurisdição contenciosa da Corte IDH seria um instrumento anacrônico e obsoleto que deveria ser substituído pela submissão automática à jurisdição contenciosa da Corte IDH.

Quanto à sua competência, a Corte IDH, assim como qualquer Tribunal Internacional, não funcionam como um tribunal recursal ou de cassação, tampouco deve substituir ou suprimir as instâncias internas dos Estados. Contudo, os atos praticados pelo Estado enquanto poder judiciário, podem vir a ser questionado em sede internacional e se tornarem alvo de responsabilização.

Quanto ao acesso a jurisdição da Corte IDH, este está adstrito apenas a CIDH e os Estados, sendo vedado o acesso direto do indivíduo⁵⁷, conforme o artigo 61 da CADH. Até 2001, as vítimas e/ou seus representantes sequer poderiam se apresentar de maneira autônoma frente a Corte IDH, o que foi posteriormente alterado. Esse é outro ponto de inflexão duramente criticado pela doutrina. Cançado Trindade é um dos maiores defensores da emancipação do indivíduo em relação a ampliação do seu acesso a jurisdição interamericana⁵⁸.

Os tratados de Direitos Humanos possuem uma identidade própria e se diferenciam dos demais tratados de direito internacional multilaterais. Sua função é proteger direitos fundamentais inerentes a pessoa humana. Seu caráter universal,

⁵⁵ 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. 2. A declaração pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos. Deverá ser apresentada ao Secretário-Geral da Organização, que encaminhará cópias da mesma aos outros Estados membros da Organização e ao Secretário da Corte. 3. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêem os incisos anteriores, seja por convenção especial. CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. (Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969)

⁵⁶ Dentre os principais, estão os professores Antonio Augusto Cançado Trindade, Professora Flávia Piovesan e Eduardo Manuel Val.

⁵⁷ Existem alguns casos em que houve o acesso direto do indivíduo a jurisdição contenciosa da Corte IDH, contudo esses casos podem ser considerados raras exceções. Para mais informações cf. LEGALE, Siddharta Legale; VAL, Eduardo Manuel. *As "mutações convencionais" do acesso à justiça internacional e a Corte Interamericana de direitos humanos*. Publicado no CONPEDI DA COSTA RICA.

⁵⁸ TRINDADE, Antônio Augusto. *The Access of Individuals to Internatinal Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2011. P. 37 e ss.

pressupõe que sua proteção independe das fronteiras entre Estados e não estão condicionados a discricionariedade do poder público nacional.

O art. 1º da Convenção Americana sobre Direitos dos Tratados (CADH) dispõe sobre o dever dos Estados-membros de respeitar e fazer cumprir o disposto pela CADH. Estabelece que o Estado deve assegurar os direitos de todo ser humano sem qualquer distinção de raça, cor, gênero, origem, ou qualquer outro preconceito que busque relativizar ou afastar valores inerentes a pessoa humana.

No mesmo sentido, a Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados (CVDT) também prevê a proteção dos Direitos Humanos contra eventual resistência interna oposta pelos Estados. No art. 27 e em parte dos arts. 26 e 31, a CVDT estabelece que não é oponível pelo Estado razões de ordem interna, qualquer que seja, para o não cumprimento das obrigações assumidas em tratados internacionais.

No caso que ficou conhecido como "A última Tentação de Cristo", a Corte reiterou que em casos de normas consuetudinárias, também chamadas de "direito das gentes", os Estados possuem a obrigação de compatibilizar suas normas internas as diretrizes internacionais⁵⁹.

Isso significa que o Estado deve movimentar seu aparato institucional de maneira coordenada para garantir a eficácia dos Direitos Humanos. A mera previsão legal não é suficiente para o cumprimento das obrigações Convencionais. É necessário também uma conduta governamental condizente com o que se espera de um Estado que busca o cumprimento de suas obrigações internacionais de boa-fé⁶⁰.

⁵⁹ Nesse caso, o Chile foi levado a jurisdição interamericana por violação aos direitos a liberdade de consciência e religião, protegidos nos art. 12 e 13 da Convenção Americana. O motivo foi a censura prévia de um filme chamado "A última tentação de cristo" com base na constituição do próprio Estado. A Corte IDH determinou a alteração da própria constituição do Estado, tornando este um dos casos mais paradigmáticas sob a capacidade de interveniência da Corte. Corte IDH. Olmedo Bustos y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Para mais informações sobre o caso, cf. CAUSANILHAS, Tayara. *O Caso Olmedo Bustos e Otros vs. Chile (2001) – Liberdade de Expressão e a Última Tentação de Cristo*. Disponível em: <https://nidh.com.br/o-caso-olmedo-bustos-e-otros-vs-chile-2001-liberdade-de-expressao-e-a-ultima-tentacao-de-cristo/>. Acesso: 12/08/2018.

⁶⁰ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2001. Para uma visão clássica do fenômeno no Brasil, cf. VALLE, Vanice Lirio do. *Sindicar a omissão legislativa*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

Isso se deve a incidência do princípio do desenvolvimento progressivo e a ao princípio *pro homine*, ou favor persona. Tais princípios podem ser extraídos do art. 26 e 29, alínea b da CADH. Sua função é basicamente proporcionar a maior proteção possível aos direitos humanos. Nos casos em que a proteção interna do Estado for mais abrangente do que própria Convenção, ela é quem deve prevalecer.⁶¹

A partir do momento em que um Estado ratifica a Convenção, ela passa automaticamente a ser uma norma interna do próprio Estado. Contudo, não deixa de ser norma de direito internacional, assumindo uma dupla dimensão. Por isso, ela passa a vincular a todas as instâncias judiciais ordinárias, constitucionais e outras especiais⁶².

1.4 - O Controle de Convencionalidade e Diálogos Transnacionais.

O processo de integração entre o direito constitucional e internacional representa uma progressão no sentido do avanço mundial em direção ao humanismo. A ideia de Direito Cosmopolita, Global, Transnacional, Das Gentes, indica exatamente perenidade das fronteiras dos Estados, bem como uma mitigação do conceito de soberania, em detrimento da proteção da pessoa razão de ser principal do Direito⁶³.

O Controle de convencionalidade⁶⁴ nada mais é do que o juízo de compatibilidade entre uma norma, com a Convenção Americana de Direitos Humanos. Apesar do fato de que a Corte IDH possuir a competência de analisar essa compatibilidade em última

⁶¹ PINTO, Mónica. *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos.* Disponível: http://repositoriocdpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/594/CL_PintoM_PrincipioProHomine_1997.pdf?sequence=1. Acesso: 12/08/2018.

⁶² ALCALÁ, Humberto Nogueira. *El Control de Convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos.* Op. Cit.

⁶³ ANTONIAZZI, Mariela Morales. "La Interamericanización a la Luz del Pluralismo Dialogico: Un Aporte al Ius Constituionale Commune." *Inter-American and European Human Rights Journal*, vol. 9, no. 1, 2016, p. 138-161. HeinOnline. O professor Luís Cláudio Martins também irá trabalhar a ideia da contribuição no direito comparado entre cortes constitucionais, chamando isso de "fertilização mútua". Para mais informações, cf. ARAÚJO, Luis Cláudio Martins. *O Diálogo Institucional ente Cortes Constitucionais: uma nova racionalidade argumentativa justificada pelos diálogos institucionais transnacionais.* Revista da AGU, Brasília-DF, ano XIII, n. 39, p. 226-252, jan./mar. 2014

⁶⁴ O Controle de Convencionalidade surge pela primeira vez no caso *Barrios Altos vs. Peru*, ainda que o termo propriamente dito não tenha sido utilizado. Cf. SILVA, Ângela Vitória Andrade Gonçalves; PÊGAS, Lucas Tavares Pereira. *Barrios Altos vs. Peru: As origens do Controle de Convencionalidade.* Disponível em: <https://nidh.com.br/category/casoteca/page/2/>. Acesso: 12/08/2018.

instância, isso não significa que a jurisdição interna de cada Estado-membro não deva aplicar diretamente as normas contidas na Convenção⁶⁵.

De acordo com a praxe, as cortes internacionais devem atuar de forma subsidiária. Isso significa que se deve ter se esgotado, ainda que materialmente, todas as instâncias internas do Estado. Uma vez exercido, gera automaticamente uma obrigação de resultado para o Estado responsabilizado internacionalmente⁶⁶.

Isso significa que, ao contrário do que Kelsen defendia, a pirâmide hierárquica não seria um cume ocupado por apenas uma norma, mas por normas de diferentes origens e força igual, apesar de que o Autor reconhecer que ambas coexistem⁶⁷. A validade das normas de Direito Internacional e também das normas de Direito Interno estariam condicionadas a maior proteção do indivíduo, devendo sim serem consideradas nulas e inexistentes do ponto de vista jurídico, no caso de violações de normas imperativas, peremptórias e inderrogáveis, chamadas de *jus cogens*.

As normas de *jus cogens* são a maior expressão dos Direitos Humanos e que estariam mais aquém da voluntariedade de qualquer Estado soberano. Está prevista os arts. 53 e 64 da Convenção de Vienna e podem ser definidas como regras gerais compartilhada e reconhecidas por toda a comunidade internacional. Isso conferiria aos direitos humanos um status privilegiado dentro do Direito Internacional alçando-o ao nível do Direito Constitucional, enquanto o as demais normas internacionais possuiriam apenas status supraconstitucional⁶⁸.

Para Jacob Dolinguer, havia uma perspectiva dos internacionalistas brasileiros de que o Direito interno era uma derivação do direito internacional. Contudo essa visão muda

⁶⁵ GUERRA, Sidney. *Controle de Convencionalidade*. Revista Jurídica UNICURITIBA. V.n.46, Curitiba, 2017, pp. 1-21. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1994/1275>. Acesso: 09/08/2018

⁶⁶ Para mais informações, cf. OLIVEIRA, Thiago Aleluia Ferreira de; VAL, Eduardo Manuel. *O controle jurisdicional de convencionalidade: a prática dos Tribunais Constitucionais do Chile e Brasil. Justiça e Cidadania na América Latina: debates no século XXI*. 1ed. Capivari de Baixo: Fucap, 2016, v. 1, p. 121-139

⁶⁷ Kelsen é tido como o expoente clássico do Monismo. Contudo, entende a prevalência do direito internacional sobre o direito estatal, com base em uma perspectiva meramente prática, afastando qualquer questão valorativa. Cf. Kelsen, Hans, 1881-1973. *Teoria pura do direito* / Hans Kelsen ; [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1998. P. 232.

⁶⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional internacional*. – 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 122.

em 1977, quando o Supremo Tribunal Federal decide favoravelmente sobre a prevalência de uma norma interna em detrimento de uma norma internacional, no Recurso Extraordinário nº 80.004⁶⁹. O caso envolveu a validade do Decreto-Lei nº 427 que derogou a Convenção de Genebra na parte em que previa uma legislação uniforme sobre letras de câmbio. O referido decreto estabeleceu a obrigatoriedade do registro do título em repartição fazendária nacional, contrariando a normativa internacional⁷⁰. A partir daí, a suprema corte parece ter adotado uma postura cada vez mais inclinada a afastar o direito internacional

Flávia Piovesan alude a formação de um novo paradigma, onde a figura da pirâmide de Kelsen deveria ser substituída pela figura de um trapézio. O trapézio, que ocuparia o ápice da pirâmide seria exatamente a personificação do bloco de constitucionalidade, onde o direito internacional dos direitos humanos e o direito constitucional possuiriam igual hierarquia⁷¹.

O que existe, na verdade, são competências distintas que deverão prevalecer dentro de qualquer controvérsia jurídica. Isso é o que André Ramos de Carvalho irá chamar de *duplo controle*, ou *duplo crivo*. Para que a norma possa produzir efeitos no mundo jurídico, ela deve ser compatível não só com a Constituição do Estado-Membro, como também com a Convenção Americana de Direitos Humanos. Em caso de controvérsia, a

⁶⁹ DOLINGER, Jacob. *A nova constituição e o direito constitucional*. Universidade da Califórnia: Livraria F. Bastos, 1987. p. 13.

⁷⁰ CONVENÇÃO DE GENÉBRA, LEI UNIFORME SOBRE LETRAS DE CÂMBIO E NOTAS PROMISSÓRIAS - AVAL APOSTO A NOTA PROMISSÓRIA NÃO REGISTRADA NO PRAZO LEGAL - IMPOSSIBILIDADE DE SER O AVALISTA ACIONADO, MESMO PELAS VIAS ORDINÁRIAS. VALIDADE DO DECRETO-LEI Nº 427, DE 22.01.1969. EMBORA A CONVENÇÃO DE GENÉBRA QUE PREVIU UMA LEI UNIFORME SOBRE LETRAS DE CÂMBIO E NOTAS PROMISSÓRIAS TENHA APLICABILIDADE NO DIREITO INTERNO BRASILEIRO, NÃO SE SOBREPÕE ELA ÀS LEIS DO PAÍS, DISSO DECORRENDO A CONSTITUCIONALIDADE E CONSEQUENTE VALIDADE DO DEC-LEI Nº 427/69, QUE INSTITUI O REGISTRO OBRIGATÓRIO DA NOTA PROMISSÓRIA EM REPARTIÇÃO FAZENDÁRIA, SOB PENA DE NULIDADE DO TÍTULO. SENDO O AVAL UM INSTITUTO DO DIREITO CAMBIÁRIO, INEXISTENTE SERÁ ELE SE RECONHECIDA A NULIDADE DO TÍTULO CAMBIAL A QUE FOI APOSTO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. (STF - RE: 80004 SE, Relator: Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, Data de Julgamento: 01/06/1977, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 29-12-1977 PP-09433 DJ 19-05-1978 PP-03468 EMENT VOL-01083-02 PP-00915 RTJ VOL-00083-03 PP-00809)

⁷¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Diálogos entre jurisdições*. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 19 – jan./jun. 2012. P. 68.

norma deverá superar ambas as jurisdições, sob pena de ser afastada por qualquer um das duas⁷².

O juiz nacional deve utilizar como parâmetro de aplicação normativa não só as normas de direito interno, como também o próprio *corpus iuris* interamericano, bem como a jurisprudência ditada pela Corte IDH. Para tanto, pode fazer uso de uma série de métodos propostos pela própria Corte IDH: interpretação evolutiva, interpretação dinâmica, o princípio *pro persona*, princípio do desenvolvimento progressivo, princípio da proporcionalidade.

Nesse sentido, pode o juiz nacional, inclusive, dar início a uma interpretação inovadora. A proposta tenderia a se tornar um verdadeiro diálogo de mão dupla com a Corte IDH, a qual ainda reservaria para si a função última de convalidar ou não o entendimento acerca da interpretação da Convenção.

Isso significa que os juízes nacionais não devem aderir e aplicar de forma completamente acrítica a jurisprudência da Corte IDH. Cabe a eles também inovar e promover uma verdadeira cooperação em direção a maior efetividade possível dos direitos protegidos pela CADH.

Nogueira Alcalá sustenta que Controle de Convencionalidade, de acordo com a jurisprudência da Corte IDH pode ser sintetizado da seguinte maneira: (a) Todos os órgãos do Estado-Parte, em todos níveis, estão vinculados a são obrigados a fazer valer a Convenção, ainda que tendo a legislação interna como contraponto; (b) O controle deve ser realizado, inclusive, *ex-officio* não sendo passível de anulação por leis contrárias; (c) Em sua aplicação deve ser considerado não só as normas Convencionais, como também a jurisprudência da Corte IDH, interprete última e final da Convenção; (d) O controle se exerce dentro da competência de cada órgão e juízo, de acordo com a legislação vigente; (e) O controle de convencionalidade deve ocorrer em conformidade com os princípios estabelecidos pela Convenção Americana de Direitos Humanos; (f) O controle não se

⁷² CARVALHO RAMOS, André de. *Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional*. Revista da Faculdade de Direito Universidade de São Paulo, v. 106/107. p. 497 - 524. jan./dez. 2011/2012

aplica somente a Convenção, mas também ao corpus iuris interamericano, de acordo com o art. 29 da CADH⁷³.

A Corte IDH ao emitir suas decisões, pretende que os Estados façam uso da menor margem possível de apreciação interna. Isso significa que os standards traçados em sua jurisprudência devem ser o mais fiel possível ao entendimento da Corte IDH.

Segundo Alcalá, o diálogo entre as cortes nacionais e a interamericana podem ocorrer através das seguintes hipóteses interpretativas: a) extensiva; b) inovadora; c) corretiva; d) receptiva; e) neutralizadora; f) discordante⁷⁴.

Na interpretação extensiva, o juiz nacional pode ampliar o campo de aplicação do direito, em relação ao posicionamento da Corte IDH. Essa seria uma das formas de promover um intercâmbio bilateral ou multilateral entre ambas as Cortes. Sendo assim, é possível que a jurisdição nacional venha a influir na jurisprudência da Corte IDH, ou não. Também há a hipótese da Corte IDH realizar um juízo reprobatório da jurisdição nacional.

A interpretação inovadora ocorre quando o juiz nacional emite uma decisão inédita, a qual a Corte IDH ainda não havia se pronunciado. Essa é a maior expressão da autonomia nacional, no momento em que o juiz nacional abre o diálogo com a Corte IDH. Isso pode ocorrer quando ele restringe uma norma nacional com fundamento direto da Convenção.

A interpretação corretiva é aquela advinda de uma condenação do Estado-Parte pela Corte IDH, que gera uma obrigação internacional de correção. Em observância ao *pacta sunt servanda*, o Estado condenado, deve dispor de todos os mecanismos institucionais cabíveis para cumprir com o que foi determinado pela Corte IDH e regularizar sua situação, perante os parâmetros internacionais de proteção aos direitos humanos.

A interpretação receptiva representa um dos graus mais avançados de diálogo e simpatia com os direitos humanos. Nesses casos, os Estados-Partes se antecipam a uma eventual possibilidade de condenação pela Corte IDH. Ao perceber que a Corte já se

⁷³ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *El Control de Convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Op. Cit. Pág. 240.

⁷⁴ *Ibidem*. Pág. 248

pronunciou em um caso semelhante, o Juiz-Estado extrai dali a *ratio decidendi*, e aplica ao caso concreto do entendimento da Corte IDH, evitando a responsabilização internacional.

A interpretação neutralizadora representa uma forma de tentar adequar, forçadamente, uma interpretação “conforme” entre a jurisdição interna e internacional, de forma que esta última seja anulada. Nesse sentido, se ignora a interpretação da Corte IDH, passando-se a uma aplicação própria da CADH, a qual, na maioria das vezes, acaba por desvirtuar seu sentido. Esse é um tipo de interpretação classicamente pernicioso e que não traz qualquer benefício em termos de efetivação de direitos.

Na interpretação discordante, é permitido que a jurisdição interna do Estado discorde da Corte IDH. Importante destacar que tal discordância deve se dar em um caso semelhante, que não aquele em que o Estado já foi responsabilizado internacionalmente, visto que a Corte IDH sempre reservará para si o condão de dar a última palavra sobre o cumprimento, ou não, da CADH. Ainda assim, o Estado pode também contribuir para com o debate, constituindo uma verdadeira via de mão dupla, levando a Corte IDH a também refletir sobre seus pressupostos e diretrizes de proteção dos Direitos Humanos.

As constituições, tanto do Brasil quanto da Colômbia possuem cláusulas de abertura que permitem a permeabilidade ao direito internacional, conforme será trabalhado mais detidamente nos capítulos seguintes. A ampliação do diálogo e dos canais de acesso constituem uma via de formação do que se pode chamar de *ius constitutionale comune*. Esse conceito busca justamente fortalecer a ideia de um direito comum compartilhado por Estados que vão além de questões políticas, mas envolvendo a delimitação de um núcleo intangível de Direitos destinados a proteger a pessoa humana de maneira democrática, em regiões na qual existem pontos de convergência nesse sentido, como a protegida pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos⁷⁵.

O processo de integração dessas constituições com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos formaria, então, uma superestrutura de proteção dos direitos humanos que abarcaria todos os dispositivos internos e internacionais. O produto final seria, portanto, uma constituição regional, ou transnacional. Em que pese o fato de que

⁷⁵ ANTONIAZZI, Mariela Morales. *Op. Cit.* p. 143.

controle de convencionalidade ser exercido em última instância pela Corte IDH, isso não afastaria a competência de outros órgãos de fazê-lo. Pelo contrário, a recepção dessa normativa internacional com força e hierarquia constitucional teria o condão exatamente de ampliar a aplicação e o cumprimento desses direitos⁷⁶.

1.5 – De que forma a expansão da jurisdição internacional ou a retração política estratégica podem contribuir para melhorar os diálogos institucionais?

É possível dizer que tanto a Comissão quanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ganharam especial relevância nos últimos anos, quer pelo maior número de casos, quer pela expansão dos canais de diálogos com os Estados. Não obstante, a atuação de ambas as instituições deve possuir a capacidade de leitura do momento histórico em que está inserida para nortear sua atuação da maneira mais eficaz possível.

Há uma linha tênue entre aquilo que é desejável e aquilo que possível de ser feito. A maior proteção possível dos direitos humanos deve ser sempre o fim último da jurisdição internacional, contudo deve ser feito com a devida prudência. A América Latina promoveu uma significativa retomada de regimes democráticos nos últimos anos, o que por si só, garante boa parte da autonomia dos países de solucionarem seus conflitos sem a interferência externa. Mais do que isso, países como o Brasil, passam por períodos dominados por Governos e partidos conservadores e de perigosa aversão ao Direito Internacional.

Não se defende aqui a diminuição ou até abstenção da intervenção do SIDH. Pelo contrário, o que se propõe é que a jurisdição interamericana continue sua expansão. Contudo recomenda-se o uso de canais alternativos de diálogos, priorizando decisões de cunho mais político e capaz de trazer soluções mais efetivas. Decisões de cunho excessivamente impositivas correm o risco de enfraquecer as relações com os Estados, se

⁷⁶ Em voto concorrente, o juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor defende a atuação de um sistema integrado de proteção dos direitos humanos dispostos na CADH, que envolvam exatamente todas as instâncias nacionais e internacionais responsáveis por garantir seu cumprimento. Corte IDH. Caso Gelaman vs. Uruguai. Voto concorrente do Juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor. 20 de março de 2013.

tornando decisões inócuas, ou até mesmo levando ao colapso do sistema, como aconteceu no caso da Venezuela.

CAPÍTULO 2: O NOVO CONSTITUCIONALISMO SUL AMERICANO: UMA ABERTURA A JURISDIÇÃO INTERNACIONAL?

2.1 – Aspecto Gerais

A doutrina constitucional evoluiu ao longo da história moderna frente a períodos históricos distintos. Refletiram contextos sociais específicos e encabeçaram mudanças substanciais nas estruturas dos Estados. Esses períodos são conhecidos por alguns autores como “momentos constituintes” e representaram a ruptura com antigos paradigmas e o surgimento de novos. Na história mundial, é possível elencar pelo menos quatro principais momentos constitucionais globais: (i) as revoluções liberais do século XVIII; (ii) a reação conservadora, oriunda da aliança entre a aristocracia e alguns setores da burguesia ocorrida ao longo do século XIX e do século XX; (iii) a retomada democrática nas primeiras décadas do século XX; (iv) o momento que sucede a II Guerra Mundial, dando origem ao constitucionalismo social e ao entendimento de que seria necessário uma redistribuição de renda entre classes dominantes e dominadas⁷⁷.

O fenômeno constituinte irá atingir mais tardiamente também a América Latina após os movimentos de independência do século XVIII, sob forte influência das revoluções americana (1787) e francesa (1791), podendo ser chamado de “Novo Constitucionalismo Sul-Americano. O surgimento das novas constituições no continente foi inaugurado pela Constituição Mexicana de 1917. Essas novas constituições guardam traços característicos próprios, que irão se desenvolver em conformidade com o contexto da região e as demandas de cada Estado. Além disso, representou uma série conquistas de direitos de ordem social sem precedentes⁷⁸.

Não obstante o fato desse processo ter sido considerado como “revolucionário”, isso não representou mudanças profundas nas estruturas de poder. Se mantiveram as diferenças de ordem social e política entre as classes dominadas e dominantes. A formação do Estado-Constitucional de Direito positivou a igualdade formal que em pouco

⁷⁷ VICIANO PASTOR, Roberto & MARTINEZ DALMAU, Rubén. *Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Corte constitucional del Ecuador para el período de transición: el nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador.

⁷⁸ VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. *El proceso constituyente venezolano em el marco del nuevo constitucionalismo latino-americano*. *Ágora-Revista de Ciencias Sociales*, n° 13, 2005, pp. 55-68.

ou nada saiu do campo das ideias. O contexto social foi permeado por um sistema representativo clientelista e de democracia excludente⁷⁹.

Foi criado um sistema de centralização de poder nas mãos do Presidente da República gerando seu fortalecimento exacerbado. O acúmulo de prerrogativas, como o poder de declarar Estado de Sítio, declarar Intervenção Federal, legislar em alguns casos, designar e remover ministros, acabou gerando um desequilíbrio no sistema de freios e contrapesos dos Estados, o que deixou cada vez mais distante as promessas constitucionais no que tange a concretização de direitos sociais⁸⁰.

Antes de adentrarmos no objeto do capítulo, é necessário realizar uma diferenciação de ordem teórica quanto ao recorte que pretendemos adotar, entre: neoconstitucionalismo, novo constitucionalismo e novo constitucionalismo latino-americano. O conceito de neoconstitucionalismo data da segunda metade do século XX e remete ao processo de fortalecimento das normas constitucionais de conteúdo material, principalmente aquelas relacionadas a direitos fundamentais, e não mais apenas de cunho meramente organizacional. Transforma o conceito de “Estado de Direito” em “Estado Constitucional de Direito” através da permeabilização do texto constitucional com princípios e normas de hierarquia superior, colocando a constituição como centro do ordenamento jurídico⁸¹.

Já o conceito de “novo constitucionalismo”, engloba os avanços neoconstitucionalismo, porém, adiciona o caráter democrático da constituição. Aqui, não basta que uma nova constituição tenha seguido todos os trâmites previstos para sua construção ou que apresente uma carta de direitos fundamentais. É necessário seu espelhamento na vontade do povo que é seu destinatário e coautor, ao mesmo tempo.

⁷⁹ WOLKOMER, Antonio Carlos. *Pluralismo e Crítica do Constitucionalismo na América Latina*. In: Para além das fronteiras: o tratamento jurídico das águas na Unasul. Part1./Atônio Carlos Wolkomer... [et. al.]; Org: Germana de Oliveira Moraes, Marcos Leite Garcia, Flávia Soares, Marcos Leite Garcia, Flávia Soares Unneberg. – Dados eletrônicos. – Itajaí: UNIVALI, 2012. – (Coleção Osvaldo Ferreira de Melo; v. 2)

⁸⁰ GARGARELLA, Roberto. *Constitucionalismo latino-americano: a necessidade prioritária de uma reforma política*. In: Constituinte exclusiva: um outro sistema político é possível. P. 9-19. São Paulo, Editora Expressão Popular, 2014.

⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (REFE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº9, março/abril/maio,2007.

Além disso, deve funcionar como principal ferramenta de limitação e, principalmente, de efetivação de direitos.

Posteriormente, e como produto dos anteriores, surge o “novo constitucionalismo latino-americano” na Venezuela, Bolívia e Equador. Esse foi o conceito cunhado pelos professores Roberto Martínez Dalmau e Roberto Viciano Pastor para caracterizarem os processos constituinte específicos que ocorreram nesses países. Sustentam que os surgimentos das novas constituições latinas careciam de uma legitimidade democrática verdadeira. Boa parte de seus processos foram conduzidos pelas elites, afastando boa parte da população. Esse cenário começa a mudar com a constituição Venezuelana de 1999, que contou com a presença de um referendun ativador e um *referendum* de aprovação do texto final⁸².

O presente trabalho se insere no marco do “novo constitucionalismo”. Não será explorado em detalhe questões referentes ao novo constitucionalismo latino-americano, ou ao neoconstitucionalismo. O objetivo é compreender como que a nova onda de valores democráticos e direitos fundamentais nas constituições brasileiras de 1988 e Colombiana de 1991 foram capazes de ampliar a capacidade de diálogo com o direito internacional e fortalecimento dos direitos humanos, num viés de proteção de minorias.

O novo constitucionalismo pode ser considerado como um fenômeno comum, que se espalhou por países da América-latina, no que diz respeito a mudanças institucionais profundas. Após uma série de governos autoritários e anos de afastamento de minorias étnicas e sociais dos instrumentos de representação governamental e, conseqüentemente, do reconhecimento de direitos fundamentais⁸³.

O desenvolvimento do constitucionalismo na região terá início nos anos 80 e estenderá até a primeira década do século XXI. Essa nova onda constitucionalista na região buscou uma ruptura paradigmática com o que Raquel Fajardo irá chamar de

⁸² Para os autores, o novo constitucionalismo possui quatro características elementares: originalidade, amplitude, complexidade e rigidez. VICIANO PASTOR, Roberto & MARTINEZ DALMAU, Rubén. *Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Op. Cit. p. 172.

⁸³ UPRIMNY, Rodrigo. 2011. *Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: Tendencias y desafíos*. En: Pensamiento penal, N° 122. Viedma: Asociación de Pensamiento penal. Disponível em: <http://www.pensamientopenal.com.ar/node/28469>. Acesso: 11/08/2018.

*horizonte do constitucionalismo liberal monista e do horizonte do constitucionalismo social integracionista, pelo horizonte do constitucionalista pluralista*⁸⁴.

Esse foi um processo de superação no monismo jurídico, ou seja, da ideia de que haveria apenas um sistema jurídico dentro de um Estado e uma única lei geral que deveria abarcar todos os cidadãos de maneira indistinta. As novas constituições seriam municiaadas de uma perspectiva pluralista, capaz incluir outras e tornar coexistentes outros sistemas jurídicos. Isso representou uma ruptura com o legado colonial de subordinação a apenas um poder estabelecido pelas classes dominantes.

A opressão dos colonizadores no “novo mundo” contra os índios se deu desde o uso da força, com a chegada dos europeus no século XVI, até a evangelização indígena através das constituições de horizonte liberais-monista no XIX criadas pela elite crioula. Esse último se deu através a partir de três técnicas: (i) a conversão dos índios em “cidadãos”, o que implicava em, necessariamente, na dissolução de suas comunidades, no desmantelamento de sua estrutura de poder e na tomada de suas terras; (ii) civilizar e cristianizar aquelas que eram vistos como “selvagens” e necessitavam de “salvação”; (iii) a promoção de guerras entre as tribos que celebraram tratados com a coroa e aquelas chamadas de “bárbaras”, anexando posteriormente seus territórios.

O primeiro sinal de superação desse paradigma foi a Constituição Mexicana de 1917. Pela primeira vez, foi questionado o sistema liberal individualista instaurado no XIX, dando lugar ao constitucionalismo social. Foram reconhecidos direitos sociais, sujeitos coletivos e direitos sociais que passaram a integrar a esfera de cidadania do Estado. A cultura indígena, assim como suas terras passaram a ter sua própria autonomia e identidade própria, conforme estabelecido pela constituição. Sua ideia era integrar os mais variados tipos de estratos sociais, evitando rupturas e desmembramentos do Estado-nação.

Posteriormente, o horizonte constitucionalista social integracionista dará lugar ao *horizonte constitucionalista pluralista*. Raquel Fajardo irá dividir esse último em três ciclos na sua formação: (i) o primeiro deles é o *constitucionalismo multicultural*, que vai

⁸⁴ YRIGOYEN FAJADO, Raquel Z. *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la decolonización*. In: GARAVITO, César Rodríguez (coord.). *El Derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 139-159

de 1982 a 1988; (ii) o segundo foi o *constitucionalismo pluricultural*, que vai de 1989 a 2005; e o (iii) terceiro e último, que é o *constitucionalismo plurinacional* que vai de 2006 a 2009⁸⁵.

O primeiro ciclo, chamado de constitucionalismo multicultural se desenvolve ao longo dos anos 80 do século XX. Esse primeiro momento possui como marco o reconhecido de um multiculturalismo emergente das novas demandas indígenas. As constituições desse período passam a reconhecer idiomas indígenas e alguns direitos específicos, criando uma identidade cultural própria. A primeira delas foi a Constituição do Canadá 1982, ao reconhecer sua herança multicultural com a inclusão de direitos dos aborígenes.

Posteriormente, seu exemplo foi seguido pela Guatemala que também apresentou um reconhecimento multiétnico, multilíngue e uma identidade cultural própria de seu povo. No mesmo sentido, a constituição da Nicarágua passou a traduzir os anseios da população através da inclusão de direitos das comunidades étnicas do Atlântico, em conformidade com suas “tradições históricas e culturais”.

Apesar dos consideráveis avanços nesse período, ainda não houve um reconhecimento explícito do pluralismo jurídico nas constituições dos Estados. Existiam ainda resquícios de uma herança política e mecanismos jurídicos que afastavam as comunidades indígenas dos “fatores reais de poder”⁸⁶. Apesar de reconhecerem a justiça de povos originários, isso ainda se dava de forma reduzida abarcando apenas conflitos menos complexos, mais interligados à justiça de paz.

O segundo ciclo, foi chamado de constitucionalismo pluricultural e se desenvolveu, basicamente, ao longo da década de 90. Além de reiterar aspectos relacionados à identidade e a diversidade cultural, como já ocorrido no período anterior, desenvolve ainda mais os conceitos de “nação multiétnica” e “Estado Plurinacional”. Aqui, os direitos a diversidade cultural e ao pluralismo se tornam princípios positivados no texto da Constituição, como os direitos dos afrodescendentes e dos indígenas.

⁸⁵ *Ibidem.* p. 2

⁸⁶ Cf. LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

A principal contribuição desse ciclo foi a rompimento definitivo com o paradigma monista e a introdução de formas de pluralismo jurídico de fato. Ou seja, foi relativizada a ideia de soberania do Estado ligada ao monopólio da produção normativa e do uso da força em seu território. Neste ciclo há um reconhecimento das autoridades indígenas e de seu direito consuetudinário, que passam a possuir também o condão de produzir normas e de organizar internamente suas estruturas de justiça e de poder.

Além disso, esse período também teve como marca uma de suas marcas principais a abertura e ratificação de uma série de tratados, que passariam a integrar os blocos de constitucionalidade dos Estados. Isso gerou uma inflação enorme em relação ao volume de direito que agora passaram a possuir status constitucional. Se por um lado houve um ganho considerável em relação a conquistas de garantias e direitos fundamentais, por outro, esses direitos tiveram pouca ou nenhuma efetividade, tendo em vista a falta de mecanismos capazes de fazê-los valer efetivamente.

O terceiro e último ciclo de reformas foi constitucionalismo plurinacional, representado pelos processos constituintes da Bolívia e do Equador. Ocorrem no contexto da aprovação da Declaração das Nações Unidas sobre direitos indígenas, propondo uma refundação de todo o Estado, através do reconhecimento explícito dos povos indígenas que habitavam aquela terra a milênios. A partir daqui eles deixam de ser mencionados como “culturas diversas”, mas a “nações originárias” e detentores de autodeterminação. Passam a compor a própria estrutura do poder público que agora passa a ser chamado de “Estado Plurinacional”.

Os novos direitos conquistados incorporam a cosmovisão indígena de mundo. Passam a constar no rol de direitos sociais aqueles como o direito a água, ao “buen vivir”, entre outros. É dada personalidade jurídica e capacidade de figurar diretamente em processos como parte a elementos da natureza como a “pachamama” e os cursos d’água. Assim, as novas constituições estavam engajadas no processo descolonizador e de fortalecimento da igual dignidade entre os povos.

A Bolívia, por exemplo, foi uma República submetida aos moldes coloniais de dominação e monocultura ainda anos após outros países da região terem passado por relativo processo de industrialização e desenvolvimento. Apesar de uma população indígena gigantesca, o Estado foi dominado por uma elite crioula que alijou grande parte

da população da máquina governamental. O pluralismo democrático foi a forma encontrada até então para refletir a realidade democrática do país que possuía uma dinâmica civilizatória de interpretação dos fenômenos da natureza própria⁸⁷.

Brasil e Colômbia se inserem dentro do segundo ciclo. O advento das novas constituições, de 1988 no Brasil e a de 1991 na Colômbia, representaram uma verdadeira vitória da democracia e um passo importante em direção a consolidação dos direitos humanos, em ambos, e a pacificação de conflitos civis internos, no caso da Colômbia.

2.2 – O histórico brasileiro: da ditadura ao Estado democrático

Pode-se dizer que a emancipação política do Brasil tem início com a vinda da família real para o Brasil em 1808⁸⁸. Nesse período, tem início um processo de fortalecimento de uma consciência nacional e de uma identidade própria de seu povo. Sua história constitucional tem início com a Constituição Monárquica de 1824 e, posteriormente, a Constituição da República de 1891, ambas de cunho profundamente individualista e liberal-conservador. Eram esvaziadas de qualquer aspecto cidadão não só relacionados a participação popular no sentido de votar e ser votado, mas também destinatários de valores fundamentais a sobrevivência mínima.

As demais constituições brasileiras que se sucederam (1937, 1946, 1967 e 1969) também não representaram as aspirações da população, através de um processo democrático propriamente dito. Possuíam um caráter nitidamente instrumental e retórico, utilizado como forma de dominação. A previsão abstrata e programática de alguns direitos serviu como forma de apaziguamento das massas populares que aspiravam por melhores condições de vida.

Nesse sentido, merece especial destaque as Constituições de 1967 e 1969. Ambas marcaram o período de maior truculência e autoritarismo da história recente do país.

⁸⁷ LEONEL JUNIOR, Gladstone. *O novo constitucionalismo latino-americano: um estudo sobre a Bolívia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 127

⁸⁸ O processo deu início a um processo de abertura lenta e gradual das fronteiras comerciais do país as chamadas nações amigas, em um primeiro momento e posteriormente, aos demais países do mundo. Isso foi, aos poucos, criando um sentimento nacional em direção a emancipação do país. Cf. GOMES, Laurentino. *1808*. São Paulo: Planeta, 2007.

Foram constituições eminentemente centralizadoras, arbitrárias e ilegítimas. Foi fruto da aliança entre militares emergentes e a elite burguesa conservadora agrária e comercial.

A Constituição brasileira de 1967 sacramentou o golpe militar ocorrido no dia 31 de março de 1964, iniciado com marcha das tropas comandadas pelo General Mourão em Juiz de Fora, Minas Gerais. Foi outorgada pelo então Presidente Marechal Castelo Branco, limitando rigorosamente as liberdades civis e instaurando um regime de exceção. Houve praticamente a extinção dos partidos de oposição, que se reduziu a apenas dois. A limitação do sufrágio a manipulação do jogo político também foram alguns dos artifícios dos militares para se manterem no poder⁸⁹.

Em que pese o fato de que o período compreendido entre 1964 e 1985 ter sido marcado majoritariamente pelo autoritarismo e pela restrição de Direitos Humanos, é possível ainda identificar subdivisões de maior e menor repressão. Segundo José Murilo de Carvalho, existiram três fases principais⁹⁰. A primeira delas vai de 1964 a 1968, compreendendo o governo do Presidente general Castelo Branco e uma parte do Presidente general Costa e Silva. Os militares já vinham flertando com a retomada de poder político no país desde queda de Getúlio Vargas, em 1954. Antivarguistas da Escola Superior de Guerra estavam se articulando com lideranças empresariais da associação conhecida como Instituto de Pesquisa e Estudos Sociais (IPES), em nome de interesses em comum, principalmente econômicos.

Num primeiro momento, houve uma intensa repressão. Os direitos civis e políticos foram os primeiros a sofrerem o impacto do golpe. Os atos institucionais foram seus algozes e representaram a “mão de ferro da ditadura”. Através deles foram caçados direitos políticos de boa parte da oposição, incluindo líderes sindicais, intelectuais e até mesmo de militares que não concordavam com a tomada do poder. Também foi amplamente utilizado como método de repressão as cassações e a aposentadoria compulsória de vários setores do serviço público como uma forma de afastar dissidentes.

⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo : os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo* / Luís Roberto Barroso. – 7. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018. P. 257.

⁹⁰ CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 10ª edição. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira, 2008. P.157.

O “perigo comunista” foi o baluarte do período e justificou os mais variados tipos de violações de direitos fundamentais pelos militares. Funcionava como uma espécie de “carta coringa”, onde se enquadravam como crimes cláusulas genéricas e abstratas como tentar contra a ordem pública, ou contra os interesses do Estado. Isso deu azo, inclusive, a vinganças pessoais. Militares prenderam, torturaram e executaram desafetos pessoais sob a justificativa de combate a atos políticos subversivos.

Logo nas primeiras eleições para Governador, em 1966, o partido da base do governo (ARENA) foi derrotado em Minas Gerais, São Paulo e em outros 3 Estados. A reação dos militares foi imediata. Promulgaram o Ato Institucional nº 2 que redefiniu boa parte das regras do jogo político. As eleições para presidente da república passaram a ser indiretas. Foram dissolvidos os partidos políticos, passando-se a sistema bipartidário. Além disso, juízes militares passaram a ter competência para julgar civis por crimes que de alguma forma estariam relacionados à segurança nacional. No final, todas essas medidas convergiam a mesmo propósito: eliminar a oposição.

Em 1968 os militares voltam a dar mais um passo em direção ao recrudescimento do regime. Foi outorgado o Ato Institucional nº 5 pelo General Costa e Silva, que foi a principal ferramenta de controle e de cerceamento de direitos civis de todo o período. Seus poderes permitiram ao Presidente fechar o Congresso e a governar ditatorialmente, de fato. Houve a suspensão do *Habeas Corpus* para crimes considerados violadores da segurança nacional. Ou seja, foi excluído da apreciação judicial praticamente qualquer medida restritiva de liberdade. Isso desencadeou a prática detenções arbitrárias e desaparecimento forçado de pessoas em massa no período. Até hoje existem pessoas que jamais tiveram seu paradeiro descoberto por suas famílias.

A segunda fase tem início após o Presidente Costa e Silva sofrer um infarto em 1969, passando o Brasil ser governado por uma junta militar. O vice-presidente foi impedido de assumir o poder, tendo em vista o fato de que se tratava de alguém vinculado a oposição, egresso da extinta União Democrática Nacional (UDN). Sobe ao poder o Presidente Emílio Garrastazu Médici, em outubro de 1969. Dentre os militares, podemos dizer que o general Médici comandou o período mais truculento da ditadura. No mesmo ano de sua posse, foi outorgada uma nova constituição que incorporou os Atos Institucionais. Isso acabou por sacramentar de vez a restrição de vários Direitos Humanos

e a legitimizar, pelo menos do ponto de vista do Estado, medidas mais intervenientes na vida pública e até mesmo na vida privada dos cidadãos.

A nova lei de segurança nacional retroagiu e cerceou Direitos Humanos de maneira singular na história do Brasil. Implementou a pena de morte por fuzilamento, em casos que o país não estivesse envolvido em guerra, que já não era mais aplicada desde a época do império. Estabeleceu a censura prévia e controle por agentes estatais dos meios de comunicação. Proibia que o nome de certas e pessoas e tipos de notícia sofressem qualquer tipo de vinculação. Foi extinta a liberdade de reunião, a inviolabilidade do lar e o cerceamento de defesa dos cidadãos, criando um clima de verdadeiro terror.

Setores da população civil reagiram, tentando resistir as imposições do governo. Foram formadas milícias e grupos guerrilheiros armados que enfrentaram as forças do Estado, na maioria dos casos sem sucesso. Um dos episódios que ficou mais conhecido na história foi o sequestro do embaixador norte-americano em 1969 por membros do Movimento Revolucionário 8 de Outubro e da Ação Libertadora Nacional. Em resposta, os militares aumentavam a repressão com execuções sumárias e torturas sistemáticas contra membros desses grupos. O Destacamento de Operações de Informações e o Centro de Operações de Defesa Interna (DOI-CODI), eram os principais órgãos responsáveis por essa resposta obscura do Estado.

Aposentadorias compulsórias, demissões, cassação de direitos políticos e perdas de mandados também foram alguns dos artifícios amplamente utilizados pelos militares. Pelo menos 513 parlamentares foram impedidos de concluir seu mandato. Estimasse que também durante esse período, cerca de 3.783 funcionários públicos foram demitidos. Entre eles estavam 72 professores de universidades e 61 pesquisadores científicos. Também houve perseguição no âmbito das próprias forças armadas. Pelo menos 1.313 militares foram expulsos por serem contrários a ala conservadora.⁹¹

No jogo político, havia uma preocupação dos militares em aparentar, ainda que minimamente, resquícios de democracia. Foram mantidos dos partidos: a Aliança Renovadora Nacional (ARENA), que representava a base do governo e o Movimento Democrático Brasileiro (MDB), que representava a oposição. Contudo, os militares

⁹¹ *Ibidem.* p. 164.

claramente manipulavam as regras a seu favor, perseguindo membros do MDB e caçando seus mandatos quando não correspondiam as suas expectativas. Mesmo quando o sistema pendeu para o lado democrático, foram mudadas as regras do jogo. Uma dessas mudanças foi a criação das eleições indiretas para senadores, que ficaram depois conhecidos como biônicos.

Por volta de 1968 ocorreu uma grande ascensão econômica no país. A taxa de crescimento chegou a 13,6% em 1973, se mantendo em alta até 1977. Somou-se a isso a conquista do tricampeonato mundial pelo Brasil, no México. Isso foi oportunamente utilizado pelo governo para legitimar regime e potencializar o nacionalismo ufanista que tomou conta da população que apoiava os militares na época. Frases como, “esse é um país que vai pra frente” e “Brasil: ame-o ou deixe-o” eram inscritas em carros e faixas erguidas pelas ruas. Esse período ficou conhecido como “milagre econômico”⁹².

Os militares associaram de maneira estrategicamente o recrudescimento da repressão do regime ao crescimento econômico. Contudo existem evidências de que vários fatores influenciaram nesse crescimento. Um deles, foi a atmosfera internacional que favoreceu a implementação de políticas públicas destinadas a gerar um superávit na balança comercial. Também a “simpatia” do governo norte americano pelo regime ditatorial brasileiro acabou por contribuir para perenidade das barreiras comerciais com a maior potência do mundo⁹³.

Apesar do crescimento abrupto, descobriu-se, posteriormente, que na verdade o aumento da riqueza atingiu, na verdade, apenas uma pequena parcela da população. Analisando comparativamente a outros períodos, os 20% da população que ganhavam cerca de 3,9% da renda nacional, em 1960, passaram a ganhar cerca de 2,8%, em 1980. Já os 10% mais ricos que compunham 39,6% da renda nacional, em 1960, passaram a deter 50,9%. Isso agravou de sobremaneira as desigualdades sociais no país que já era um

⁹² Para mais detalhes sobre os fatores que levaram ao Brasil a atingir marcas históricas de crescimento, cf. VELOSO, Fernando A.; VILLELA, André; GIAMBIAGI, Fabio. *Determinantes do "milagre" econômico brasileiro (1968-1973): uma análise empírica*. Rev. Bras. Econ., Rio de Janeiro, v. 62, n. 2, p. 221-246, June 2008. Available from http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-71402008000200006&lng=en&nrm=iso. access on 08 June 2020. <https://doi.org/10.1590/S0034-71402008000200006>.

⁹³ GIAMBIAGI, F., CASTRO, L. B., VILLELA, A., HERMANN, J. *Economia Brasileira Contemporânea, 1945-2004*. São Paulo: Campus, 2004. P. 69 e ss.

traço característico de sua história colonial, assim como de outros países da América Latina.

Isso também levou a uma mudança no perfil da sociedade brasileira. A população que antes era majoritariamente rural, passou a migrar para os grandes centros em busca de melhores condições de vida e atrás de oferta de empregos. Proporcionalmente, 44,7% das pessoas estavam na zona rural, em 1960. Já em 1980, essa porcentagem passou a 67,6%. Isso criou uma inflação populacional nas cidades de maneira muito rápida e desenfreada. Essas pessoas passaram a ocupar terras de maneira irregular, formando os subúrbios. Mais tarde, esses subúrbios acabariam se tornando foco de violência e do tráfico de drogas.

Apesar das inúmeras violações de Direitos Humanos ocorridas durante período, ainda é possível apontar alguns avanços no campo dos direitos sociais. A previdência foi uniformizada e ampliada pelos militares, passando boa parte do seu controle da iniciativa privada para o Estado. Em 1971 foi criado o Fundo de Assistência Rural (Funrural) para atender aos trabalhadores rurais, o que acabou gerando grande simpatia desse seguimento social. Posteriormente, foram incorporados aos novos benefícios as empregadas domésticas e os trabalhadores autônomos, únicas categorias até então excluídas. Por fim, foi criado o Ministério da Previdência e Assistência Social em 1974 para conferir maior autonomia e eficácia administrativa ao instituto da previdência.

A terceira e última fase vai de 1974 a 1985. Tem início com a eleição pelo colégio eleitoral do general Ernesto Geisel e termina com a eleição de Tancredo Neves em 1985, o primeiro presidente civil eleito desde o golpe, em 1964. Esse período representa um movimento em direção ao relaxamento da repressão, com a revogação de algumas leis autoritárias e o crescimento da oposição. Reduziu também o prestígio dos militares com a crise do petróleo 1973, minando o apoio da população civil e de setores do empresariado brasileiro.

Geisel pertencia a ala mais moderada do regime militar. Assim como Castelo Branco, não pretendiam prolongar a intervenção. Defendiam o abrandamento do regime e era contra medidas de cunho majoritariamente autoritárias. Seu governo foi marcado por uma abertura lenta e gradual a democracia. Uma das principais conquistas foram as

revogações do AI-5, a permissão de retorno de vários exilados políticos e o fim da censura prévia.

Durante os anos de 1975 e 1976 também houve um esforço do então Presidente Geisel em desmobilizar o aparato repressivo policial, que havia ganhado relativa força e independência. Um dos casos mais famosos desse período evoluiu o jornalista Vladimir Herzog. Após ter se apresentado voluntariamente nas dependências de um órgão de segurança do Exército, em São Paulo, apareceu morto dentro de sua cela, no dia seguinte. O caso ganhou especial notoriedade devido a uma foto divulgada pelas forças armadas na qual o jornalista aparece enforcado com os pés no chão, alegando o exército suposto suicídio. Essa controvérsia foi julgada pela Corte IDH em 2018, tendo o Estado brasileiro sido condenado pela sua morte.⁹⁴

Episódio semelhante ocorreu posteriormente, dessa vez envolvendo Manoel Fiel Filho. Contudo, houve uma reação imediata do Presidente da República, repudiando a conduta das forças armadas. Foi demitido o comandante do exército responsável pela jurisdição do homicídio. Esse fato constituiu um importante marco no processo de abertura a democracia, tendo em vista que pela primeira vez, desde o golpe em 1964, um Presidente se opunha publicamente a um ato de violência e repressão no âmbito das forças armadas.

Além disso, os anos de prosperidade do “milagre econômico” se aproximava do fim. Em 1973 o preço do barril do petróleo havia atingido um valor quase três vezes maior do que o usual, por conta de uma decisão da Organização dos Países Exportadores de Petróleo (OPEP) de retirar parte do produto do mercado. Importante destacar que a ditadura era não só militar, mas também econômica e empresarial. A partir do momento que o regime começou a não demonstrar mais vantagens econômicas substantivas, seu apoio e, de certa maneira, seu financiamento, também se esvaíam.

O resultado da abertura foi um crescimento da oposição e retomada de espaços. A base do governo sofreu derrotas consideráveis em várias instâncias. Nas eleições para o Senado, o MDB conquistou mais de 70% das vagas disponíveis. Também houve um aumento considerável de sua representatividade na câmara dos deputados, apesar de ainda

⁹⁴ Corte IDH. Caso Herzog y otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de marzo de 2018. Serie C No. 353.

não ter alcançado a maioria. Isso fez os militares reagirem imediatamente suspendendo o congresso por 15 dias e aprovando medidas de contenção. Voltaram as limitações de propaganda eleitoral, as eleições indiretas para governador, entre outras medidas. Por isso se diz que processo de reabertura política se deu através de idas e vindas.

O ano de 1979, já no governo do general João Batista Figueiredo, foi marcado pela retomada da pluralidade de partidos políticos, dando prosseguimento ao processo de distensão. Isso significou não só o aumento da representatividade, mas principalmente o fim do controle pelo Estado da oposição. Surgiram o Partido Democrático Trabalhista (PDT), Partido Popular (PP), o Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), entre outros. Todos eles derivaram de antigas formações criadas, ou influenciadas, pelo próprio poder executivo e dirigidas por membros da elite social. Apenas o Partido dos Trabalhadores (PT) emerge de maneira mais autônoma nesse período⁹⁵.

A ala conservadora do exército ainda resistia a distensão regime. No início dos anos 80, ocorrem atentados terroristas orquestrados pelos militares para tentar intimidar simpatizantes da democracia. Uma carta bomba explodiu matando a secretária da OAB Ana Lúcia, no Rio de Janeiro. Posteriormente, houve um novo atentado a bomba em um evento no Rio Centro. Contudo, um acidente acabou matando um sargento que estava envolvido no ataque.

A descrença da população no processo de representação política se refletia nas urnas. As abstenções e votos nulos chegaram a quase 50% do eleitorado até 1974. Porém, a abertura iniciada por Geisel ganhou tração e continuou avançando. A oposição político-partidária ressurgiu com sobrevida, dando novo fôlego a disputa eleitoral vergastada e simbólica. O MDB havia lançado a candidatura de Ulysses Guimarães à presidência da república em 1973, numa batalha perdida contra o general João Batista Figueiredo, tendo em vista que a ARENA detinha o controle do colégio eleitoral. Contudo, o partido intensificou a crítica e a denúncia contra as falcatruas eleitorais. O primeiro resultado dessa luta foi a maioria no Senado e o aumento significativo do número de Deputados, quase igualando a Arena.

⁹⁵ SKIDMORE, Thomas. *Uma história do Brasil*/tradução de Raul Filker. São Paulo: Paz e Terra, 1998. P. 221.

Foi na campanha das “Diretas Já”, em 1984, que a luta pela democracia atingiu o seu ápice. Houve uma mobilização histórica no país da população, em geral. O movimento ganhou as ruas e exigia o fim das eleições indiretas. Apesar das tentativas dos militares de conter seu avanço, o movimento conquistava cada vez mais adeptos. Multidões tomaram as ruas, chegando a mais de 1 milhão em comícios na cidade de São Paulo e Rio de Janeiro. O objetivo era impulsionar a aprovação de uma emenda à constituição destinada a conferir novamente a população o condão de escolher seus representantes. A emenda não foi aprovada, mas o movimento serviu para reavivar o sentimento nacionalista democrático dos brasileiros e pressionar ainda mais a base do governo.

Nas eleições de 1985, não houve a imposição de outro general por parte dos militares para concorrer às eleições presidenciais, finalizando de vez a abertura à democracia. Dessa vez, existiu de fato uma disputa eleitoral, apesar de ainda ser realizada pelo colégio eleitoral e de maneira indireta. Isso levou a vitória do candidato da oposição Tancredo Neves. Ele foi o primeiro presidente civil eleito desde o golpe em 1964. Lamentavelmente, Tancredo faleceu antes de tomar posse, vindo seu vice José Sarney a tomar posse.

O processo de elaboração da Constituição de 1988 se deu após o processo turbulento da ditadura militar, marcado pela opressão e pelo autoritarismo. Sua transição se deu maneira lenta e gradual, liderado pelas alas moderadas, tanto dos militares quanto da oposição. Não houve ruptura brusca, o que evitou grandes conflitos e consequentes vítimas, que poderiam vir a surgir ainda como reverberação dessas lutas⁹⁶.

A constituição brasileira de 1988 representou talvez a maior virada paradigmática da história do país. Após mais de 20 anos sob égide de constituições antidemocráticas, o Brasil promulga a constituição mais avançada em termos de consolidação de direitos escrita até hoje. Pode-se dizer que constituiu um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Suas bases consagram o humanismo e a participação do povo na vida política de

⁹⁶ SKIDMORE, Thomas. *Brasil: de Castelo a Tancredo 1964-1985*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1994, p. 291.

forma nunca antes vivido no Brasil, ainda que possam ser apontados uma série de vícios e imperfeições, que necessitariam de olhar mais atento e detido⁹⁷.

A formação de várias comissões temáticas e um processo que durou mais de um ano, tornou nossa atual constituição extremamente extensa e analítica. Dotada de uma forte carga axiológica representou a concretização de uma série de Direitos Fundamentais e de mecanismos emancipadores de cidadania⁹⁸, bem como uma abertura semântica aos Direitos Humanos. Dentre eles, os direitos de minorias étnicas e sociais, como indígenas afrodescendentes, crianças e adolescentes, idosos, meio ambiente, entre outros, resultantes de lutas históricas por reconhecimento.

Nesse sentido, podemos considerar a Constituição Brasileira de 1988 como um elemento formador do novo constitucionalismo. Apesar das críticas e falhas que se mostraram ao longo de seus mais de 30 anos de vigência, houve uma série de ganhos sociais consideráveis. O caráter liberal-individualista e social-intervencionista, foi suplantado por um viés democrático pluralista e multicultural. Refletiu em grande parte os anseios de uma grande parte da população alijada da vida política do país desde o seu início. Isso se deu através não só do reconhecimento de direitos dos povos originários, como também dos direitos aos bens comuns naturais, sociais e culturais.

Dentre eles, o Mandado de Injunção, previsto no art. 5º, da LXXI da Constituição. Sua função é viabilizar acesso a direitos fundamentais, nos casos em que a omissão do legislador inviabilizar a consecução desses direitos. No mesmo sentido, o art. 5º, §2º, para alguns autores, corresponde a uma abertura geral ao direito internacional, e em especial aos tratados de Direitos Humanos.

Fato é que apesar de tal abertura, o Brasil ainda enfrenta uma série de obstáculos institucionais que impedem movimentação desses mecanismos normativos para que eles cumpram seu verdadeiro propósito. A Lei que disciplina o Mandado de Injunção, por

⁹⁷ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direito constitucional: história, teoria e métodos*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

⁹⁸ Foi adotado aqui um sentido amplo de cidadania, que não se esgota no direito de votar e ser eleito. A cidadania se exerce de forma plena quando se é viabilizado o acesso a direitos fundamentais e a capacidade de participar da vida pública. Isso significa que não só a previsão desses direitos é importante, mas também a sua incidência no plano fático. Cf. BELLO, Enzo. *Cidadania, alienação e fetichismo constitucional*. In: Enzo Bello; Martonio Mont'Alverne Barreto Lima. (Org.). *Direito e Marxismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 07-33.

exemplo, foi promulgada apenas em 2016, ou seja, quase 30 anos após a promulgação da Constituição, o que demonstra uma clara omissão do poder público. Foi necessária uma postura mais interveniente do Supremo Tribunal Federal para garantir sua eficácia, tendo em vista que a inércia do legislador, acabaria tornando essa previsão constitucional letra morta.⁹⁹

Com relação a incorporação dos Direitos Humanos, o art. 5º, §2º da Constituição de 1988 também suscitou críticas e controvérsias sobre o seu significado. Para autores como Antônio Augusto Cançado Trindade, a redação desse dispositivo confere receptividade imediata dos tratados de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro, com status constitucional.

Na contramão desse posicionamento, o legislativo e o STF¹⁰⁰, diferentemente do caso da Colômbia, demonstram possuir uma certa resistência, ou antipatia, a jurisdição internacional. A inclusão do §3º no art. 5º, pela emenda constitucional nº 45 de 2004 foi considerado por muitos um grande retrocesso no processo de expansão e consolidação dos Direitos Humanos¹⁰¹. Sua redação dispõe que os tratados de Direitos Humanos que vierem a ser ratificados pelo Estado brasileiro, devem ser submetidos a um quórum qualificado para alçarem status constitucional. Na tentativa de pôr fim a controvérsia, acabou optando pelo caminho oposto da proposta de aproximação do direito internacional

⁹⁹ A primeira decisão que conferiu força autoaplicável ao Mandado de Injunção foi MI 107. Cf. FERNANDES, Eric Baracho Dore Fernandes. Ferreira, Siddharta Legale. *O controle jurisdicional das omissões legislativas no novo constitucionalismo latino-americano: um estudo comparado entre Brasil e Colômbia*. Op. Cit.

¹⁰⁰ A jurisprudência do STF conferiu, via de regra, status supralegal para os tratados de direitos humanos, que não foram submetidos ao quórum qualificado. Esse foi o entendimento aplicado para afastar a possibilidade da prisão civil do depositário infiel. Precedentes nesse sentido: RE 466.343, voto do rel. min. Cezar Peluso, P, j. 3-12-2008, DJE 104 de 5-6-2009, Tema 60. HC 95.967, rel. min. Ellen Gracie, 2ª T, j. 11-11-2008, DJE 227 de 28-11-2008.

¹⁰¹ VAL, Eduardo Manuel. SILVA, Paulo José. Reforma Constitucional Para Ratificação De Tratados Internacionais De Direitos Humanos: O Fracasso Da Emenda Constitucional 45/2004. *Revista internacional Consinter de direito*, ano III, Nº V, 2º SEM. 2017. Valerio Mazzuoli também considera que o advento do §3º, no art. 5º da CF/88 prestou um “desserviço” a efetivação de direitos humanos no país. Cf. MAZZUOLI, Valerio de Oliveria. *O novo §3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia*. Brasília: Revista Legislativa, a. 42, n. 167, jul/set. 2005, p. 111. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/739/R167-08.pdf?sequence=4>. Acesso: 11/08/2018.

e do direito constitucional, visto que agora existe uma barreira procedimental mais robusta e de difícil superação¹⁰².

Esse problema se reflete também na jurisdição contenciosa internacional. No caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil* (2010)¹⁰³, também conhecido como “Guerrilha do Araguaia”, o Brasil rejeitou uma decisão direta da Corte IDH. O caso tratava, basicamente, da anistia de agentes do Estado que cometeram crimes de lesa a humanidade durante a Ditadura Militar. Tramitava simultaneamente no STF, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 153, na qual se discutia justamente a mesma demanda levada a jurisdição interamericana. Essa última, a qual decidiu favoravelmente a lei de anistia, foi invocada pela defesa do Estado brasileiro perante a jurisdição da Corte IDH para se respeitasse sua jurisdição interna, afastando a obrigação de persecução penal dos responsáveis e acesso à justiça das vítimas¹⁰⁴.

A retomada democrática no Brasil trouxe consigo uma série de demandas e preocupações decorrentes do longo período de governos autoritários. Talvez a principal delas tenha sido a importância de proteger os direitos inerentes a própria existência humana, que tanto foram massacrados durante esse período. Nesse sentido, é possível conferir aos tratados internacionais de direitos humanos especial relevância. Apesar da relativa resistência do STF em aproximar a jurisdição constitucional da internacional, não se pode negar que houve um esforço considerável do constituinte originário em tornar essa realidade possível¹⁰⁵.

¹⁰² RAMOS, André de Carvalho. *Supremo Tribunal Federal Brasileiro e o Controle de Convencionalidade: levando a sério os tratados de Direitos Humanos*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 104, jan/dez. 2009, p. 241-286.

¹⁰³ Corte IDH. Caso *Gomes Lund y otros* ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.

¹⁰⁴ VAL, Eduardo Manuel; FARIAS, Ramires Rosana Laura de Castro; GOMES, Evandro Pereira Guimarães Ferreira. *Corte Interamericana de Derechos Humanos e os Tribunais Brasileiros no Controle Difuso de Convencionalidade: O reconhecimento e cumprimento das decisões internacionais no Brasil*. 5º Seminário Interdisciplinar em Sociologia e Direito, Niterói, v. 20, n. 5, p.236-266, 14 out. 2015.

¹⁰⁵ GARGARELLA, Roberto. *Constitucionalismo latino-americano: a necessidade prioritária de uma reforma política*. Op. Cit. 14.

2.3 – Do constitucionalismo perverso ao novo

A Colômbia passou por um processo turbulento de convulsões sociais que tiveram consequências diretas na construção de suas constituições e formas de enxergar o Direito Constitucional e o Direito Internacional. Segundo Gonzalo Sánchez a história colombiana do século XX se confunde com a sua própria história constitucional. Elas foram produtos de guerras sucessivas entre várias frentes. Nesse sentido, não haveria uma incompatibilidade necessária entre o formalismo jurídico e a violência, mas um produto dela própria devido ao que o autor irá chamar no país de uma “fascinação pelas armas”¹⁰⁶ no país.

Podemos dizer que a relação entre guerra e política na colômbia nasce concomitantemente com o surgimento dos partidos políticos. Durante mais de um século houve uma oscilação pendular na disputa pelo poder político no país entre o Partido Liberal e o Partido Conservador. Quanto a sua história mais recente, é possível identificar pelo menos três fases onde essas mudanças foram mais nítidas, que foram os períodos compreendidos entre: (i) 1973 a 1991; de (ii) 1991 a 2002; e de 2002 até os dias atuais¹⁰⁷.

O período compreendido entre 1973 e 1991 foi marcado pela vigência da constituição de 1886, que não apresentava qualquer abertura ao Direito Internacional. Era uma constituição tipicamente autoritária e clerical. Sob a sua vigência, o Estado colombiano viveu durante mais de 50 em Estado de emergência, num período que ficou conhecido como “constitucionalismo perverso”. Era um sistema jurídico hermeticamente fechado, onde não havia eficácia do *habeas corpus*, não existia o recurso de amparo¹⁰⁸ e um havia um desconhecimento generalizado dos direitos dos cidadãos.

¹⁰⁶ SÁNCHEZ GÓMEZ, Gonzalo. *Guerra y política en la sociedad colombiana*. El Áncora Editores. Bogotá: 1991. p. 17.

¹⁰⁷ QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando. *El Control de Convencionalidad y el sistema colombiano*. In: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucioal*. Num. 12, julio-diciembre, 2009, pp. 163-190. P. 182.

¹⁰⁸ O recurso de amparo é um mecanismo judicial colombiano destinado, basicamente a proteção de direitos fundamentais. Para mais informações, cf. AMARAL, Karina Almeida do. *O recurso de amparo como instrumento de proteção aos direitos fundamentais e sua relação com a arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Anuario de derecho constitucional latino-americano, Año XVIII, PP. 13-35. BOGOTÁ, 2012.

A primeira tentativa de se estabelecer uma democracia de fato na Colômbia foi frustrada devido a uma série de questões contingenciais, mas talvez a principal delas, tenha sido a multiplicação de atores sociais politicamente ativos. Houve um crescimento constante de organizações de trabalhadores influenciados, dentre outros, pelo anarquismo espanhol e por correntes da doutrina social católica. Também se acirravam as lutas camponesas entre fazendeiros e camponeses, que passaram a se organizar em sindicatos agrários e a lutar por direitos de maneira mais incisiva¹⁰⁹.

Além de todos esses atores, haviam ainda variações ideológicas dentre esses grupos que geravam conflitos entre eles próprios. De acordo com Sánchez Gomez:

“...un obrero o campesino ya no era exclusivamente – digamos por vía de ejemplo – un liberal (partido tradicional) católico (Iglesia) al servicio de Don Fulano (Hacienda), sino que también podía ser militante de formaciones partidarias alternativas (socialista, comunista, unirista); miembro de um sindicato o liga campesina; afiliado a uma sociedade secreta (masónica o teosófica), para mencionar sólo algunas de las posibilidades más innovadoras”¹¹⁰.

Basicamente, a divergência de interesses teve como principais pilares, inicialmente, o triângulo Fazenda-Igreja-Partidos, vindo a Fábrica integrar esse grupo posteriormente. Não obstante, o conflito atingiu patamares de violência atroz com o assassinato do candidato à Presidência Jorge Eliecer Gaitán, no dia 9 de abril de 1948.

Gaitán foi um líder populista visto com grande esperança pela população colombiana como um candidato carismático imbuído de caráter messiânico. Era visto como alguém capaz de equalizar as complexas relações de interesses que se instaurou no país e de ajudar aos mais vulneráveis. Esse processo de veneração a Gaitán ficará conhecido como “gaitanismo”¹¹¹. Devido a sua identificação com quase todos os seguimentos sociais no país iniciou-se uma série de revoltas e guerras sem precedentes. Esse pode ser considerado o estopim, ou marco inaugural da violência na Colômbia tal qual conhecemos hoje.

¹⁰⁹ SÁNCHEZ GÓMEZ, Gonzalo. Op. Cit. p. 27.

¹¹⁰ *Ibidem*. p. 27.

¹¹¹ Para mais informações cf. SANCHEZ-ANGEL, Ricardo. *Gaitanismo y nueve de abril*. Pap.polit., Bogotá, v. 13, n. 1, p. 13-52, June 2008. Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0122-44092008000100002&lng=en&nrm=iso. Acessado em 07/04/2020.

Foi também considerado uma espécie de “caudilho das multidões”. Apesar de sua tendência a conciliar os interesses dos grupos divergentes, ele tinha uma clara inclinação a ala popular e democrática, que buscava combater os privilégios das oligarquias liberais e conservadoras, mobilizando grande atenção, principalmente, da classe trabalhadora. Possuía uma dimensão carismática e um poder de oratória que transformava seus pronunciamentos públicos em verdadeiros espetáculos messiânicos intensos¹¹².

Seu assassinato deu início a uma onda imediata de violência sem precedente na história colombiana. O epicentro foi a cidade de Bogotá, onde ocorreu o principal episódio, conhecido como “El Bogotazo”¹¹³. Uma multidão de pessoas saiu às ruas para protestar, com machados, pistolas, fuzis, pedras e pedaços de pal. Estima-se que cerca de 10.000 pessoas cercaram o Palácio Presidencial, ameaçando invadi-lo. Em resposta, o exército disparou indiscriminadamente em direção a multidão. Estima-se que pelo menos 2.500 pessoas morreram naquele episódio¹¹⁴.

A revolta se espalhou por todo o país. Na cidade de Barracabermeja foi formada uma junta de governo própria, tentando uma espécie de declaração de independência. Criaram milícias armadas para defender o local do exército e das forças policiais. Além disso, representantes do Partido Liberal, o qual Gaitán fazia parte, prenderam dirigentes do Partido Conservado e de executivos das empresas petroleiras que atuavam na região, tomando conta de sua produção. Por fim, sitiaram a cidade com a colocação de canhões ao seu redor para repelir qualquer tentativa de retomada do Estado¹¹⁵.

A violência que inicialmente tinha cunho político passou a assumir outras facetas, principalmente econômica. O caos que tomou conta do país aumentou exponencialmente o número de pessoas em estado de miséria. As lutas por territórios entre grupos organizados nas zonas rurais, terminavam por expulsar camponeses e famílias inteiras de suas residências, passando essas pessoas a viver na total pobreza. Sem qualquer tipo de assistência, essas pessoas, vítimas de deslocamento forçado, invadiam plantações a noite para pegarem mantimentos para sua própria sobrevivência.

¹¹² *Ibidem*. p. 18.

¹¹³ Para mais informações sobre esse acontecimento, cf. <http://memorialdademocracia.com.br/card/america-latina/4>. Acesso: 07/05/2020.

¹¹⁴ SANCHEZ-ANGEL, Ricardo. Op. Cit. p. 32.

¹¹⁵ *Ibidem*. p. 37.

Já nas regiões mais industrializadas, ocorria um fenômeno conhecido como “pájaros”. Sua ocorrência se deu principalmente no vale geográfico o Alto Cauca, se estendendo depois para Tolima e para Viejo Caldas. Os pájaros foi uma espécie de “bandoleirismo urbano” e de profissionalização do crime. Pessoas eram contratadas, através de salários fixos, para cometerem crimes dos mais diversos tipos¹¹⁶.

O aumento constante das invasões de terras, dos furtos nos comércios, bem como outros crimes de mesma ordem, cometidos pela população que se encontrava num estado cada vez mais acentuado de pobreza, desencadeou uma reação dos proprietários em direção a autotutela. Assim surgem os grupos paramilitares.

A incapacidade do Estado em controlar a violência avassaladora que se espalhava por todo o país, fez com as pessoas que detinham grande poder econômico e que viam seu patrimônio ser ameaçado, se unissem para financiar organismos punitivos paraestatais. Os paramilitares funcionavam como uma espécie de polícia privada e atuavam a margem da lei e do domínio do poder público.

Esses organismos foram criados, inicialmente, para suprir uma demanda estatal decadente de segurança pública. Tinham o condão de defender a propriedade privada e tão somente repelir agressores. Contudo, essa prática evoluiu com o tempo. Os paramilitares se tornaram não só uma forma de proteção, mas também passaram a representar uma autêntica expressão de poder e uma forma de fazer política¹¹⁷.

Ao final dos anos 40 e início dos anos 50 do século XX, a Colômbia possuía níveis teratológicos de vítimas fatais ligadas a confrontos políticos. Apenas entre 1948 e 1950, a título de exemplo, foram registradas mais 40 mil mortes. A principal causa foi o enfrentamento bipolar entre o Partido Liberal e o Partido Conservador. Curioso destacar que durante esse período, os conflitos praticamente deixaram de lado a disputa de cunho religiosa, étnica ou de classe imiscuída em ambos os partidos, direcionando seu foco ao espaço de poder político¹¹⁸.

¹¹⁶ SÁNCHEZ GÓMEZ, Gonzalo. *Op. Cit.* p. 151.

¹¹⁷ SÁNCHEZ GÓMEZ, Gonzalo. *Op. Cit.* p. 160.

¹¹⁸ CARLOS SÁCHICA, Luis. *La Constitución Colombiana: cien años haciéndose*. Universidade Nacional Autónoma de México. Primeira edição. México: 1982.

Os anos que se seguiram de 1949 até pelo menos 1965, conhecido como período clássico, foi marcado por uma atmosfera de guerra e violência generalizada. Sánchez Gómez destaca que boa parte da geração de crianças daquela época cresceu não em interação com a rua, o bairro ou a escola, como seria de se esperar, mas na guerrilha. Assim, desde novas essas pessoas passaram a incorporar e, de certa forma, a aceitar àquela realidade como normal¹¹⁹.

As FARC possuíam o mais antigo dirigente guerrilheiro do mundo, Manuel Marulanda Vélez quando iniciou suas atividades na primeira metade dos anos 50 do século XX. Fazer parte da guerrilha se tornou não só uma forma de insurgência e de luta por direitos políticos e sociais, mas também um estilo de vida. Assim como alguém tinha o desejo e buscava se tornar um advogado, um professor, ou médico, algumas pessoas tinham como verdadeiro projeto de vida entrar para esses grupos e construir o que podemos chamar de uma “carreira” dentro de sua ordem de comando.

Paralelamente a isso, houve um crescimento substância da delinquência comum e dos demais problemas sociais do Estado. Emergia um sentimento de intolerância generalizado marcado por uma demonização do adversário ou simplesmente pelo diferente, com o desejo crescente de eliminá-lo do contexto sócio-político. “Operações de limpeza” de grupos criminoso se destinavam a perseguir e a matar mendigos, homossexuais, negros. A descrença nas instituições estatais deu azo ao surgimento de vários grupos armados, como o *Muerte a Secuestradores* (MAS) criados para servir a um propósito de autotutela da população colombiana.

Em 1953 representantes do Partido Liberal e da facção Opinista do Partido Conservador realizaram um acordo para tentar acabar com a violência entre eles. A solução encontrada foi instaurar um governo militar provisório comandado pelo General Rojas Pinilla. De fato, houve uma significativa diminuição da violência e dos índices de pessoas mortas por querelas políticas, mas a situação ainda era bastante delicada.

O governo militar na colômbia deu início a uma verdadeira “guerra ao terror”, caçando de maneira praticamente indiscriminada e arbitrária pessoas que possivelmente poriam estar envolvidas em crimes. Foi atribuído a juízes comuns patentes militares como

¹¹⁹ *Ibidem*. p. 42.

uma forma de subordiná-los a superiores das forças armadas. Em 1956 foi aprovado o decreto 0434 para combater atividades “índole comunistas”, mas que acabou, na verdade, sendo uma poderosa ferramenta de para perseguir opositores políticos, dado sua imprecisão e relatividade sobre esse tipo de atividade¹²⁰.

Não obstante, o governo militar no país foi curto. Os indícios de que os militares teriam a intenção de permanecerem no poder, fez com que os partidos tradicionais retomassem a democracia em 1958. O período que seguiu ficou conhecido como “Frente Nacional” e foi uma tentativa de criar uma coalizão entre os partidos e de pôr fim à violência por questões políticas. Em que pese o relativo sucesso inicial, o país iria mergulhar novamente em outra crise social, ainda mais complexa¹²¹.

O segundo período tem início com a Assembleia Nacional Constituinte de 1991, promulgada pelo então presidente César Gaviria, que veio a se tornar posteriormente Secretário Geral da OEA. Possui como uma de suas principais marcas, o surgimento e o fortalecimento da ideia de Bloco de Constitucionalidade na Colômbia. Aqui tem início uma lenta e progressiva integração do Direito Constitucional com o Direito Internacional. Os tratados de direito humanos ratificados pela Colômbia passam a ter eficácia imediata em âmbito interno se tornando também parâmetro para se aferir sua constitucionalidade.

Podemos dizer que representou uma vitória de fato da democracia tendo em vista que não houve a prevalência de determinado grupo sobre outro, ou qualquer “pacto de cavaleiros” entre partidos para chegarem ao poder. Não obstante, falhou em relação a um dos seus principais objetivos: o apaziguamento da violência. Os principais atores sociais envolvidos no conflito, como as Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC), o Exército pela Libertação Nacional (ELN) as Autodefesas Unidas da Colômbia (AUC), não fizeram parte do processo constituinte, o que acabou maximizando as hostilidades entre esses grupos.

Pior do que isso, a investida expansionista esmagadora do narcotráfico contou com inépcia de Gaviria em enfrentar esse “novo inimigo”, mais poderoso

¹²⁰ *Ibidem.* p. 181.

¹²¹ HURTADO, Mônica. *Proceso de Reforma Constitucional y Resolución de Conflictos en Colombia: el frente nacional de 1957 y la constituyente de 1991*. Revista de Estudios Sociales nº 23. Colômbia: 2006. P. 97-104.

economicamente e mais violento. O presidente apresentava uma tendência a preservar estabilidade econômica e o nacionalismo, em detrimento do aumento confronto direto armado. Suas políticas o levaram a negociar diretamente com o líder do cartel de Medellín, Pablo Escobar e a rechaçar a evidente importância dos EUA para a neutralização dos grandes chefes do tráfico, através da extradição¹²².

Esse período marca uma segunda tentativa histórica de se conter a violência no país. Apesar de ainda estar distante do período antecedente a Frente Nacional, as mortes por motivos políticos na Colômbia também eram expressivas. Apenas em 1988 foram registradas cerca de 4.304. Dessa vez o confronto deixou de ter caráter bipolar passando a assumir várias frentes como as guerrilhas, narcotraficantes, latifundiários e paramilitares. Além da guerra do Estado contra todos esses novos atores, a população civil ainda era assolada pela guerra travada entre eles e movida, principalmente, pela disputa de território, plantio e venda de cocaína, principal instrumento de financiamento de suas campanhas. Esse confronto paralelo ficou conhecido como “guerra suja”.

Os trabalhos da nova constituição tiveram participação de alguns dos grupos anteriormente excluídos da vida política do país. Dentre os 72 delegados para atuar na Assembleia Nacional Constituinte, haviam representantes das organizações guerrilheiras, como o já desmobilizado M-19, de grupos evangélicos e indígenas. Ainda que, claramente, houve ampliação do espectro bipolar da Frente Nacional, o processo continuou não sendo democrático o suficiente, deixando importantes atores sociais de fora desse processo. Grupos como as FARC e o ELN, que ficaram de fora do processo, não reconheceram sua legitimidade, o que acirrou a violência e as mortes por motivos políticos.

Apesar do crescimento das hostilidades entre os envolvidos na ANC, havia ainda uma tentativa constante do Estado em aproximar os grupos rebeldes da constituinte. Contudo, boa parte desses grupos insistiam em fazer o uso da violência como forma de fazer valer seus interesses, obrigando o governo em muitos casos a romper com os canais do diálogo e a fazer uso das Forças de Segurança Pública. O crescente poder militar desses

¹²² O sistema carcerário da Colômbia não era capaz de deter a comunicação e controle dos chefes do tráfico de suas operações. Por isso, a tratado de extradição tinha como função de fato neutralizar grandes as grandes operações dos cartéis. PALACIOS, Marcos. *Entre la legitimidade y la violencia: Colombia 1875-1994* – 2ª ed. – Bogotá: Editorial Norma, 2003. P. 341

grupos, bem como o acúmulo de riquezas proveniente do narcotráfico, tornava a tentativa do Estado de consolidação da paz, cada vez mais distante.

O terceiro e último período pode ser considerado marcado pela recepção das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que se dá a partir de 2002. Nessa fase passa a ter uma forte sinergia entre Corte Constitucional Colombiana (CCC) e a Corte IDH. A CCC incorpora o entendimento Corte IDH sobre questões substanciais, como o alcance do conceito de vítima e de reparação justa.

A atual Constituição Colombiana de 1991, trouxe uma série de mecanismos capazes de promover uma maior efetivação de direitos humanos e participação popular de povos politicamente excluídos historicamente, capaz de ampliar os diálogos institucionais entre o direito interno e o internacional. No seu art. 1º, por exemplo, estabelece que Colômbia se constitui em república participativa. O art. 103 concretiza essa proposta prevendo questões relativas ao controle direto como plebiscito e referendo. O art. 10 e 107 reconhecem alguns dialetos como oficiais e garantem a representatividade de grupos indígenas, respectivamente¹²³.

Além disso, a abertura ao Direito Internacional, principalmente no que diz respeito aos Direitos Humanos, foi significativa. O advento da Constituição de 1991 pode ser considerada uma virada paradigmática no sentido da formação do conceito de “bloco de constitucionalidade”¹²⁴ colombiano, que será trabalhado com mais detalhe no próximo capítulo. Para ele, quatro dispositivos assumem especial relevância nesse contexto: (a) art. 53: "os convênios internacionais do trabalho devidamente ratificados, fazem parte da legislação interna.; (b) art. 93 dispõe que há normas internacionais de direitos humanos que "prevalecem no ordenamento interno" e também "os direitos e deveres consagrados nessa carta se interpretam em conformidade com os tratados internacionais sobre direitos

¹²³ FERNANDES, Eric Baracho Dore Fernandes. FERREIRA, Siddharta Legale. *O controle jurisdicional das omissões legislativas no novo constitucionalismo latino-americano: um estudo comparado entre Brasil e Colômbia*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f9fd2624beefbc78>. Acesso: 10/08/2018.

¹²⁴ O bloco de constitucionalidade faz referência as normas constitucionais que não necessariamente estão escritas na constituição. Seu valor, até mesmo por menção da constituição, possui equiparação as normas positivadas no corpo constitucional. Um exemplo clássico disso, são as normas de direitos humanos internacional. Cf. UPRIMNY, Rodrigo. *El bloque de constitucionalidad en Colombia*. Disponível em: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_46.pdf?x39172. Acesso: 02/08/2018.

humanos ratificados pela Colômbia"; (c) o art. 94 o qual incorpora cláusulas de direito inominado que dispõe "a enunciação de direitos e garantias contidos a constituição e nos convênios internacionais vigentes, não devem ser entendidos como negação de outros que, sendo inerentes a pessoa humana, não estejam expressos nela", e por fim, o art. 214, que trata de casos excepcionais, como os Estados de Exceção, e que não permite que sejam "suspenso os direitos nem as liberdades fundamentais" e que "em todo caso será respeitado as regras de direito internacional humanitário"¹²⁵.

Em que pese o fato da nova constituição colombiana ter representado um acordo entre vários segmentos políticos, que travaram uma guerra sangrenta durante anos, além dos significativos avanços em relação ao fortalecimento dos Direitos Humanos, vários atores com implicações políticas diretas se viram de fora desse acordo. Isso incluía, principalmente, grupos paramilitares que atuavam no país, além de narcotraficantes que acumulavam fortunas e grande poder de influência pública. Isso acabou por perpetuar os conflitos no Estado, tornando a Constituição de 1991 ineficaz por si só. Nesse contexto, a Corte Constitucional Colombiana teve um papel fundamental na concretização desses direitos, o que exigiu uma postura mais ativista, tornando-a reconhecida do mundialmente pela sua capacidade institucional de intervenção e simpatia ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos¹²⁶.

Um dos casos paradigmáticos na Colômbia, envolveu as pessoas vítimas de deslocamento forçado. Em 2016, a Colômbia chegou a ter a maior população em deslocamento forçado do mundo. Cerca de 6,9 milhões de pessoas¹²⁷ foram obrigadas a deixar suas casas por causa da violência e da ação de grupos armados no país. Essas pessoas não recebiam qualquer tipo de assistência do Estado, ficando na mais completa miséria, tendo uma série de direitos básicos a sobrevivência violada.

¹²⁵ *Ibidem*, 15.

¹²⁶ O professor Siddharta Legale irá demonstrar em sua tese de doutorado através de um estudo de casos, como que a Corte Constitucional Colombiana realizou uma aproximação gradativa da Corte IDH, incorporando não só as normas convencionais, como as próprias decisões da Corte. Cf. LEGALE, Siddharta. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional Transnacional*. Rio de Janeiro: Tese de doutorado pelo Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional pela UERJ, 2017.

¹²⁷ Os números são da Agência da ONU para Refugiados. Disponível em: <http://www.acnur.org/portugues/2016/06/20/deslocamento-forcado-atinge-recorde-global-e-afeta-uma-em-cada-113-pessoas-no-mundo/>. Acesso: 11/08/2018.

Esse contexto exigiu que os órgãos de proteção de direitos fundamentais e humanos tomassem medidas imediatas. A Corte Constitucional Colombiana, na T-25 de 2004 reconheceu que havia ali um quadro de violações massivas de direitos fundamentais, omissão persistente, gerando um verdadeiro “Estado de Coisas Inconvencional”¹²⁸. A Corte IDH também interveio e condenou o Estado da Colômbia a tomar todas as medidas necessárias para conter a guerra civil no país e suas consequências, como no caso *Mapiripán vs. Colômbia* (2005)¹²⁹.

Em 2016, foi celebrado um Acordo de Paz entre o Estado colombiano e as FARC, até então a guerrilha mais longeva do mundo. O acordo teve como objetivo a desmobilização do grupo e a implementação de uma paz estável e duradoura. Ambas as partes assinaram o acordo onde se comprometeram a assumir compromissos recíprocos e por fim em definitivo a um conflito, cuja a violência deixou um triste legado de milhares de vítimas¹³⁰.

Em que pese as críticas sobre a legitimidade democrática do processo de elaboração do acordo, sua conjectura trouxe uma série de ganhos não só para os principais atores envolvidos diretamente no conflito, mas também a população civil que sofreu duramente suas consequências. O acordo compreendeu avanços significativos em, basicamente, 6 pontos resolutivos: (i) reforma rural integral; (ii) participação política; (iii) cessar fogo e hostilidades bilaterais e definitivo e desarmamento; (iv) solução do problema das drogas ilícitas; (v) vítimas; (vi) mecanismo de implementação¹³¹.

Não só os movimentos políticos em âmbito interno podem ser considerados responsáveis pelos avanços na proteção do Direitos Humanos, mas também toda a

¹²⁸CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da Inconstitucionalidade por omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional*. Rio de Janeiro. Tese de Doutorado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2015.

¹²⁹ Esse caso representa um dos episódios de massacres de civis por grupo paramilitares no país, uma das principais causas do número elevado de pessoas em Estado de deslocamento forçado. Tanto a CCC, quanto a Corte IDH, citaram suas decisões e incorporaram suas decisões, reciprocamente.

¹³⁰ ORLANDO METO, Jorge. *RESUMEN DEL ACUERDO DE PAZ*. *Rev.econ.inst.*, Bogotá, v. 18, n. 35, p. 319-337, July 2016. Available from <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-59962016000200019&lng=en&nrm=iso>. access on 09 May 2020. <http://dx.doi.org/10.18601/01245996.v18n35.19>.

¹³¹ Para mais detalhes, cf. ESTRADA, Mayra Alejandra Córdoba. *Análisis de la legitimidad del acuerdo final para la paz en Colombia*. Relatório final, presentado al curso de Pos- graduación en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidade Federal do Rio de Janeiro-UFRJ. Rio de Janeiro: 2019

atividade internacional relacionada. Isso inclui os mais diferentes órgãos e entidade dos sistemas de proteção mundiais e regionais, incluindo a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Os casos envolvendo a Colômbia representam um dos casos típico de controle de convencionalidade construtivo, onde é possível perceber nitidamente resultados positivos e animadores.

A abertura das normas constitucionais, bem como uma atuação receptiva da CCC¹³² ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, contribuiu de forma significativa para contornar os problemas no país. Houve um diálogo de fato entre as jurisdições, o que permitiu um conjunto de ações concatenadas no país e permitiu que várias pessoas saíssem da situação de miséria e violação de Direitos Humanos e Fundamentais extremas¹³³.

2.4 – A maior abertura semântica constitucional é capaz ampliar os canais de comunicação entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional, por si só?

O Novo Constitucionalismo Latino Americano trouxe uma série de ganhos para países como o Brasil e Colômbia, assolados por anos de violência e conflitos políticos intensos. Contudo, o advento da Constituição de 1991 na Colômbia e a de 1988, no Brasil, não significaram resolução dos problemas por si só. Apesar de previsões constitucionais generosas, a consolidação desses valores mostrou ser um obstáculo de difícil superação. Nesse contexto, as Cortes Constitucionais de ambos os Estados assumiram importante papel institucional. O ativismo judicial acabou por se tornar a via mais inclinada a dar efetividade as demandas sindicadas pelos mais diversos grupos sociais. Ainda que avocada para si a competência para decidir sobre a aplicação de direitos fundamentais, é possível perceber ineficiência de uma postura meramente imperativa das Cortes.

Não obstante, as Constituições, tanto do Brasil como da Colômbia, garantiram a expansão dos direitos fundamentais não só no seu próprio corpo, como também através de cláusulas abertas aos direitos humanos. Ambos os países ratificaram a Convenção

¹³²A CCC considera, inclusive, que as decisões da Corte IDH pertencem ao bloco de constitucionalidade do país. Precedente nesse sentido: T – 1319/01.

¹³³ ARAÚJO, David Pereira de Araújo. *O Estado de Coisas Inconvencional*. Governador Valadares: Trabalho de Conclusão de Curso pela Universidade Federal de Juiz de Fora, campus GV, 2017.

Americana de Direitos Humanos e aderiram ao protocolo facultativo de submissão a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Apesar das semelhanças entre os países, é possível detectar padrões diferentes de recepção tanto dos direitos garantidos pela Convenção, quanto das decisões da Corte IDH. O resultado pragmático é uma discrepância na capacidade institucional de cada país para resolver problemas de violações de Direitos Humanos que ocorrem de maneira reiterada contra grupos vulneráveis historicamente marginalizados do acesso à justiça.

A textura aberta das constituições confere um amplo espectro de atuação dos órgãos de proteção dos Direitos Humanos. O fato das Cortes e Tribunais possuírem competência e autoridade para interpretar a norma diretamente, acaba por dar o tom no qual sua aplicação ocorrerá nas demais instancias. Não se trata aqui de uma hierarquia superior estabelecida *a priori*, mas tão somente uma função basilar de definir e coordenar os eixos de aplicação da norma, conforme o melhor interesse da pessoa e através de um prisma de proteção da própria democracia¹³⁴.

Os mecanismos institucionais internos de cada Estado, muitas vezes, não são capazes de atuar de maneira coordenada eficiente para garantir o cumprimento das normas Convencionais. O emaranhado de estruturas burocráticas e administrativas dos Estados dificultam a identificação da real causa dos problemas e quais são as medidas que devem ser tomadas por cada órgão, dentro de sua respectiva competência. Uma saída possível é o auxílio do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. Nos casos em que o Estado se mostrar impotente frente a problemas de violações de Direitos Humanos, pode a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, através do controle de convencionalidade, ser a chave mestra para movimentar as engrenagens institucionais dos Estados-Membros e auxiliar na proteção dos Direitos Humanos.

¹³⁴ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como morrem as democracias*. Jorge Zahar Editor Ltda: Rio de Janeiro, 2018.

CAPÍTULO 3: O BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE SUL AMERICANO¹³⁵

3.1 – Aspecto Gerais

Desde logo, cumpre destacar que o conceito de Bloco de Constitucionalidade remete a expansão do sentido e da força das normas constitucionais. Esse fenômeno surge na França, dentro do contexto da V República, mais especificamente na sentença D-44 do Conselho Constitucional, em julho de 1971¹³⁶. Pela primeira vez no país abriu-se a possibilidade de se exercer o controle de constitucionalidade tomando como parâmetro normas que se encontravam fora do corpo da constituição. Esse foi um caso paradigma para a criação da ideia de “bloco de constitucionalidade”, podendo ser equiparado aos famosos “Marbury vs. Madison” e “Cruz Muñoz”¹³⁷.

O caso envolveu a dissolução do partido revolucionário de esquerda chamado *Gauche Prolétarienne*. Isso ocorreu dentro de um processo no qual o Estado ofereceu um projeto de lei no qual conferiria maior poder de discricionariedade ao chefe do Executivo, para impedir a formação de associações com objetivos tidos como “imorais” ou ilícitos. Houve uma movimentação de intelectuais da época que se mobilizaram contra a ação repressiva do governo. Dentre eles estavam Simone de Beauvoir e Jean-Paul Sarte.

¹³⁵ O presente capítulo é fruto de um artigo escrito por mim, e pelos professores Eduardo Val e Siddharta Legale. Sua base teórica foi o capítulo 3 da tese de doutorado apresentado pelo professor Siddharta Legale, no programa de Pós-Graduação em Direito Internacional da UERJ. cf. LEGALE, Siddharta. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional Transnacional*. Rio de Janeiro: Tese de doutorado pelo Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional pela UERJ, 2017. P. 169 e ss. O trabalho dialoga também com o grupo de pesquisa coordenado pelo professor Eduardo Manuel Val, LEICLA (Laboratório de Estudos Interdisciplinares em Constitucionalismo Latino Americano), com ampla produção na área e com o da profa. Carolina Cyrillo, SUD-Constitucionalismo sul-americano e com as propostas defendidas nos seguinte artigos a respeito desse constitucionismo: CYRILLO DA SILVA, Carolina Machado. *La posición jerárquica del derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones sudamericanas. Contextos*, Buenos Aires, n.06, p.124-135, set. 2013. Disponível em: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/contextos/article/view/2852/2654>. Acesso: 17/12/2019

¹³⁶ Confira a sentença Conseil Constitutionnel, 71-44 DC, Rec 29 RJC 1-24, 17 de juillet 1971, – Liberté d’association (44 DC) – Droit constitutionnel des libertés, conformité de la loi au préambule (bloc de constitutionnalité). In: FAVOREU, Louis. *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*. Paris: Éditions Dalloz, 2007, p. 235 e ss.

¹³⁷ Documento 6735, Ordinária, Queixa, Demandante Cruz Muñoz, Demandado Prefeito de Quirimara, 1833, Arquivo Judicial Histórico de Medellín.

Submetida a jurisdição da Conselho Constitucional, este declarou que o projeto de lei atentava contra a liberdade de associação e deveria ser afastado.

Não obstante, foi ao longo da década de 70 que o conceito de bloco de constitucionalidade se consolidou de fato na doutrina e na jurisprudência francesa. A partir de uma perspectiva hermenêutica garantista, o Conselho Constitucional conferiu hierarquia constitucional ao Preâmbulo da Constituição anterior de 1946. Ocorre que tal preâmbulo fazia menção direta a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o que acabou por inundar os novos parâmetros de controle de constitucionalidade com uma gama enorme de normas e princípios de textura aberta.

A ideia de bloco de constitucionalidade se expandiu, dando origem a diferentes sentidos: (i) estrito e (ii) amplo. De acordo com Louis Favoreu, o sentido estrito se refere as normas que possuem força constitucional por si mesmas e que apenas poderia ser derogada por uma norma positivada no corpo da constituição que a contrarie. Já as de sentido amplo, se referem a textos ou princípios que guardam conexão direta com normas constitucionais. É o caso de algumas leis orgânicas e regras de fundo.

Posteriormente, foi introduzida na França a chamada Questão Prioritária de Constitucionalidade (QPC), através da Lei Constitucional 724 de 23 julho de 2008. Foi introduzido no art. 61 da Constituição de 1958 um modelo repressivo, concreto e concentrado de controle de constitucionalidade. Nesse sentido, a QCP teria a prerrogativa de exercer o controle de constitucionalidade sobre normas materialmente inconstitucionais, passando a abranger também o bloco de constitucionalidade, ou seja, tinha como parâmetro a Constituição de 1958, o preâmbulo da Constituição de 1946 e Declarações de Direitos. Ficou estabelecido também que os tratados internacionais deveriam passar pelo crivo dos direitos fundamentais constitucionais, gerando o que podemos chamar de “nacionalização” da ideia de bloco de constitucionalidade¹³⁸.

¹³⁸ A rigor, essa nacionalização começa anteriormente quando a D054 de 1975 sobre o aborto nega a possibilidade do Conselho Constitucional realizar o controle de convencionalidade, sob o fundamento de que, embora com base no art 55 da Constituição, tratados internacionais sejam supralegais, eles não têm status constitucional. Logo, não podem servir de parâmetro. Parance, Béatrice, *The Contribution of the Question Prioritaire de Constitutionnalité to Private Law* Disponível em :<https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2012790>

A delimitação do conceito de bloco de constitucionalidade não é pacífica na doutrina, vindo a ser interpretado e aplicado de maneira diferente em cada Estado. Contudo, podemos delimitar aqui pelo menos dois pontos mais comuns que servem de base: (i) a ideia de bloco de constitucionalidade possui o condão de reunir as normas que podem vir a ser alvo de controle de constitucionalidade; (ii) tem a prerrogativa de "delimitar as competências entre os Estados e as Comunidades Autônomas, a partir da aprovação de distintos estatutos de autonomia."¹³⁹

A partir daí as definições de bloco irão tomar formas específicas conforme sua utilização se espalha pelo restante do mundo. Os parâmetros irão variar principalmente quando ao grau de abertura e receptividade de normas que se encontravam materialmente fora do espectro constitucional. Isso terá uma implicação direta na segurança jurídica e na capacidade de delimitação prévia dessas normas. O próprio termo “bloco de constitucionalidade” nem sempre é utilizado em alguns Estados, porém é possível observar sua ocorrência de fato¹⁴⁰.

Nesse sentido, o presente capítulo irá problematizar questões sobre o bloco de constitucionalidade francês em sua gênese, realizando comparações sistemáticas com o que chamaremos aqui de “bloco de constitucionalidade sul-americano”. Através da construção do conceito de bloco, será feita uma análise sobre o diálogo entre o direito constitucional e internacional, e de que forma sua interação tem contribuído na consolidação dos direitos humanos e seu impacto nas constituições do Brasil (1988), Colômbia (1991) e Venezuela (1999).

Outros países também poderiam ser objetos da presente análise, como Argentina, Equador e Bolívia. Todos eles, de alguma forma, demonstraram a existência, ou pelo menos um indício da formação do bloco de constitucionalidade. Contudo, foram escolhidos Brasil, Colômbia e Venezuela, por estes possuírem modelos paradigmáticos e distintos, que representam contextos e pontos de vista bem específicos. Daí a

¹³⁹ UPRIMNY, Rodrigo. *El bloque de constitucionalidad en Colombia*. Disponível em: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_46.pdf?x39172. Acesso: 22/08/2018, p. 8.

¹⁴⁰ TRINDADE, Antônio Augusto. *Direito Internacional e Direito Interno: sua interação na proteção dos Direitos Humanos*. In: SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Geral do Estado. Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996b, p. 7. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/22361-22363-1-PB.pdf>. Acesso: 11/08/2018.

possibilidade de classificação desses países quanto ao grau de fortalecimento do bloco, da seguinte forma, em ordem crescente: (i) provinciano, representado pela Venezuela; (ii) fraco ou nacionalista, representado pelo Brasil e; (iii) forte ou cosmopolita, representado pela Colômbia.

Serão mapeados e estudadas as diferentes abordagens do conceito de bloco de constitucionalidade, através da técnica de microcomparação¹⁴¹, buscando o enquadramento em categorias autorais. O objetivo é explorar e aprofundar o debate sobre tema, buscando aspectos contingências que possam consolidar, ou não, a ideia de um “bloco de constitucionalidade sul-americano”, a partir das bases e fundamentos do “bloco de constitucionalidade francês”, que apesar de não compreender o objeto deste estudo, propriamente dito, servirá como importante ponto de partida¹⁴².

3.2 – O Bloco de Constitucionalidade Provinciano: Venezuela¹⁴³

Em 1999 foi convocada pelo então Presidente da Venezuela, Hugo Chávez, uma Assembleia Nacional Constituinte, com o objetivo declarado de instituição de uma democracia participativa. O processo teve início após sua autorização pela Corte Suprema de Justiça. A história da Venezuela representa um processo conflitos internos entre seus diferentes partidos. No Pacto de Punto Fijo (1958), esses partidos se comprometeram a pôr fim a onda de golpes que vinham assolando o país. Para isso, concordaram em

¹⁴¹ A comparação jurídica pode ser classificada pelo menos em duas espécies: *comparação no tempo*, vertical ou diacrônica, relaciona-se à história e ao encadeamento temporal dos elementos de uma mesma comunidade, servindo para reconstruir processos evolutivos constitucionais; e *comparação no espaço*, sincrônica ou horizontal, cuja análise recai nos elementos de ordens jurídicas diferentes de uma mesma época. Outra classificação bastante conhecida contrapõe uma macrocomparação, ou seja, longos retratos sobre instituições centrais e gerais de determinado país, à microcomparação, centrada em um instituto particular. CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. *Tratado de direito comparado: introdução ao direito comparado*. Rio de Janeiro, 1998, p. 339. SILVA, José Afonso da. *Um pouco de Direito Constitucional Comparado*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 21.

¹⁴² FAVOREU, Louis. El bloque de la constitucionalidad. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, n. 4, p. 46.

¹⁴³ Atualmente, não é possível acessar os julgados do Tribunal de Justiça Suprema da Venezuela. Os casos e as conclusões desse tópico foram retirados da tese de doutorado do prof. Siddharta Legale. Consideramos importante manter a Venezuela por representar um contraponto representativo em relação aos demais Estados, apesar dos casos estarem relativamente desatualizados, não existem razões concretas para se crer que sua postura tenha mudado. Para mais informações, cf. LEGALE, Siddharta. *A Corte Interamericana de Derechos Humanos como Tribunal Constitucional Transnacional*. Rio de Janeiro: Tese de doutorado pelo Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional pela UERJ, 2017.

respeitar os resultados das próximas eleições democráticas, de maneira definitiva. Esse pacto ocorreu após a derrubada do General Marcos Pérez Jimenez (1952-1958) e a aprovação da Constituição de 1961, que tinha como um de seus pressupostos a democracia representativa. Posteriormente, o país iria viver um período de “prosperidade”, graças a extração e comércio de petróleo, o que acarretaria ainda em novas convulsões sociais¹⁴⁴.

Esse processo inicial de tentativa de implementação da Democracia colocou o país no que ficou chamado de segundo ciclo do novo constitucionalismo latino-americano. Isso foi devido a sua abertura em direção a maior participação popular da vida política no país, implementando mecanismos como o referendo, plebiscito e o *recall*. De fato, existem uma série de discussões quanto ao verdadeiro objetivo dessas medidas, se em prol da consolidação de valores democráticos, ou se foram apenas novos mecanismos de autoritarismo disfarçados.

Dentro desse processo endêmico de conflitos políticos sociais, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos interveio, propondo uma série de mudanças e recomendações ao Estado Venezuelano. A resposta do Governo foi extremamente hostil e avessa a intervenção internacional. Por isso, em 2012, o então Presidente Hugo Chávez anunciou a denúncia da Convenção Americana de Direitos Humanos, por parte da Venezuela, sustentando que a Corte IDH e CIDH teriam se desvirtuado de suas competências institucionais¹⁴⁵. Em meio a esse processo turbulento, o então Presidente da Assembleia Nacional, Juan Guaidó se declarou presidente interino no país, invocando a permanência do país no SIDH. Em comparação aos demais países analisados neste trabalho, a Venezuela é o Estado que demonstra menor receptividade ao Direitos Internacional. Um dos fatores que podem ser considerados precursores desse caráter é a postura do Tribunal Supremo de Justiça (TSJ).

¹⁴⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. *Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional da ABDConst*, Curitiba, 2010. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf>. Acesso em: 17/12/2019

¹⁴⁵ WOLKMER, Antonio Carlos e FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. *Pensar – Revista de Ciências jurídicas* v. 16, n. 2 de jul./dez., 2011. <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2158>. Acesso: 17/12/2019

A atuação TSJ quanto a formação do bloco de constitucionalidade, se relaciona diretamente com a interpretação conferida aos dispositivos constitucionais que dizem respeito ao direito internacional, encurtando ou aumentando o diálogo com a Corte IDH. Apesar do art. 7 da constituição venezuelana de 1999 prever a sua supremacia, outros dispositivos permitem mitigação dessa premissa. O art. 22, por exemplo, possui uma textura mais aberta ao prever que os direitos previstos na constituição não excluem aqueles não expressamente previstos¹⁴⁶. Do art. 19 pode ser extraído o princípio da progressividade, o que significa o compromisso elencado pelo constituinte em caminhar em direção a maior efetivação possível de direitos fundamentais¹⁴⁷.

Não obstante, é no art. 23 que se encontra talvez maior abertura aos tratados internacionais, presente na constituição venezuelana¹⁴⁸. Aqui, é conferido status constitucional aos tratados de direitos humanos, que passam a gozar também de hierarquia constitucional, chegando a possuir aplicabilidade imediata pelos tribunais e demais órgãos do Poder Público e, mais do que isso, deveriam prevalecer no ordenamento interno nos casos de preverem direitos mais favoráveis. É possível dizer que o art. 23 seria a principal ponte capaz viabilizar a formação da ideia de bloco de constitucionalidade na Venezuela¹⁴⁹.

Contudo, o art. 335 confere ao TSJ o condão de zelar pela supremacia constitucional e pela eficácia de seus princípios e garantias. A partir daí é que esse tribunal amplia e justifica seus poderes para afastar as decisões da Corte IDH, bem como os

¹⁴⁶ Constituição de 1999, Artículo 22, La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.

¹⁴⁷ Constitución de 1999, Artículo 19. El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen.

¹⁴⁸ Constitución de 1999, Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

¹⁴⁹ TSJ, Sentença n. 537, EXP. n.º 00-1.799, Relator José M. Delgado Ocando, J. 12.06.2000. De forma análoga, confira-se a Lei orgânica contra a corrupção TSJ, Sentença n.º 2573/2002.

próprios tratados de direito internacional, apesar de outras normas constitucionais em sentido contrário.

Nesse sentido, apesar de existirem normas constitucionais venezuelanas que favoreceriam a formação do bloco de constitucionalidade, o TSJ acaba por amesquinhar sua interpretação, impondo uma resistência a jurisdição externa. A hipertrofia do poder judiciário acabou por solapar o acervo decisório da Corte IDH e suas contribuições quanto a maior efetividade possível dos direitos humanos. Por isso, podemos dizer que o TSJ adota uma postura antipática e avessa ao direito internacional no julgamento de casos paradigmáticos que serão demonstrados a seguir.

Talvez o principal caso que envolva a questão do bloco de constitucionalidade, ou *leading case*, foi o conhecido como “Servio Tuio León Briceño”, decidido na Sentença nº 1077/2000. A controvérsia envolveu conflito entre quem seriam os legitimados para sindicarem direitos difusos ou coletivos que ainda não foram consolidados legalmente. Dizia respeito a interpretação de casos submetidos pela defensoria do povo. Aventou-se a abertura conferida pelo art. 23 da constituição, e sua possível recepção de normas no bloco de constitucionalidade, apesar de ainda não ter utilizado essa expressão¹⁵⁰.

O processo não foi admitido pela Sala Constitucional da Venezuela. Contudo, houve pronunciamento seu a respeito de questões relativas ao mérito. Sustentou que existem normas constitucionais que possuem aplicabilidade imediata, portanto não possuem caráter programático. Na oportunidade, o órgão também avocou para si o condão de dar a última palavra sobre a interpretação da constituição. Sendo assim, determinou que no caso de haver conflitos entre normas constitucionais e valores hierarquicamente superiores, este será resolvido pelo poder judiciário. Apesar de reconhecer o caráter vinculante das normas de direito internacional, o Tribunal não excluiu estabeleceu sua competência para avaliar cada caso e determinar sua aplicação, ou não.

Outro caso foi a Sentença nº 1309/2001, Expediente nº 1362, a qual foi ajuizada por um cidadão, visando a interpretação dos dispositivos constitucionais 57 e 58 e seu alcance, quanto a liberdade de expressão, de informação dentre outros. Dentre as questões abordadas, estavam: (i) se as previsões constantes na CIDH poderiam ser enquadradas

¹⁵⁰ TSJ, Sentença 1077, Expediente 00-1289 (Caso: Servio Tulio León Briceño), Relator Jesús Eduardo Cabrera Romero, J. 22.09.2000.

nos artigos supracitados; (ii) se leis que dizem respeito ao desacato encontrariam amparo legal no ordenamento interno do Estado; (iii) se seriam a criação por parte do legislativo de um órgão jurisdicional próprio para questões referentes a liberdade de expressão¹⁵¹.

A ação foi julgada improcedente pela Sala Constitucional. Novamente, reiterou seu poder de decidir por último sobre questões que envolvam a interpretação da constituição. Sustentou que os valores constitucionais estão acima de qualquer valor supostamente absoluto e supra histórico. Contudo, não afastou a possibilidade de influência no sopesamento de valores inerentes ao direito natural e outros elementos que não necessariamente ocupam o corpo da constituição, mas também integram o conjunto de ferramentas interpretativas para sua aplicação.

Por fim, decidiu pela prevalência dos valores constitucionais com base na reserva legal, ou seja, submeteu sua validade ao Poder Constituinte com base nos artigos 57 e 58 da Constituição. A demanda inicial invocava dispositivos da CADH, Opiniões Consultivas de decisões proferidas pela Corte IDH, dando um indício sobre uma possível formação do bloco. Contudo, a tentativa não foi bem recepcionada pela Sala Constitucional do TST, que preferiu basear seu convencimento em aspectos basicamente constitucionais e legais.

Apesar do fato de que a Sala Constitucional Venezuelana se pronunciar em abstrato pela prevalência dos Direitos Humanos em âmbito interno, na prática, ela acaba afastando sua aplicação, colocando uma série de barreiras internas para tanto. Segundo ela, os Direitos Humanos seriam aqueles advindos diretamente das normativas de tratados e dispositivos internacionais, mas não as decisões ou posicionamentos exarados por instituições de mesma origem. Isso acaba por esvaziar o nível hierárquico dos direitos humanos, na medida apropriada sua aplicação ao julgamento apenas das instituições de âmbito interno e, mais que isso, o subordina aos aspectos constitucionais venezuelano.

Segundo a Sala Constitucional da Venezuela, a própria Constituição não permitiria que decisões de Cortes Internacionais ingressassem com efeitos vinculantes

¹⁵¹ TSJ, Sentença 1309/2001, exp 1362, (Caso Herman Escarrá) Relator Pedro Rafael Rondón Haaz, J. 2001.

diretos em âmbito interno. Para tanto, seria necessário o advento de uma emenda à constituição que estabelecesse essa prerrogativa.

É possível concluir através de uma análise de fundo, que o Tribunal Supremo de Justiça da Venezuela adota uma postura mais resistente a ideia de Bloco de Constitucionalidade. Nesse sentido, os Direitos Humanos não teriam valor supraconstitucional, mas estariam condicionados a própria constituição. No máximo, suas normas gozariam de tratamento diferenciado. As decisões e posicionamentos dos organismos internacionais na poderiam subjugar o entendimento do TST, visto que este guardaria para si o entendimento último sobre as questões constitucionais e, inclusive, sobre as questões de cunho internacionais.

Concluimos, portanto, que o posicionamento do atual Tribunal Supremo da Venezuela empobrece a ideia de bloco de constitucionalidade ao amesquinhar e impedir sua maior abrangência. Isso corrobora com uma proteção deficitária dos direitos humanos, na medida em que enfraquece a atuação de órgãos internacionais que atuam de maneira incisiva na proteção dos direitos humanos. Por isso, podemos classificar o bloco de constitucionalidade da Venezuela como provinciano, na medida em que sua formação não dialoga de maneira devida com o direito internacional, como o sistema interamericano de direitos humanos.

3.3 – O Bloco de Constitucionalidade Nacionalista: Brasil

Em relação a Venezuela e a Colômbia, o Brasil pode ser considerado um meio termo em relação aos demais, quando se discute sobre a formação do bloco. A Constituição de 1988 elencou nos seus artigos 5º, §2º e §3º uma possível abertura ao direito internacional que, em tese, deveria tornar o Direito Internacional mais receptivo e capaz de causar maior impacto em âmbito interno. Para autores com Antônio Augusto

Cançado Trindade¹⁵² e Flávia Piovesan¹⁵³, esses dispositivos teriam o condão de conferir aplicabilidade imediata dos tratados de direitos humanos, com hierarquia constitucional.

Desde a promulgação da Emenda Constitucional nº 45 de 2009, foram aprovados apenas dois tratados através do novo rito estabelecido. Um deles, foi a Convenção de Nova Iorque sobre deficientes, em 2007. O outro foi o Tratado de Marraqueche em 2013. Dado o lapso temporal e o número de tratados ínfimos contemplados pelo status constitucional, é possível concluirmos, assim como o pensamento do professor Eduardo Val¹⁵⁴, pelo fracasso da medida, em relação a ampliação da proteção dos direitos humanos.

Apesar dessa possível abertura constitucional, o STF demonstra uma postura antipática ao Direito Internacional de Direitos Humanos e, conseqüentemente, a formação do Bloco de Constitucionalidade. O §3º do artigo 5º foi incluído posteriormente na Constituição, através da Emenda Constituição nº 45 de 2009, com o intuito de pôr fim a discussão acerca do status constitucional dos tratados internacionais que versassem sobre direitos humanos. Contudo, ao submeter sua aprovação ao quórum qualificado de uma emenda à constituição, acabou tornando sua força hierárquica mais frágil, tendo em vista que antes seu status constitucional poderia ser considerado desde a sua ratificação.¹⁵⁵

O Brasil passou por um momento de grande fortalecimento da democracia e de valores fundamentais com a promulgação da Constituição de 1988. O evento marcou o

¹⁵² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito Internacional e Direito Interno: sua interação na proteção dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/22361-22363-1-PB.pdf>. Acesso: 30/05/2019. A prosposta do §2º do art.5º foi realizada no momento da Constituinte por pelo prof. Cançado Trindade, Cf. CANÇADO TRINDADE, ANTÔNIO AUGUSTO; SIDDHARTA LEGALE. ENTREVISTA PARA O CANAL DEBATES VIRTUAIS- A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Revista de Direito Constitucional Internacional e Comparado, V.1, nº1,2017. Disponível em: < <https://periodicos.ufjf.br/index.php/rdcic/article/view/24849>>. VAL, Eduardo Manuel. SILVA, Paulo José. Reforma Constitucional Para Ratificação De Tratados Internacionais De Direitos Humanos: O Fracasso Da Emenda Constitucional 45/2004. Revista internacional Consinter de direito, ano III, Nº V, 2º SEM. 2017.

¹⁵³ PIOVESAN, Flávia. *Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos: impactos, desafios e perspectivas à luz da experiência brasileira*. P. 143. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3160/9.pdf>. Acesso: 30/05/2019.

¹⁵⁴ VAL, Eduardo Manuel. SILVA, Paulo José. *Reforma Constitucional Para Ratificação De Tratados Internacionais De Direitos Humanos: O Fracasso Da Emenda Constitucional 45/2004*. Revista internacional Consinter de direito, ano III, Nº V, 2º SEM. 2017.

¹⁵⁵ Valerio Mazzuoli, por exemplo, considera que o advento do §3º, no art. 5º da CF/88 prestou um “desserviço” a efetivação de direitos humanos no país. Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O novo §3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia*. Op. Cit.

fim de um período assolado pela arbitrariedade e censura da ditadura militar. O novo rol extenso de garantias constitucionais, acabou ampliando as competências dos Supremo Tribunal Federal para decidir não só sobre a proteção de direitos sociais, mas também sobre direitos referentes a própria vida política do país.

O protagonismo do Supremo Tribunal Federal se tornou crescente, assumindo a forma principalmente dos juízes que ocuparam sua presidência em determinado momento. O professor Siddharta Legale irá identificar uma postura mais autocontida do STF no que ele irá chamar de uma “Corte Moreira Alves” e outra, posterior, de cunho mais ativista, chamada de “Corte Gilmar Mendes”. Além do perfil de cada Juiz-Presidente, que deu sua própria entonação aos trabalhos da Corte, outros fatores também corroboraram para a expansão de sua jurisdição, como o maior alcance público de seus trabalhos, com o advento da TV Justiça, YouTube, etc. Ambos os perfis, tiveram impacto direto na recepção do Direito Internacional¹⁵⁶.

Em que pese o conflito existente quanto ao status constitucional, ou não, dos tratados de direitos humanos, o STF conferiu pelo menos hierarquia supralegal aos tratados direitos. Isso significa que ainda que os tratados sobre direitos humanos não estivessem no mesmo patamar da constituição, eles ainda assim estariam acima de qualquer norma legal. Esse entendimento ficou consolidado no julgamento sobre prisão do depositário infiel, a qual dispunha o art. 5º, LXVII e o art. 652 do Código Civil. O STF decidiu pela inviabilidade da sua prisão, com base na sua incompatibilidade com o 7.7 da CADH. Apesar de ter decidido pela não incompatibilidade com a norma constitucional, entendeu o dispositivo deveria afastar o entendimento do Código Civil que o

¹⁵⁶ Em termos acadêmicos, nossos artigos são os primeiros a empregar o termo no Brasil para descrever o perfil do STF. A respeito, cf. LEGALE FERREIRA, Siddharta; FERNANDES, Eric Baracho Dore. *O STF nas “cortes” Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes*. Revista Direito GV, São Paulo, v. 9, n. 1, Junho 2013, p. 23-35. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322013000100002&lng=en&nrm=iso . LEGALE, Siddharta; MACEDO, Marco Antônio F.. *A Corte Moreira Alves (1975-2003): a judicatura de um civilista no STF e o controle de constitucionalidade*. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, v. 2, p. 1-32, 2012. Disponível em: <<http://ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/745/538>> Acesso em: 01.08.2014. LEGALE, Siddharta; VAL, Eduardo Manuel . *A Corte Gilmar Mendes revisitada (2008-2010): mais ativismo no Supremo Tribunal federal?* In: BELLO, Enzo (Org.). *Ensaio crítico sobre direitos humanos e constitucionalismo*. 1ª ed. Caxias do Sul: EDUCS, 2012, p. 103-126. Disponível em: www.ucs.br/site/midia/.../Ensaio_critico_sobre_direitos_humanos.pdf .

contrariasse¹⁵⁷. O motivo foi de que art. 5º, LXVII da Constituição apenas permitia, mas não obrigava a prisão do depositário infiel. Na prática, o STF não enfrentou afundo a questão do conflito entre normas constitucionais e de tratados de direitos humanos, nesse caso¹⁵⁸.

Apesar desse considerável avanço, a jurisprudência do STF foi resistente em dar maior efetividade aos tratados de direitos humanos e as decisões de organismos internacionais. Além disso, seus julgados mostram em muitos casos, um profundo desconhecimento do sistema interamericano, ao citar casos de maneira completamente desconexa, ou tratando de suas decisões como mero *obter dictum*, da forma como ocorre com o direito comparado.

Um desses casos foi o julgamento da Lei de Anistia (Lei nº 6.683/79) através da ADPF 153. O STF entendeu pela compatibilidade da referida pelo fato de que a anistia no Brasil teria ocorrido de maneira bilateral e não unilateral. Nesse sentido, sua decisão não estaria em desconformidade com os demais casos julgados pela Corte IDH sobre o assunto, como *Almonacid Arellanos vs. Chile* (2006) e o paradigmático *Barrios Altos vs. Perú* (2001)¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Para uma visão mais detalhada do controle difuso de convencionalidade a partir desse caso cf. LEGALE, Siddharta ; SILVA, Luiz Octávio Pinheiro Carvalho. *Controle difuso de constitucionalidade e recurso extraordinário*. 1. ed. Rio de Janeiro: Multifoco, 2016.

¹⁵⁸ Sobre aplicação dos tratados internacionais sobre direitos humanos no ordenamento interno e controle de convencionalidade, cf. GUERRA, Sidney Cesar Silva . *O sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013. GUERRA, Sidney. Controle de Convencionalidade. *Revista Jurídica UNICURITIBA*. V.n.46, Curitiba, 2017, pp. 1-21. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1994/1275> Acesso: 09/08/2018. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. RAMOS, André de Carvalho. *Supremo Tribunal Federal Brasileiro e o Controle de Convencionalidade: levando a sério os tratados de Direitos Humanos*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 104, jan/dez. 2009, p. 241-286.

¹⁵⁹ STF, Tribunal Pleno, [ADPF 153/DF](#), Rel. Min. Eros Grau, J. 29.04.2010, DJe-145 05.08.2010, DJ 06.08.2010. Trecho da ementa: “EMENTA: LEI N. 6.683/79, A CHAMADA “LEI DE ANISTIA”. ARTIGO 5º, CAPUT, III E XXXIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL; PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E PRINCÍPIO REPUBLICANO: NÃO VIOLAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS HISTÓRICAS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E TIRANIA DOS VALORES. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E DISTINÇÃO ENTRE TEXTO NORMATIVO E NORMA JURÍDICA. CRIMES CONEXOS DEFINIDOS PELA LEI N. 6.683/79. CARÁTER BILATERAL DA ANISTIA, AMPLA E GERAL. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA SUCESSÃO DAS FREQUENTES ANISTIAS CONCEDIDAS, NO BRASIL, DESDE A REPÚBLICA. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E LEIS-MEDIDA. CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES E LEI N. 9.455, DE 7 DE ABRIL DE 1997, QUE DEFINE O CRIME DE TORTURA. ARTIGO 5º, XLIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INTERPRETAÇÃO E REVISÃO DA LEI DA ANISTIA. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1985, PODER CONSTITUINTE E “AUTO-ANISTIA”.

No seu voto, o Relator do caso, Ministro Eros Grau entendeu que não haveria lesão aos direitos de receber informações dos órgãos públicos, ao princípio democrático, a dignidade da pessoa humana e a isonomia. Sustentou a possibilidade de o legislador tratar de maneira diversa nos casos de crimes políticos e comuns. Destacou que a anistia era necessária a transição democrática pacífica e duradoura. Apesar do fato de sua proposição e aprovação ter se dado no bojo de apoiadores da ditadura, o Ministro Relator entendeu que medida também beneficiava seus opositores. Nesse sentido, decidiu pela constitucionalidade da lei de anistia, tendo sido acompanhado pela maioria do plenário.

Apesar do fato de que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos já ter enfrentado esse assunto, em mais de uma ocasião, e além disso, possuir posicionamento consolidado sobre a invalidade das leis de anistia, o Ministro Relator praticamente ignorou sua existência. Existe uma única menção a decisão da Corte IDH, ainda assim, de maneira indireta através de uma citação do penalista Nilo Batista. Não houve qualquer trabalho de explanação satisfatório, ainda houvesse uma rica análise sobre o tema no SIDH.

O professor Siddharta Legale, em análise crítica a esse caso, considerou que: em primeiro lugar, o fato de a lei ser anterior a Constituição e ter sido recepcionada, não justifica por si só a sua validade. Também podem ser utilizados como parâmetro, nesse caso, os artigos 1, 2, 8 e 25 da CADH, que garantem o acesso à justiça e a persecução penal dos envolvidos em crimes contra os direitos humanos.

Outro argumento que não possui base sólida para reconhecer a validade da lei de anistia no Brasil, é o fato de que o país não havia ratificado à época a Convenção de Combate a Tortura. Em que pese a referida convenção ter reforçado a incompatibilidade da prática de tortura com o direito internacional, esse já era um entendimento consolidado e uma norma de *jus cogens*. Ou seja, a sua positivação pertence a um procedimento meramente formal, tendo em vista que seja existência e vinculação é considerada preexistente a qualquer tratado ou convenção, sendo passível, inclusive, de anulação destes, caso contrarie as referidas normas.

A incorporação dessas normas com aplicabilidade imediata, impacta diretamente na formação do Bloco de Constitucionalidade. Existiam a época do julgamento do caso, outras normas de direito internacional, as quais o Brasil havia ratificado, como as Convenções de Genebra e a própria Convenção Americana de Direitos Humanos. Essas poderiam, e deveriam ter sido invocadas para afastar a vigência da lei de anistia, para viabilizar os procedimentos pertinentes de investigação sobre os crimes cometidos pela ditadura, que não podem ser simplesmente ignorados.

O terceiro argumento trazido diz respeito ao comentário irônico do professor Nilo Batista ao se referir ao caso *Almonacid Arellano vs Chile* (2002), no qual ele diz estar a Corte IDH “conjurando o fantasma da condenação da Corte Interamericana”. Esse argumento foi utilizado pelo Ministro Relator Eros Grau para afastar a incidência do julgado sob o argumento de que este carecia de efeitos jurídicos. Tal argumento não merece prosperar, sob pena de fragilizar a proteção dos direitos humanos e esvaziar o trabalho de uma valiosa instância de julgamento, como o CADH. A própria Corte IDH julga a invalidade da lei de anistia brasileira no caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*, também conhecido como “Guerrilha do Araguaia”.

Não se trata aqui de um “fantasma”, mas de uma realidade, a qual o Brasil não pode se furtar ao dever de observar. Ao simplesmente ignorar sua existência, o STF incorre em descumprimento dos deveres contraídos internacionalmente pelo Estado brasileiro, ao ratificar o protocolo facultativo de submissão a jurisdição da Corte IDH, em 1992. Mais do que isso, está descumprindo questões referente a própria constituição e ao artigo 7 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que estabelece que o Brasil deveria propugnar pela formação de um Tribunal Internacional de Direitos Humanos.

O quarto argumento ventilado, diz respeito ao aspecto contingencial de que haveria incompatibilidade apenas entre as leis de “autoanistia” e a CADH, conforme o voto do Ministro Relator Eros Grau. Não é possível depreender esse entendimento dos julgados da Corte IDH. Os casos *Almonacid Arellano vs Chile* (2002) e *Barrios Altos vs Peru* (2001).

Esse quadro de desprestígio do SIDH frente a jurisdição brasileira se repete em vários outros casos e é reforçado ainda pelo fato de ser raro sua menção. É difícil dizer se

esse perfil do STF se deve ao desconhecimento da jurisdição da interamericana, ou se simplesmente ela é vista como algo lateral e de menor importância.

De fato, há uma formação deficitária endêmica em Direito Humanos no Brasil. O professor Eduardo Val irá demonstrar em sua tese de doutorado como o ensino de direitos humanos recebeu tratamento de menor importância ao longo dos anos¹⁶⁰. Os professores designados para essa disciplina não possuíam formação adequada para tanto. Além disso, possuía menor número de créditos e ocupavam horários em que o quórum de alunos era menor.

As medidas provisionais, as supervisões de cumprimento de sentença e as análises de fundo proferidas pela Corte IDH não devem ser entendidas como argumentos laterais as sentenças dos tribunais nacionais, mas devem compor a *ratio decidendi* em si. O Direito Internacional não pode ser visto como mera “perfumaria”, ao passo que não é utilizado com o impacto ao qual faz jus. Isso fica evidente ao se verificar que no período entre 1988 e 2004, não houve sequer menção a Corte IDH pelo STF. Apenas a partir de 2008 que se é possível verificar uma maior incidência de casos do sistema interamericano, mas, ainda assim, muitas vezes de maneira desconectada e imprecisa para o caso concreto¹⁶¹.

Essa aversão ao direito internacional em nome de uma soberania obsoleta não mais possui qualquer tipo de amparo no contexto atual de desenvolvimento do Direito em escala mundial. A proteção de direito humanos, principalmente no que tange a grupos vulneráveis perpassam as fronteiras de qualquer Estado. Ampliar as vias de diálogo entre o direito constitucional não significa diminuir enfraquecer o direito interno, mas corroborar com o enriquecimento das decisões, com relação a sua capacidade de causar efeito imediato e eficaz.

¹⁶⁰ VAL, Eduardo Manuel. *Reflexões sobre a prática e o discurso docente no ensino jurídico no Brasil e na Argentina (1985-2000) em particular na disciplina de direitos humanos* / Eduardo Manuel Val ; orientador: Nádia de Araújo. – Rio de Janeiro : PUC, Departamento de Direito, 2006.

¹⁶¹ Analisando os dados de 2015 é possível perceber essa tendência. Propus um parâmetro para autocontenção na temática, de modo a abrir espaço para os direitos fundamentais. LEGALE, Siddharta. O Recurso Extraordinário com Repercussão Geral como metadecisão. Disponível em: <https://jota.info/artigos/o-recurso-extraordinario-com-repercussao-geral-como-metadecisao-18022016>. Acesso: 17/12/2019.

Apesar do fato de que existem um considerável número de citação a Convenção Americana de Direitos Humanos – cerca de 361 acórdãos - existem apenas 65 acórdãos com menções a “Corte Interamericana”, na jurisprudência do STF¹⁶². Isso indica que esta Suprema Corte tem aplicado a Convenção à moda brasileira. A princípio, não há nenhum problema imediato. Contudo, não pode o STF ignorar o posicionamento da Corte IDH, principalmente em casos em que se subsumam de maneira frontalmente colidente.

Nesse sentido, pode-se dizer que a formação do Bloco de Constitucionalidade é deficitária, ou incompleta. Além da relativa distância colocada entre o direito internacional e o constitucional, o STF tampouco reconhece a existência do bloco, de maneira nominal. A expressão “Bloco de Constitucionalidade” aparece em apenas em 2 casos, quando da utilização do buscador do STF.

A primeira delas, foi na ADI 2.971¹⁶³ de relatoria do Ministro Celso de Mello. A ação foi ajuizada pelo Confederação dos Servidores Públicos do Brasil (CSPB). O objetivo era afastar do ordenamento jurídico a Lei Complementar nº 224/2000, por incompatibilidade com o artigo 64 da Constituição de 1988. O objeto restou prejudicado quando da análise do mérito, vez que houve uma mudança quanto ao parâmetro de constitucionalidade com a superveniência da EC 41/2003. Apesar de não ter realizado uma análise mais aprofundada no caso, o Ministro Relator discorreu acerca de algumas questões referente ao caráter hierárquico-normativo de normas que não necessariamente ocupam o corpo da constituição. Citou a questão do bloco de constitucionalidade para se referir a normas que possuem a mesma carga axiológica das normas constitucionais e por isso podem ser consideradas como detentoras de caráter “suprapositivo”.

A segunda, foi a ADI 4.222¹⁶⁴ que impugnou o art. 224 do Código Eleitoral, alegando sua inconstitucionalidade. A ação foi proposta pelo Partido Socialista Brasileiro e também teve seu objeto julgado prejudicado pelo STF. Novamente, o Relator foi o Ministro Celso Mello, que considerou ser a Ação Direita de Inconstitucionalidade meio inadequado para se aferir a constitucionalidade de uma norma anterior a Constituição de

¹⁶² Consulta realizada no dia 15 de junho de 2020 no site da STF: <http://portal.stf.jus.br/>.

¹⁶³ ADI 2971 AgR, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-030 DIVULG 12-02-2015 PUBLIC 13-02-2015.

¹⁶⁴ ADI 4222 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-169 DIVULG 01-09-2014 PUBLIC 02-09-2014.

1988. No caso, o Código Eleitoral data de 1965. O Ministro Relator se reporta a teoria do Bloco de Constitucionalidade para sustentar que seria possível se recorrer a uma “ordem constitucional global”, ou seja, a normas não necessariamente estivessem presentes no corpo da constituição, mas que gozassem de força hierárquica privilegiada.

Em ambos os casos, a questão do Bloco de Constitucionalidade é tratada de forma lateral e sem capacidade de operar qualquer impacto significativo. Mais do que isso, defini o conceito de bloco de maneira extremamente vaga e imprecisa. Ao passo que confere status privilegiado a determinadas normas, o STF também não as iguala hierarquicamente as normas constitucionais. Além disso, não sequer um exemplo de qual norma poderia ser essa.

Podemos concluir, portanto, que apesar do fato de que o STF ter enfrentado a questão do Bloco de Constitucionalidade em casos como o do Depositário Infiel e da Lei de Anistia, a Suprema Corte praticamente desconhece sua existência e seus efeitos. Sua utilização se deu em apenas 2 casos, e ainda assim, foi utilizado pelo mesmo Relator, o Ministro Marco Aurélio.

Se é verdade que o Brasil não se afasta do conceito de bloco como a Venezuela, também é verdade que o país não recepcionou o conceito de forma tão calorosa quanto a Colômbia. Por isso, classificamos o Brasil como detentor de um Bloco de Constitucionalidade Nacionalista, ou seja, a ideia de bloco aqui é o que o STF diz que ele é.

3.4 – O Bloco de Constitucionalidade Cosmopolita: Colômbia

A Colômbia é um país de que demonstra relativa simpatia ao Direito Internacional, principalmente se comparado ao Brasil e a Venezuela. Podemos dizer que há um diálogo reiterado e construtivo entre o país e o Sistema Interamericano. A Corte Constitucional Colombiana (CCC) cita por diversas vezes decisões da Corte IDH, assim como a Corte IDH também cita as decisões da CCC, numa construção jurisdicional de via dupla. Esse foi um ambiente propício ao desenvolvimento da teoria do bloco de constitucionalidade, razão pela qual esse bloco pode ser qualificado como cosmopolita.

A Colômbia é um Estado assolado por um conflito político/social que existe a, pelo menos, 50 anos. Durante todos esses anos, assumiu diferentes facetas e incorporou novos atores. Surgiram grupos de extrema esquerda, como as FARC (Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia) e o EPL (Exército Popular de Libertação), e grupos paramilitares de extrema direita, como o liderado pelos irmãos Fidel e Carlos Castanho. A situação se tonou ainda mais grave com o aumento do tráfico internacional de cocaína, que eram utilizados por ambos os grupos para financiar suas campanhas armadas. Além disso deu azo ao surgimento dos barões do tráfico, que detinham enorme poder financeiro e com isso, manipulavam o jogo político no país¹⁶⁵.

A Colômbia, assim como o Brasil, também passou por um processo paradigmático de alteração profunda de suas instituições. Por isso, também podemos inseri-la dentro do fenômeno do novo constitucionalismo latino América do Sul. Houve um fortalecimento das instituições democráticas no país, impulsionado pelo crescimento de movimentos sociais. Isso deu origem a nova Constituição 1991, promulgada pelo então Presidente César Gaviria, que veio inclusive a se tornar Secretário-Geral da OEA (1994-2004).

A Constituição Colombiana de 1991 representou um grande avanço em vários aspectos, mas talvez o principal deles, seja a ampliação do rol de Direitos Fundamentais garantidos. Além disso, criou a Corte Constitucional Colombiana, considerada uma Corte extremamente ativista e atuante na garantia desses direitos¹⁶⁶. Sua atuação tem-se mostrado aberta e simpática ao direito internacional como um todo e, em especial, ao SIDH. Além da incorporação das normas de Direitos Humanos constantes na CADH, adotou as decisões da Corte IDH como vinculante e dotada de eficácia imediata em âmbito interno. Isso irá desencadear consequências diretas na formação do Bloco de Constitucionalidade Colombiano¹⁶⁷.

¹⁶⁵ LEGALE, Siddharta; ARAÚJO, David Pereira de. *O Estado de coisas inconvenional: trazendo a corte interamericana de direitos humanos para o debate sobre o sistema prisional brasileiro*. In: Siddharta Legale; Eduardo Manuel Val. (Org.). *Novos diálogos entre o direito constitucional e o direito internacional*. 1ed. Rio de Janeiro: Multifoco, 2018, v. 1, p. 169-189.

¹⁶⁶ Para uma análise mais ampla do bem-sucedido ativismo da CCC, Cf. LEGALE, Siddharta; DORE FERNANDES, Eric Baracho. *O controle jurisdicional das omissões legislativas no novo constitucionalismo latino-americano. Um estudo comparado entre Brasil e Colômbia*. In: Gustavo Sampaio; Julia Ximenes. (Org.). *Instituições políticas, Administração pública e jurisdição constitucional - XXI Congresso Conpedi UFF*. 1ed. Niterói: FUNJAB, 2013, v., p. 174-203.

¹⁶⁷ LEGALE, Siddharta. *O que é a vida segundo as Cortes do novo Constitucionalismo latino-americano?*. *Revista Publicum*, v. 2, p. 222-244, 2016.

O jurista colombiano Rodrigo Uprimny irá classificar o processo de formação do bloco de constitucionalidade na Colômbia em três fases: (i) o momento que antecede o advento da constituição de 1991, no qual se rechaçava qualquer hipótese de existência do bloco; (ii) o período que foi de 1992 a 1994, onde o conceito começa a surgir pela primeira vez, ainda que algumas idas e vindas, sem que seu nome propriamente dito seja utilizado; (iii) o terceiro período vai de 1995 a 1996, no qual a expressão bloco de constitucionalidade passa a ser efetivamente utilizada e ganha força na jurisdição constitucional¹⁶⁸.

Esse processo só foi possível graças a abertura semântica dada pela própria Constituição Colombiana de 1991. Nesse sentido, quatro dispositivos tiveram especial relevância nesse processo. São eles:

- (i) Art. 53: trata da incorporação direta dos tratados e convênios de direito do trabalho, devidamente ratificados no direito internacional¹⁶⁹.
- (ii) Art. 93: dispõe que os normas internacionais que versam sobre direitos humanos, prevalecem no ordenamento interno. Além disso as normas constitucionais devem ser interpretadas em conformidade com as normas de Direitos Humanos¹⁷⁰.

¹⁶⁸ UPRIMNY, Rodrigo. *El bloque de constitucionalidad en Colombia*. Op. Cit., pág. 10.

¹⁶⁹ Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores. Constitución Política De Colombia De 1991.

¹⁷⁰ Artículo 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. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales 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. Constitución Política De Colombia De 1991.

- (iii) Art. 94: infere que os direitos dispostos na constituição e nos tratados de direitos humanos não podem excluir outros direitos inerentes a pessoa humana e que não estejam escritos neles¹⁷¹.
- (iv) Art. 214: depreende que no caso de Estado Exceção, não poderão ser suspensos direitos e garantias fundamentais e que em qualquer caso, serão respeitadas as normas de direito humanitário¹⁷².

Conforme o pensamento do professor Edgar Fuentes, existem algumas questões contingenciais na Constituição Colombiana de 1991 que colaboraram, ou pelo menos facilitaram, com trabalho de fortalecimento do diálogo internacional promovido pela CCC e, conseqüentemente com a formação do bloco. São elas: (i) a abertura semântica de algumas normas constitucionais, bem como sua autoaplicabilidade; (ii) a cláusula chamada de “*numerus apertus*” e, por fim; (iii) a cláusula chamada de remissória¹⁷³.

A primeira, referente as normas de textura aberta e as autoaplicáveis, correspondem as normas que possuem um grande espectro interpretativo, capaz de conferir ao julgador uma base sólida de incorporação das normas de direito internacional.

¹⁷¹ Artículo 94. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos. Constitución Política De Colombia De 1991.

¹⁷² Artículo 214. Los Estados de Excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones: 1. Los decretos legislativos llevarán la firma del Presidente de la República y todos sus ministros y solamente podrán referirse a materias que tengan relación directa y específica con la situación que hubiere determinado la declaratoria del Estado de Excepción. 2. No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. Una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los Estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos de conformidad con los tratados internacionales. Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos. 3. No se interrumpirá el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado. 4. Tan pronto como hayan cesado la guerra exterior o las causas que dieron lugar al Estado de Conmoción Interior, el Gobierno declarará restablecido el orden público y levantará el Estado de Excepción. 5. El Presidente y los ministros serán responsables cuando declaren los Estados de excepción sin haber ocurrido los casos de guerra exterior o de conmoción interior, y lo serán también, al igual que los demás funcionarios, por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades a que se refieren los artículos anteriores. 6. El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición, los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refieren los artículos anteriores, para que aquélla decida definitivamente sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliere con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento. Constitución Política De Colombia De 1991.

¹⁷³ FUENTES CONTRERAS, Edgard Hernán. *Materialidad de la Constitución: La Doctrina del Bloque de Constitucionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2010, p. 196.

É o caso, por exemplo, das normas de cunho programático, que podem ser aplicadas imediatamente quando associada a outras normas¹⁷⁴.

A segunda, chamada de “*numeros aperti*”, se refere a normas que não necessariamente se encontram no corpo da constituição, mas a integram materialmente, através de uma interpretação expansiva de seus princípios fundamentais. Ou seja, são normas responsáveis por dar ao direito um caráter mais fluido, evitando que se torne excessivamente anacrônico e obsoleto¹⁷⁵.

A terceira e última, referente as cláusulas remissórias, diz respeito às normas constitucionais que atuam no processo de dinamização e integração do próprio direito interno. Aqui, as normas constitucionais possuem o condão de conferir força constitucional não só as normas de direito internacional, como também as normas do próprio direito interno, através de remissão expressa ou interpretativa¹⁷⁶.

Todas as normas anteriormente referidas podem ser consideradas como as principais responsáveis pela formação do bloco. Podemos perceber, portanto, que há a formação de um espectro bem mais amplo de normas com hierarquia constitucional, do que aquelas que apenas constam no seu texto. Não obstante, podemos depreender também que não se trata de uma usurpação de competências do constituinte pela CCC, mas que a própria constituição conferiu a prerrogativa ao intérprete de alargar o rol de direitos fundamentais.

Para que de fato essa ampliação do rol de direitos fundamentais se concretizasse, foi fundamental o trabalho e desenvolvimento da jurisprudência da CCC. Esse trabalho se iniciou de maneira tímida, contudo, foi crescendo até se tornar o que é hoje: um bloco de constitucionalidade robusto e consolidado. Nesse sentido alguns julgados da CCC se tornaram paradigmáticos e representantes de seus respectivos períodos, conforme a

¹⁷⁴ Um dos exemplos dado pelo autor são as chamadas “Lei-Quadro”, como o art. 150, nº 19, da Carta Política da Colômbia. *Ibidem*. 201.

¹⁷⁵ O autor cita como exemplo a C-109 da CCC, onde foi reconhecido o direito ao “estabelecimento a filiação real”. Tal decisão foi uma interpretação sistêmica da Corte, tendo em vista que o reconhecimento desse direito não encontrava amparo expresso na constituição. *Ibidem*. p. 215.

¹⁷⁶ O próprio art. 93 da Constituição Política da Colômbia é exemplo contundente de remissão expressa a normas que não estão positivadas na constituição, como os tratados e convênios internacionais sobre direitos humanos. *Ibidem* 235.

classificação de Uprimny. Os representantes foram as sentenças C-574/1992 e a C-295/93.

Na Sentença C-574/1992 discutiu-se sobre a aplicabilidade imediata da Convenção de Genebra sobre Direito da Guerra (1949) e aos seus protocolos adicionais. Em que pese o fato da CCC ter decidido pela prevalência da constituição perante a ordem internacional, isso não impediria a aplicabilidade imediata da referida convenção, independentemente de ter ou não cumprido os trâmites constitucionais previstos. Considerou que essas normas de direito da guerra são normas de *jus cogens* e sua incorporação é requisito meramente formal¹⁷⁷.

Na sentença C-295/93¹⁷⁸, a CCC tratou de limitar em parte o conceito de bloco de constitucionalidade, evitando o seu esvaziamento. O objeto principal da ação foi o direito de propriedade previsto na CADH. Foi uma ação de inconstitucionalidade ajuizada por um cidadão que questionou a Lei 9 de 1989, que trata de direito urbanístico. Questionou-se sobre a dever de concessão gratuita da propriedade privada, sem indenização prévia e justa, quando a questão envolver interesse público, a luz da CADH. A CCC decidiu que para os tratados de direito internacional tenham prevalência interna, eles devem obedecer 2 parâmetros, cumulativamente: (i) é necessário que o tratado em questão verse sobre direitos humanos; (ii) o direito em litígio não poderá ser suspenso no caso de Estado de Exceção declarado.

O segundo momento tem início com a sentença C-225 de 1995¹⁷⁹. Aqui o termo “bloco de constitucionalidade” passa a ser empregado de maneira sistemática e reiterada pela CCC. O cerne da questão envolveu a recepção das normas de direitos humanos no ordenamento interno colombiano e, no caso de antinomia, de que forma se resolveria o conflito entre normas. Foi discutido sobre a lei nacional que aprovou o ingresso do

¹⁷⁷ Revisión oficiosa del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) CCC, Sentencia N° C-574/92, Magistrado Ponente: Circo Angarita Baron, J: 20/09/1992.

¹⁷⁸ CCC, Sentencia C-295/93, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Diaz, J: 29/07/93.

¹⁷⁹ El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu. CCC, Sentencia”. C-225/95, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero, J: 18/05/95.

Protocolo Adicional dos Convênios de Genebra do dia 12 de agosto de 1949 (Protocolo II), que versava sobre a proteção das vítimas nos casos de conflitos armados. A CCC decidiu pela possibilidade de se exercer um controle de constitucionalidade prévio, completo e automático desses tratados, bem como de suas leis aprobatórias. Nesse sentido, referiu-se expressamente a teoria do bloco de constitucionalidade para sustentar que tanto os tratados quanto suas leis aprobatórias possuem status constitucional e, por isso, estariam sujeitos ao referido controle.

Posteriormente, houve um fortalecimento da ideia do bloco, com seu uso cada vez mais contínuo e decisivo para o deslinde de casos importantes. Uma dessas decisões foi a T-477 de 1995. Na ocasião a CCC julgou o caso de um erro médico, no qual um menino foi emasculado acidentalmente. Após o ocorrido, a equipe médica decidiu realizar uma cirurgia de alteração de gênero, construindo uma vagina no lugar do pênis retirado. A CCC decidiu que houve uma violação grave da identidade do peticionário. Apesar do fato de que os fatos narrados ocorreram sob a vigência da constituição anterior, a CCC utilizou como sustentáculo de sua sentença tratados de direitos humanos, que já vigoravam a época e vinculava os acusados¹⁸⁰.

Não obstante o fato de que o conceito de bloco de constitucionalidade começa a ganhar maior importância, também é verdade que ele passa a receber diferentes facetas, ainda com relativa imprecisão técnica. Nesse sentido, a CCC passa a realizar um esforço contínuo não só na aplicação desse conceito, mas também em delimitá-lo. Analisando sua história mais recente, é possível traçar pelo menos 3 significados distintos na afirmação do bloco de constitucionalidade.

- (i) Na sentença C-225 de 1995¹⁸¹, ficou decidido que normas que dizem respeito sobre Direito Humanitário possuiriam também hierarquia constitucional. Contudo, não estariam incluídas as normas estatutárias, que são aquelas que especificam e desenvolvem as normas referentes a direitos fundamentais.

¹⁸⁰ Los niños no son propiedad de nadie: ni son propiedad de sus padres, ni son propiedad de la sociedad. Su vida y su libertad son de su exclusiva autonomía. CCC, Sentencia T-477/95, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. J: 23/10/95.

¹⁸¹ CCC, Sentencia. C-225/95, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero, J: 18/05/95.

- (ii) Posteriormente, na C-135/96¹⁸², a CCC engloba as normas estatutárias. Nesse caso, a Corte julgou a constitucionalidade do Decreto Legislativo n. 2238 de 21 de dezembro de 1955, que previa a possibilidade de se eliminar a imputabilidade de crimes contra a liberdade individual e os delitos de sequestro e extorsão durante a vigência de Estado de exceção¹⁸³. Foi decidido que o Presidente da República não teria competência para revogar normas materialmente constitucionais, como as normas estatutárias e as de direito internacional humanitário.
- (iii) Já na sentença T-477 de 1995¹⁸⁴, caso do menino emasculado, a CCC utiliza o conceito de bloco de constitucionalidade de maneira distinta. Não houve controle de constitucionalidade propriamente dito. A Corte julgou a controvérsia com normas que teriam uma espécie de “relevância constitucional” e, portanto, seriam oponíveis ao caso concreto.

A partir de 1997, a CCC dá início a uma nova fase de desenvolvimento do conceito de bloco de constitucionalidade. Essa fase terá três desdobramentos principais: (i) será empregada uma metodologia mais apurada, com a sua sistematização e definição; (ii) delimitação do seu conceito, tornando-o mais previsível e dotado de maior segurança jurídica; (iii) simultaneamente, é ampliado seu significado, passando a abarcar principalmente as normas de direitos humanos e as da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Em 1998 a CCC cria a classificação do bloco de constitucionalidade em “sentido estrito” e em “sentido amplo”, com a sentença C-191/98¹⁸⁵. A ideia de bloco de sentido

¹⁸² Decreto 2238, del 21 de diciembre de 1955 "Por el cual se dictan medidas tendientes a erradicar algunos delitos contra la libertad personal, especialmente el secuestro y la extorsión, y se expiden otras disposiciones". CCC, Sentencia C-135/96, Magistrados Ponentes: Jorge Arango Mejía, Eduardo Cifuentes Muñoz e Alejandro Martínez Caballero. J: 09/04/96.

¹⁸³ Artículo 214. Los Estados de Excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones: 6. El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición, los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refieren los artículos anteriores, para que aquella decida definitivamente sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliera con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento.

¹⁸⁴ Los niños no son propiedad de nadie: ni son propiedad de sus padres, ni son propiedad de la sociedad. Su vida y su libertad son de su exclusiva autonomía. CCC, Sentencia T-477/95, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. J: 23/10/95.

¹⁸⁵ Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 9° (parcial) de la Ley 397 de 1997, "Por la cual se desarrollan los artículos 70, 71 y 72 y demás artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura, se crea el Ministerio de la Cultura y

estrito diz respeito às normas materialmente constitucionais, ou seja, com hierarquia superior as demais. Já o bloco em sentido amplo, são as normas não materialmente constitucionais, propriamente dito, mas que podem vir a servir de parâmetro para derrogar normas de cunho meramente legal.

A C-1991 foi proposta pelo cidadão Danilo Devis, que arguiu pela inconstitucionalidade da no art. 9º da Lei 397 de 1997. Segundo o peticionário, a expressão “plataforma continental” constante no artigo impugnado estaria em desconformidade com o artigo 101 da constituição colombiana, que previa a competência dos tratados internacionais para delimitação do território do Estado. No mérito, a ação foi julgada improcedente. A CCC entendeu que a norma estria em conformidade com a constituição, visto que sua função seria a proteção do território nacional e não estaria em desconformidade com os tratados internacionais.

Nesse caso, a CCC empregou o conceito de bloco de constitucionalidade em sentido amplo. Considerou que os tratados internacionais sobre delimitação territorial possuiriam constitucionalidade reflexa, através do artigo 101 da Constituição. Portanto, haveria ainda uma espécie de “meio-termo”, entre as normas constitucionais e as normas ordinárias, onde estariam enquadrados esses referidos tratados. Com isso, empregou-se dois sentidos básicos ao bloco de constitucionalidade *latu sensu*: (i) não podem servir de parâmetros, por si só, de controle de constitucionalidade; (ii) essas normas só poderão ser revogadas por normas com status igual ou superior, sendo vedado seu afastamento por normas ordinárias.

Posteriormente, na sentença C-358, a CCC foi mais incisiva ao conferir status constitucional de fato apenas as normas internacionais que versarem sobre direitos humanos. Sustentou que não haveriam qualquer abertura semântica constitucional que fosse capaz de abarcar qualquer norma internacional no espectro do bloco de constitucionalidade *stricto sensu*.

Se por um lado podemos inferir que houve um significativo ganho no que tange a ampliação da proteção dos direitos humanos, também podemos dizer que houve uma

se trasladan algunas dependencias". CCC, Sentencia C-191/98, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. J: 06/05/98.

relativização das normas que de fato possuiriam status constitucional. Isso porque nem sempre é fácil delimitar de maneira precisa normas que possuem cunho de direitos humanos. Nesse sentido, a CCC tratou de, posteriormente, tentar delimitar da maneira mais segura possível as normas que integrariam tanto o bloco de constitucionalidade em sentido estrito como o em sentido amplo.

Esse processo de conceituação mais específico do bloco de constitucionalidade pela CCC teve, basicamente, três pontos principais: (i) limitar a abertura semântica dada pelo art. 94 da Constituição Colombiana de 1991, que confere maior liberdade ao interprete para alocar novas normas, dada sua imprecisão; (ii) assentou que as normas que viessem a integrar o bloco, deveriam possuir remissão expressa na constituição, como acontece com os direitos humanos; (iii) realizou um trabalho teórico-dogmático para tentar sistematizar da maneira mais precisa possível quais seriam essas normas.

Em que pese o grande avanço no trabalho da CCC quanto ao aperfeiçoamento da ideia de bloco, ainda existem alguns questionamentos pertinentes. Um deles, é o peso conferido de maneira igual aos tratados de direitos humanos e as decisões das cortes internacionais. A decisão, diferentemente da norma do tratado, possui um comando direto e engessado, dando pouca margem ao intérprete. Além disso, a abertura semântica do art. 96 da Constituição Colombiana de 1991 pode funcionar como uma “carta coringa” e dar azo a entrada de um espectro muito amplo de normas. Outra questão é a impossibilidade de se estabelecer um rol verdadeiramente taxativo das normas pertencentes ao bloco.

Apesar desses problemas, a CCC parece ter empregado, com relativo sucesso, o conceito de bloco. Abarcou as normas que possuem alcance constitucional, ou seja, que funcionam como direitos fundamentais. Além disso, adotou também outras normas que poderiam servir como parâmetro de constitucionalidade e outras que teriam relevância constitucional em casos concretos específicos.

Rodrigo Uprimny traçou alguns parâmetros capazes de nortear a formação do bloco, que são (i) o preâmbulo da Constituição Colombiana de 1991; (ii) o corpo da constituição; (iii) os tratados internacionais de limites territoriais ratificados pela Colômbia; (iv); os tratados que versam sobre Direito Humanitário; (v) os tratados nos quais são consagrados direitos intangíveis; (vi) os tratados de direitos humanos; (vii) o

acervo decisório de tribunais internacionais, quando disserem respeito algumas das normas anteriores.

Todos esses fatores contribuíram de sobremaneira para o fortalecimento do Direito Internacional na Colômbia. Contudo, a incorporação das decisões de tribunais internacionais criou uma dinâmica construtiva de via dupla entre a CCC e a Corte IDH, por exemplo. O Estado colombiano passa, então, a possuir um interlocutor externo, capaz de auxiliar em casos onde as instancias internas não forem suficientes.

A partir do início dos anos 2000, a CCC passa a utilizar de maneira mais reiterada as decisões da Corte IDH, conferindo a elas cada vez maior peso. Na C-10/00 da CCC, por exemplo, a CCC entendeu que as decisões das cortes internacionais possuem o condão de conferir parâmetro interpretativo das normas constitucionais de Direitos Fundamentais. Utilizou-se como parâmetro a OC-5/85, que trata da inexigibilidade do diploma de jornalista.

Na sentença C-228/02 a CCC também restou consignado que os direitos oriundos do sistema interamericano, deveriam receber tratamento sistemático e integral. A controvérsia dizia respeito sobre a interpretação dos arts. 2 e 96 da constituição que determinam o dever do Estado em construir uma ordem justa e investigar a prática de crimes. Nesse sentido, invocou a CADH e decisões da Corte IDH, sustentando que haveria uma evolução no conceito de indenização, que estaria adstrita apenas ao valor pecuniário, mas também o direito de acesso à justiça, conhecer a verdade e ter os culpados condenados¹⁸⁶.

A aproximação entre a CCC e Corte IDH se deu de uma maneira lenta e gradual. Contudo, se tornou cada vez mais robusta e capaz de causar efeitos concretos. De menções isoladas, as decisões da Corte IDH passam a compor a *ratio decidendi* de fato das decisões da CCC. Um exemplo marcante foi a sentença SU-1184, que tratou do caso do massacre de Mapiripán. Nesse caso, foi invocado expressamente a OC-8/87, a OC-9/87, a OC-17/02 e caso Loayza Tamayo vs Perú, para sustentar sua decisão, na qual

¹⁸⁶ CCC, C-228, MP Manuel Jose Cepeda Espinosa; Eduardo Montealegre Lynett, J. 3.04.2002.

reiterava a inviabilidade de suspensão de certas garantias judiciais, ainda que sob o Estado de exceção.

Outro caso foi a Sentença C-37/06, onde a CCC realizou controle de constitucionalidade da Lei n. 975 de 2005. A controvérsia tratou sobre o julgamento de paramilitares que praticaram crimes de lesa humanidade. A CCC decidiu que o Estado possui responsabilidade nesses casos e deve atuar prontamente na prevenção, investigação, punição e reparação de direitos das vítimas. Utilizou como paradigma para o julgamento os casos Velásquez Rodríguez e Godinez Cruz vs. Honduras, Barrios Altos vs. Peru e Mapiripán vs. Colômbia.

Outros casos também sofreram significativa influência das decisões da Corte IDH, principalmente os ligados a proteção de grupos vulneráveis. Alguns deles foram: a C-092/02¹⁸⁷ (direito das crianças), C-371/00¹⁸⁸ (direito das mulheres), SU-159/02¹⁸⁹ (devido processo legal) e C-251/97¹⁹⁰ (direitos econômicos, sociais e culturais).

Portanto, podemos concluir que existe de fato uma ponte robusta que conecta a Constituição Colombiana de 1991 e com o Direito Internacional, mais especificamente, com o Sistema Interamericano de proteção dos Direitos Humanos. Há um diálogo construtivo e reiterado entre a CCC e a Corte IDH, onde ambas trabalham em conjunto na proteção dos direitos humanos. Por isso, em virtude da maior simpatia da Colômbia ao Sistema Interamericano, classificamos esse bloco como cosmopolita.

3.5 – A forma como as Cortes Constitucionais interpretam e aplicam o Direito Internacional, após o processo de integração com o Direito Constitucional, contribui de maneira satisfatória para sanar o problema do litígio estrutural?

Como visto anteriormente, o processo de integração entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional é relativamente recente. Aposta na ampliação do rol de normas

¹⁸⁷ CCC, C-092, MP Jaime Araujo Renteria, J. 13.02.2002.

¹⁸⁸ CCC, C-371, MP Carlos Gaviria Díaz, J. 29.03.2000.

¹⁸⁹ CCC, SU-159, MP Manuel José Cepeda Espinosa, J. 6.03.2002.

¹⁹⁰ CCC, C-251, MP Alejandro Martínez Caballero, J.6.06.1996.

de direitos humanos e fundamentais, para fortalecer a proteção da pessoa. Contudo, como visto no capítulo anterior, a simples previsão dessas normas não são capazes de efetivar direitos por si só. Daí a importância da permeabilização das fronteiras dos Estados não só as normas de direitos internacionais, como também das instituições de direito internacional, como a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, integrando também suas decisões e posicionamentos.

Venezuela, Brasil e Colômbia representam exemplos paradigmáticos de que maior aproximação entre com o Direito Internacional são capazes de gerar efeitos práticos concretos. A formação do bloco de constitucionalidade está longe de enfraquecer a soberania dos Estados, ou em retirar de suas cortes constitucionais parte de seu poder de decisão. Sua função está em basicamente contribuir para um debate mais rico e capaz de amparar àqueles que da justiça necessitam.

É difícil ter uma percepção espacial satisfatória do problema observando de “dentro da caixa”. O processo judicial funciona como um emaranhado de “engrenagens” que tem origem com o fato juridicamente relevante e o seu transito em julgado. Esse percurso é marcado por uma série de questões burocráticas e procedimentais que as vezes se afastam do principal objetivo da máquina judicial: a solução do problema. Recepcionar as normas e as instituições de direito internacional significa a ampliação dos canais de discussão, o fortalecimento da proteção dos direitos humanos e o aumento da capacidade de se identificar e solucionar de fato controvérsias de grande complexidade.

CAPÍTULO 4: A SALA DE MÁQUINAS E OS ENTRAVES INSTITUCIONAIS NA CONSOLIDAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS: UMA CHAVE MESTRA PARA O FUNCIONAMENTO DAS ENGRENAGENS?

4.1 – Aspectos Gerais

Roberto Gargarella aborda questões referentes ao estudo crítico do novo constitucionalismo latino-americano. Para tanto, faz uma análise de seus institutos e estruturas, como o sistema de freios e contrapesos, de modo que se buscará compreender qual o resultado desejado e o causado pela relação entre a parte orgânica e dogmática do nosso constitucionalismo regional¹⁹¹.

O autor se propõe a enfrentar os seguintes: I) Qual o principal objetivo da constituição?; II) Como resolver o problema da tensão entre constitucionalismo e democracia?; III) A partir de uma perspectiva filosófica, como lidar com o problema estrutural do constitucionalismo que foi fundado dentro de uma matriz elitista?; IV) Como se deve dar a organização entre os poderes dispostos na constituição?; V) Qual o motivo de se criar uma lista interminável de direitos sociais se não se pode cumpri-los?; VI) Quais são os problemas de realizar os chamados “transplantes” constitucionais?; VII) É possível a criação de uma constituição neutra?; e, por último, VIII) É possível que as constituições só podem surgir em determinados contextos sócio-econômicos?

O surgimento das constituições está intimamente ligado a situações de grandes crises e mobilizações. As constituições, de acordo com o autor, viriam para tentar solucionar tais crises e trazer estabilidade a determinado contexto. Segundo James Madison, no Federalista nº 10, a constituição teria a função de colocar fim ao sistema de facções que, em tese, estaria colocando em risco a cidadania nacional. Sua função seria eleger um pensamento geral comum que fosse capaz de afastar aqueles destoantes e “irracionais”¹⁹².

¹⁹¹ GARGARELLA, Roberto. COURTIS, Christian. *El nuevo constitucionalismo latino-americano: promesas e interrogantes*. CEPAL. Santiago de Chile: Asdi. 2009.

¹⁹² Madison, *The Federalist Papers*, nº 10.

As constituições na América Latina teriam sido produto de uma tentativa de pôr fim ao que o autor vai chamar de “drama”. Essa espécie de “drama”, se refere aos problemas contingenciais que cada Estado teria enfrentado ao longo de história. Algumas delas, principalmente nos anos 80, se destinaram a pôr fim a governos autoritários na região.

Neste ponto, o autor busca diferenciar a constituição da legislação ordinária, no que diz respeito ao seu papel na sociedade, o que, segundo ele, muitas vezes se confunde. Portanto, considera fundamental retomar alguns conceitos para traçar alguns parâmetros de diferenciação entre elas.

Em primeiro lugar, a constituição é a lei suprema de um país. Sendo assim, subordina e deve guiar a produção da legislação ordinária. Em segundo lugar, a constituição possui a função de criar as principais instituições do Estado e organizar suas estruturas de poder. Em terceiro, é ela que consagra o rol de direitos fundamentais entendidos como aqueles mais caros ao Estado. Em quarto, a constituição, via de regra, é rígida o que deve significar maior resistência a qualquer tipo de mudança em seu texto.

A função dessas premissas relativas a constituição é manter conservado em certa medida sua proposta por período relativamente longo de tempo. Por isso, para sua alteração, se exige um certo consenso reforçado, de acordo com o autor. Já a legislação ordinária teria o condão de conformar os aspectos mais dinâmicos da sociedade que, em tese, exige uma resposta mais direta do direito.

Segundo Bruce Ackerman, os nascimentos das novas constituições estariam condicionados aos surgimentos dos “momentos constitucionais”. Estes representariam uma atmosfera social a qual ensejaria um sentimento de necessidade de ruptura com a ordem antiga a formação de um novo paradigma. Essa transição seria feita através da elaboração de uma nova constituição. Tal modificação poderiam advir não apenas da alteração textual da constituição, mas também, de sua interpretação¹⁹³.

Para Jon Elster, o que diferencia, principalmente, as normas constitucionais das normas gerais, seria o fato de que as primeiras estariam vinculadas “pré-compromissos”

¹⁹³ ACKERMAN, B. A. (1991), *We the People. Foundations*. Volume 1, Cambridge: Harvard University Press.

estabelecidos. Sua função seria evitar que aquelas disposições fossem alteradas em momentos de grande mobilização e em situações extremas. Para explicar tal função, o autor faz uma analogia ao mito Ulisses e as sereias, no qual o primeiro se prende ao mastro do navio para evitar que se afogue ao ouvir o canto das sereias¹⁹⁴.

Sendo assim, o autor considera que há um certo risco, na medida em que o poder político cria uma zona de penumbra entre as premissas constitucionais de garantias e instrumento de governos típicos da legislação ordinária. As constituições servem para dar sustentáculo e base, formal e material, para o desenvolvimento da vida política do Estado, evitando abusos e desvios de suas propostas originais.

Nesse ponto, o autor irá tratar sobre a forma a qual o Estado deve considerar a autonomia política do povo. Questiona quais seriam o melhor mecanismo para a formação de uma vontade coletiva e que forma essa visão coletiva dispõe sobre o indivíduo visto isoladamente dentro desse contexto. Não obstante, analisa de que forma surge essa vontade coletiva e de que forma tal vontade representa de fato os valores e anseios da população, ou, ao contrário, representam a superposição de alguns grupos sobre os outros.

O que acontece, via de regra, é uma resposta institucional tão rigorosa quanto o grau de desconfiança na legitimidade do poder constituído. Dentro dessa perspectiva, é comum que em contextos constitucionais criados a partir de históricos de opressão, sejam disseminados de forma mais intensa, calcados em instrumentos de controle contra-majoritários, no intuito de conter abusos.

Frente a esse problema, o autor sugere a ampliação de instrumentos capazes de tornar mais permeáveis o ambiente público pela opinião popular, como forma de controle político das decisões. Isso se deve ao fato de que a mera previsão constitucional de direitos não é suficiente para a construção de um paradigma verdadeiramente democrático. Tão pouco deve se dar o fortalecimento de instituições, que supostamente representariam a voz do povo, devem prevalecer em detrimento de outras, principalmente sobre a vontade do povo.

¹⁹⁴ Roberto Gargarella, *Latin American Constitutionalism, 1810–2010: The Engine Room of the Constitution* New York and Oxford: Oxford University Press, 2013 *apud* ELSTER, Jon. *Ulysses and the sirens. Studies in rationality and irrationality*. Cambridge: Cambridge University, 1985.

Uma das propostas desse debate envolve a questão dos “transplantes” constitucionais. Sua premissa principal envolve a adoção de modelos institucionais pensados e criados em outros países, levando em conta sua própria realidade. É questionável até que ponto esses institutos são verdadeiramente criações inéditas de algum Estado, ou apenas mimetiza algo que já fora pensado e criado em outro Estado¹⁹⁵. Contudo, é necessário ter cautela ao se pensar na importação totalmente acrítica de qualquer instituto ou doutrina.

As importações de modelos constitucionais podem ser extremamente inócuas. A transposição de instituições que não refletem determinado contexto social-estatal está fadada ao fracasso e a ineficácia. Isso se torna especialmente sensível na América Latina em virtude do cruzamento em diferentes momentos e Estados dos grupos: conservadores, liberais e radicais. Dependendo das associações que esses grupos criaram ao longo da história, foi necessário a elaboração de modelos próprios de instrumento de manutenção do poder¹⁹⁶.

Para o autor, as constituições se dividiriam em duas partes: dogmática e orgânica. A parte dogmática da constituição, seria aquela responsável por apresentar uma lista de garantias e direitos fundamentais em seu corpo. A parte orgânica, seria aquela responsável por operar essa parte dogmática e, em tese, proporcionar os meios institucionais cabíveis para a concretização desses direitos.

Apesar da divisão, meramente didática, é possível detectar forte influência das alterações de uma parte na outra. Isso é o que Carlos Nino vai chamar de “impacto interno” das reformas. Dentro das estruturas de poder político na América Latina, foi possível detectar que a extensa lista de direitos fundamentais garantidos pela constituição, conferiu grande força ao poder judiciário, demonstrando claro viés contra majoritário.

Em outras ocasiões, a tentativa de criar “reformas diluídas” tinha a intenção de diluir a concentração de poder. Essa seria, em tese, a melhor forma de garantir uma

¹⁹⁵CONTRERAS, Edgar Hernán fuentes. *Materialidad de la Constitución. La doctrina del Bloque de Constitucionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional*. Bogotá, D.C., Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano y Grupo Editorial Ibáñez, 2010. Pág. 115 e ss.

¹⁹⁶GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism, 1810–2010: The Engine Room of the Constitution*. New York and Oxford: Oxford University Press, 2013. Cap. 2, p. 20.

democracia participativa e diluir os instrumentos de controle. Contudo, o que se verificou foi uma hipertrofia do poder executivo que acabou por relativizar tais cláusulas.

Nesse sentido, o autor não ataca a importância desses novos direitos oriundos dessa inflação normativa constitucional. Considera, inclusive, que esses direitos foram essenciais para a emancipação e consolidação de minorias étnicas e sociais que ao longo dos anos foram obrigados a viver a margem do direito. Exemplo marcante disso foi a possibilidade da união entre pessoas do mesmo sexo, conquistada com base em uma interpretação expansiva de direitos humanos. Contudo, o autor alerta que boa parte dessas cláusulas garantistas sequer podem concretizadas do ponto de vista da atuação positiva direta estatal somente. A isso, o autor irá chamar de “cláusulas dormidas”. Esse seria um fenômeno típico da visão liberal de Estado, na medida em que poder público deve proporcionar a garantias de direito, na medida do possível.

As correntes liberais, representadas pelas elites que se enriqueciam do comércio, buscavam a descentralização do poder e o afastamento entre o público e o privado. Confrontava diretamente os ideais conservadores através de uma proposta de Estado, supostamente neutro. Contudo, dentro de uma perspectiva da “liberdade de mercado”, não é possível falar em uma liberdade de fato, visto que os projetos de vida das pessoas estão condicionados a uma “mão invisível” que aproxima ou afasta qualquer possibilidade de mobilidade social. Esses fatores estão associados, principalmente, as condições econômicas e de pertencimento a determinado grupo quando do nascimento.

O novo constitucionalismo na América Latina, típico do século XX, pretendeu um avanço em relação as constituições do século XIX, que tinham um viés claramente “negativo” e abstenção do Estado de intervir na vida privada. Contudo partindo do pressuposto de que a constituição é a “lei da terra”, deveria se ter um melhor conhecimento da própria terra, ao contrário de torna-la uma mera “folha de papel”¹⁹⁷.

Dentro desse contexto, se insere a metáfora da “sala de máquinas”¹⁹⁸. O conjunto de mecanismos e instituições se moldaram historicamente para dar uma impressão de avanço maior foi que de fato ocorreu. Apesar do amplo rol de direitos consagrados nas

¹⁹⁷ LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

¹⁹⁸ GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism, 1810–2010: The Engine Room of the Constitution*. Op. cit.

constituições típicas do novo constitucionalismo latino americano, é possível perceber que esses direitos foram, inclusive, instrumentos de dominação durante governos autoritários¹⁹⁹.

Grupos sociais que historicamente se mantiveram no poder, doavam abertamente o “convés” do Estado Social de Direito, mas guardaram para si a chave da sala de máquinas. Isso significa que o poder de controle e de direcionar o verdadeiro rumo da vida pública do Estado sempre esteve nas mãos de poucos e subordinada a interesses particulares, econômicos e políticos.

A Corte IDH, portanto, possui a missão institucional de quebrar essa barreira oposta contra a proteção dos direitos humanos. O controle de convencionalidade, permite a Corte IDH agir de maneira mais proativa e interveniente, tanto quanto as condições do caso concreto exigirem. Em se tratando de um Estado de Coisas Inconvencional²⁰⁰, por exemplo, a Corte IDH deve se valer de comandos direitos e específicos, bem como de acompanhamento sistemático, através da supervisão de cumprimento de sentença, para garantir a proteção internacional de direitos humanos.

O Novo Constitucionalismo Sul-Americano trouxe a abertura necessária a consolidação de valores sociais regionais e universais. Saímos de uma perspectiva de mundo ligada pura e simplesmente aos limites territoriais do Estado para adotarmos uma visão mais ampla de comunidade que preza pela emancipação do ser humano através de uma perspectiva solidária entre os Estados²⁰¹. Mais do que isso, passamos a enxergar nossas próprias demandas e buscar soluções que não aquelas pura e simplesmente

¹⁹⁹ José Murilo de Carvalho demonstra como que as conquistas de direitos fundamentais assumiram uma postura crescente da Era Vargas em diante, inclusive passando pela ditadura militar. As formas de dominação sempre foram maquiadas e respaldadas por direitos fundamentais de maneira manipulada. Cf. CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 19ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

²⁰⁰ LEGALE, Siddharta; e ARAÚJO, David Pereira de. *O Estado de Coisas Inconvencional: trazendo a Corte Interamericana de Direitos Humanos para o debate sobre o sistema prisional brasileiro*. Revista Publicum n. 3, p. 2016, p. 67 e ss.

²⁰¹ SOUSA, Adriano Corrêa. A emancipação como objetivo central do novo constitucionalismo latino-americano: os caminhos para um constitucionalismo da libertação. IN: VAL, Eduardo Manuel. BELLO, Enzo. (Org.) *O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano*. Caxias do Sul: Educs, 2014.

apontadas pela doutrina impositiva tipicamente eurocêntrica e do Norte, mas sim a partir da compreensão da realidade própria dos países latino-americanos²⁰².

Nesse sentido, saímos da ideia de um Estado Democrático de Direito, para um Estado Convencional de Direito²⁰³, o qual é defeso a oponibilidade da soberania para descumprimento das normas e diretrizes voluntariamente aderidas ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos e, em especial, a Convenção Americana de Direitos Humanos.

4.2 – ADPF 347 e as “masmorras medievais” brasileiras

A situação dos presídios brasileiros em muito se assemelha ao contexto Colombiano. As violações massivas, omissões persistentes e o litígio estrutural também podem ser constatados nos estabelecimentos carcerários em todas as regiões do país. Homicídios sistemáticos, disseminação de doenças infectocontagiosas, superpopulação, falta de higiene e de atendimento médico adequado são apenas alguns dos problemas assolam a realidade carcerária brasileira.

Segundo os últimos dados atualizados do Infopen, de 2016²⁰⁴, o Brasil ultrapassou a Rússia e se tornou o país com a 3º maior população carcerária do mundo, ficando atrás apenas do EUA e da China. Segundo o último levantamento de junho de 2016, foi constatado que o Brasil possui uma população de cerca de 726 mil pessoas. Segundo a mesma fonte, também no mesmo período, cerca de 40% dessas pessoas ainda não possuem sentença condenatória. O resultado é uma superlotação exorbitante com média no país de 197,4%.

O Estado de Coisas Inconstitucional surge pela primeira vez na jurisprudência brasileira no julgamento da ADPF 347²⁰⁵. A ação foi proposta pelo PSOL que buscava a

²⁰² DUSSEL, Enrique. *Política de la liberación: arquitectónica*. Madrid: Trotta, vol. II, 2009.

²⁰³ GARCÍA, Hernán Alejandro Olano. *Teoría del control de convencionalidad. Estudios Constitucionales*, Año 14, Nº 1, 2016.

²⁰⁴ Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-072>. Acesso: 15/06/20.

²⁰⁵ STF, ADPF 347 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 09/09/2015.

proteção das pessoas privadas de liberdade no país e submetidas a tratamentos degradantes e desumanos em verdadeiras “masmorras medievais”.

Foi abordado na presente demanda o quadro dramático de violações de direitos a vida, a saúde, e a integridade pessoal. Destacou inobservância das Regras Mínimas para o Tratamento do Preso que são simplesmente jogados em cárceres insalubres e superlotados. A violência, não só entre os detentos, mas também as perpetradas pelos agentes penitenciários demonstram a falta de preparo de alguns profissionais e negligência do Estado em monitorar e punir esse tipo de prática abusiva.

Foi destacado pela ADPF 347²⁰⁶ o flagrante desvio de finalidade das penas privativas de liberdade. A função reeducar teria se transformado em verdadeiros castigos que personificam nos mais variados tipos de sanções ilegais e desumanas. Mais do que isso, alguns detentos presos por crimes de pequeno potencial ofensivo acabam ingressando em facções criminosas que dominam sistemas penitenciários passando a praticar crimes muito mais graves e aumentando significativamente os índices de reincidência acarretando em sérios danos a toda sociedade, como destacou o Ministro Luís Roberto Barroso em seu voto.

O Estado de Coisas Inconstitucional foi invocado, pela primeira vez, na relatoria desse caso pelo Ministro Marco Aurélio. Diante da semelhança dos problemas enfrentados no sistema penitenciário colombiano e da caracterização de violações massivas, omissões persistentes e litígio estrutural, o ministro relator importou tal conceito do direito comparado. O objetivo principal foi tentar trazer soluções judiciais eficazes para combater as violações de direitos humanos nos presídios do país.

A Ministra Carmem Lúcia destacou as APAC’S (Associação de Proteção e Assistência ao Condenado) como uma forma alternativa de destinação de algumas das pessoas presas. Segundo ela o ambiente seria mais propício ao processo de reintegração dessas pessoas a sociedade.

O Ministro Celso de Mello destacou a necessidade de proteção do dever de proteção de Estado de minorias étnicas e sociais como uma decorrência do próprio princípio democrático.

²⁰⁶ STF, ADPF 347 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 09.09.2015.

Para além do caso fazendo referência expressa à teoria colombiana, há diversos casos recentes na jurisprudência do STF referindo-se à situação dos presídios no Brasil. Sempre houve um elevado percentual de causas no STF relacionado ao direito penal. A novidade está no processo de judicialização da questão penitenciária, a denotar que as violações aos direitos fundamentais dos presos não são isoladas, mas sim sistemáticas, persistentes e graves.

No RE 580252²⁰⁷, por exemplo, o Ministro Luís Roberto Barroso, acompanhado pelo Ministro Teori Zavascki, sugeriu que houvesse uma diminuição na pena dos condenados como uma medida indenizatória, devido as péssimas condições aos quais eles eram submetidos a tutela do Estado.

No RE 641320²⁰⁸, sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes, foi debatida questão da inexistência de vagas no sistema carcerário. O Ministro relator sustentou que nesses casos, o detento deverá cumprir a pena em regime menos gravoso até que surja a vaga e não o contrário, como estava ocorrendo em alguns casos. A questão é tão grave e complexa que, inclusive foi convocada uma audiência pública para ouvir especialistas sobre o tema, de modo que a fornecer um retrato fidedigno da realidade penitenciária brasileira.

No RE 592581²⁰⁹, foi discutido a constitucionalidade da intervenção judicial em questões que dizem respeito diretamente a administração pública e sua zona de discricionariedade. Tendo o caso da casa de albergado de Uruguaiana, o STF decidiu que, em casos emergenciais, caberia determinação judicial para reformar o estabelecimento, não cabendo invocar a reserva do possível. A ação foi proposta pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado, que decidiu a favor da não intervenção. A Suprema Corte deferiu o pedido, reformando o acórdão, sustentando a legitimidade da intervenção do Poder Judiciário em caso de flagrante violação de Direitos Humanos.

Como demonstrado nesses casos, há uma demanda considerável pela intercessão do poder judiciário na resolução de casos que envolvem a violação de direitos humanos nos presídios brasileiros. A ação concatenada de gestão de recursos promovidas pelo

²⁰⁷ STF, RE 580252, Rel. Min Ayres Britto, J. 17.02.2011

²⁰⁸ STF, RE 6451320, Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 16.06.2011

²⁰⁹ STF, RE 592581, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. 22.10.2009.

Fundo Penitenciário Nacional, mutirões de audiências públicas organizadas CNJ e o monitoramento dos resultados são alguns dos exemplos de ações que devem ser planejadas de maneira coordenadas entre os vários órgãos ligados a administração pública e responsável pela gestão dos presídios no país.

4.3 – A T-157 na Colômbia e o Deslocamento Forçado de Pessoas

A Corte Constitucional da Colômbia (CCC) é considerada por muitos como uma das cortes mais desenvolvidas do mundo²¹⁰. A sua criação em 1991, pelo então presidente César Gaviria marca, também, ascensão de uma série de séries de direito fundamentais agora constitucionalmente tutelados.

Aqui, serão analisados alguns casos em que a CCC atuou de maneira mais interveniente, invocando o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) para tratar de casos de violações de direitos fundamentais. De acordo com a nomenclatura utilizada pela CCC, letra “C” antes da numeração dos casos significa controle abstrato, a letra “T” significa tutela e “SU”, uniformização da jurisprudência.

O Estado de Coisas Inconstitucional surge pela primeira vez na jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia foi na Sentença de Unificação (SU) 559 de 1997²¹¹. Na ocasião, a Corte analisou o caso de alguns professores teriam tido seus direitos previdenciário cerceados pelo Estado. A CCC constatou que havia uma má gestão na distribuição de subsídios por parte do governo que acabava por criar impasse entre os órgãos responsáveis pelo pagamento.

A CCC declarou o ECI na ocasião e coordenou um “dever de colaboração” entre os entes federativos e também entre outros agentes envolvidos, como o Ministro da Educação e o Ministro da Fazenda. Constatou também que o problema também transcendia aquela demanda e que a decisão deveria ter efeitos *erga omnes* em relação as

²¹⁰ CAPPECHI, Daniel. *Corte Constitucional da Colômbia: os cem anos de solidão da jurisdição constitucional*. In: Rodrigo Brandão (ORg.) Cortes Constitucionais e Cortes Supremas. Salvador: Juspodvum, 2017, p. 103 e ss.

²¹¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da Inconstitucionalidade por omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional*. Rio de Janeiro. Tese de doutorado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2015.

outras pessoas que se encontravam na mesma situação. Por fim, ordenou ao município que adequasse sua gestão tendo em vista as inconstitucionalidades declaradas no caso.

Outro caso foi a T-125²¹². A crise financeira no país acabou por agravar problemas enfrentados pela população quanto pagamento de hipotecas. Várias pessoas se tornaram inadimplentes e devido a incidência de juros altos se tornou inviável o pagamento de suas dívidas. A CCC constitucional interveio na controvérsia, com base nos pedidos dos requerentes para perdão das dívidas e da alteração dos juros. Em meio a um contexto de manifestações e clima tenso entre a população o poder legislativo cedeu e alterou os requisitos para financiamento.

Na C-527, a foi julgado o direito ao casamento de pessoas do mesmo sexo. Houve uma forte movimentação social no sentido de garantir o direito ao tratamento igual de casais. A Corte Constitucional da Colômbia declarou que havia ali a caracterização e um ECI e determinou a possibilidade de reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Outro caso que também ganhou grande repercussão foi com relação a proteção a defensores de direitos humanos. A controvérsia atingiu seu ápice quando Ernando Cancelado Gomez foi preso e colocado no mesmo local onde estavam várias pessoas detidas através de suas denúncias. Sofreu várias ameaças e insultos, ficando constantemente sob risco de sofrer agressões por partes dos demais detentos. A CCC constatou nesse caso também que havia ali os requisitos necessários para se declarar o ECI.

Não obstante os casos aqui narrados, os casos de deslocamento forçado foram um dos mais flagrantes de violações de direitos fundamentais atingindo uma parcela significativa da população. Segundo a Agência da ONU para Refugiados a Colômbia possuía a maior população vítimas deslocamento forçado do mundo. Em 2016, estima-se que esse número chegou a 6,9 milhões de pessoas.

Como dito anteriormente, o principal causador do problema é o conflito interno no país que se alastra ao longo dos anos sem que o Estado seja capaz combatê-lo de maneira eficaz. A incapacidade institucional dos órgãos internos do Estado de criarem uma ação coordenada é um dos principais obstáculos desse problema.

²¹² CCC, Sentencia T-125, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva, J. 28.02.2017.

Segundo Carlos Alexandre, as pessoas expulsas de casas e terras se encontravam em Estado de extrema miséria. A inércia estatal e a falta de assistência devida a essas pessoas, tornava praticamente inviável o seu retorno as atividades da vida comum. O resultado foi a violação reiterada e sistemática de uma série de direitos fundamentais que se alastrou pelo país e que persiste até hoje.

A CCC declarou a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional em face das pessoas vítimas de deslocamento forçado no país na T-25 de 2004²¹³. Esse é um dos casos mais emblemáticos para compreensão do instituto. É a partir daí que deu início a um processo de ação coordenada entre as várias instâncias de poder para tentar controlar a situação. A CCC notificou o Conselho Nacional e pediu uma série de informações a respeito da real situação das vítimas. Foi determinado aos responsáveis pela Red de Solidaridad e ao Ministro da Fazenda para que empreendesse todos os esforços necessários para que, dentro de suas atribuições, viabilizasse a demanda orçamentária necessária para a solução do caso.

Outro problema comum na Colômbia diz respeito a população carcerária. A precariedade do sistema carcerário no país, consequência direta da negligência da administração pública, também tem sido uma das principais causas de violações de direitos fundamentais de maneira cotidiana e reiterada no país, demandando uma atuação mais interveniente do poder judiciário.

A Corte Constitucional Colombiana reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional na T-153²¹⁴, que envolveu a situação dos presídios de Bellavista e Medellín. Esse caso marca o processo de atuação da Corte como uma instituição mais interveniente e capaz de zelar pela proteção de grupos de vulneráveis. Foi constatado o fato de que os problemas nesses presídios não eram contingenciais e isolados, mas sim representantes de um problema comum em todo país, consequência de um litígio estrutural que envolve vários órgãos e instancias de poder.

O Instituto Nacional Penitenciário foi alvo de ação ajuizada por Marilu Zapata em face das violações de direito a intimidade no presídio. Todas as vezes que ia visitar seu irmão, a administração do presídio o submetia a revistas vexatórias. Como forma de dificultar os agentes que promoviam os abusos faziam uso do anonimato. Não utilizavam

²¹³ CCC, Sentencia T-025/04, Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, J. 22.01.2004.

²¹⁴ CCC, Sentencia T-153/13, Magistrado Ponente: Alexei Julio Estrada, J. 20.03.2013.

crachás e comunicavam entre si através do uso de apelidos. A Corte entrevistou no caso ordenando que as revistas podem ser feitas desde que de forma justificada, em local apropriado e sem constrangimento abusivo.

A Associação Sindical de Servidores Públicos do Sistema Penitenciário e Carcerário Colombiano –UTP–, Seccional Itagüí foi autora da ação T-1955²¹⁵. Na demanda, foi discutido os problemas de infraestrutura dos presídios Instituto Nacional Penitenciário e Carcerário (INPEC) a Unidade de Serviços Penitenciários e Carcerários (USPEC) e a ARL. Também foi questionada a insuficiência de funcionários capacitados para atuar no presídio. Também foi destacado a situação precária e que vem se agravando com o aumento da superpopulação carcerária frente a inércia estatal.

Segundo Carlos Alexandre, foi possível um avanço nos casos em que houve a decretação do Estado de Coisas Inconstitucional. Contudo, a falta de fiscalização das decisões e dos acordos acabaram por impedir resultados mais satisfatórios. De qualquer forma, colocou em evidência os problemas diários enfrentados pela população carcerária. Deu voz a minoria social invisível aos olhos do poder público que, vítimas da negligência e do descaso das autoridades.

4.4 – O Estado de Coisas Inconvencional e o convés da embarcação: entre o avanço Colombiano e retrocesso do Brasil

O Brasil e a Colômbia apresentam contextos sociais, econômicos e políticos relativamente semelhantes. Ambos os países se encontram marcados por uma profunda desigualdade social e pela violação de direitos humanos de minorias sociais e grupos vulneráveis. Uma série de conflitos sociais internos tornam sua situação ainda mais grave, tendo em vista incapacidade do Estado em atuar de forma diligente frente a esses problemas.

O ponto comum entre ambos os países é a situação da população carcerária. A violação de Direitos Humanos em ambos os países tem assumido proporções extremamente graves. O aumento do contingente de pessoas que cumprem penas privativas de liberdade, diretamente ligado a uma política de encarceramento,

²¹⁵ CCC, Sentencia T-195/15, Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa.

proporcionada, dentre outros, pelo abuso de medidas preventivas privativas de liberdade, tem contribuído para o crescimento exponencial dessa população.

As pessoas privadas de liberdade consistem claramente em um grupo vulnerável. Some-se a isso, o fato de serem, em sua maioria, pessoas de baixa renda e incapazes de syndicar seus direitos e serem devidamente representadas em juízo e fora dele. A reprovabilidade social da população em geral, que acaba estigmatizando essa população que se encontra nos presídios, acaba também afastando o interesse do poder público em investir nas estruturas que comportam essas pessoas.

O resultado é a violação massiva e cotidiana de direitos fundamentais, como o direito à vida e à integridade pessoas privadas de liberdade, como os presos, as crianças em unidades socioeducativas e pessoas com deficiência. As péssimas condições, em especial dos complexos penitenciário, a insalubridade das celas, a falta de assistência médica e de controle da violência nos presídios são alguns exemplos da realidade aterrorizante enfrentada por essas pessoas todos os dias.

Tanto a Corte Constitucional Colombiana, quanto o Supremo Tribunal Federal têm se tornado importantes atores institucionais no combate a uma ordem objetiva de valores. Na Colômbia, o caso mais importante e representativo do drama da população carcerária, também chamado de “tragédia diária dos cárceres”, foi a T-153²¹⁶. A CCC constatou a presença de um Estado de Coisas Inconstitucional e ordenou uma série de medidas a serem tomadas pelo governo. No Brasil, o caso foi discutido na ADPF 347²¹⁷ onde o Estado de Coisas Inconstitucional foi alegado pelo PSOL, partido político autor da ação, e reconhecido no voto no Ministro Relator Marco Aurélio.

A Colômbia ainda possui alguns problemas contingências que também tem causado a violação de direitos humanos em grande escala. O principal deles é o deslocamento forçado enfrentado por uma parcela significativa da sua população. O conflito interno no país tem obrigado famílias inteiras a abandonarem suas casas e trabalho, ficando em situação de extrema miséria e pobreza.

Uma das principais causas do problema foi poder econômico-político assumido pelo narcotráfico no país, principalmente no final dos anos 80 e início dos anos 90. Os

²¹⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional* [online]. In: JOTA Artigos, 4 de maio de 2015.

²¹⁷ STF, ADPF 347 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 09.09.2015.

cartéis de drogas adquiriram grande poder econômico e político no país, enfrentando a própria autoridade estatal. O cartel de Medellin, liderado por Pablo Escobar, foi responsável por uma série de atentados terroristas como forma famigerada de impedir a persecução penal do Estado, o que aterrorizou a população. O cartel de Cali, controlado pelos irmãos Gilberto e Miguel Rodriguez, foi acusado de manipular o jogo político no país, que foi chamado por alguns de uma verdadeira “narcodemocracia”²¹⁸.

Não apenas o tráfico de drogas foi responsável pelos conflitos sangrentos, como também o grupo de extrema esquerda que se autodenomina Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC). O grupo de ideologia comunista adota a tática de guerrilha, construindo as suas bases de combate em locais afastados das grandes cidades e de difícil acesso, promovendo a tomada de terras, plantação e gado da população camponesa como forma de financiar a sua causa.

Soma-se a isso, os grupos paramilitares, de extrema direita, fruto de uma política estatal de armamento da população civil que acabou por potencializar o conflito interno no país. Um dos grupos fora as AUC (Auto-Defesas Unidas da Colômbia). Tinha como seus criadores os irmãos Fidel e Carlos Castaño, os quais tiveram seu pai morto pelas FARC. Reuniram uma milícia que chegou a contar com 13 mil soldados para combater os grupos de extrema esquerda e vingar seu pai. Em várias ocasiões, houve denúncias de atuação do grupo não apenas com a aquiescência do Estado, como também sua colaboração ativa através de fornecimento de armamento e contingente militar em suas operações.

O conflito de interesses entre essas frentes, assim como com as outras existentes no país, já culminou numa carnificina generalizada que resultou não só com a morte de milhares de pessoas envolvidas diretamente no conflito, mas também da população civil acusada de favorecer um outro grupo. Muitos dos que não foram mortos, foram expulsos de suas terras sem qualquer tipo de amparo do Estado. A situação foi levada a Corte Constitucional da Colombiana que apesar dos esforços, não foi capaz de dar uma solução satisfatória para o problema.

²¹⁸ Expressão utilizada pelo Senador Norte-Americano Helms, ao se referir a um contexto de generalização do domínio do narcotráfico na Colômbia e sua influência política sob as campanhas a presidência da república. A expressão causou forte indignação na população colombiana. Disponível em: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-325574>. Acesso: 20/12/2017.

Os problemas, como os da população carcerária e os das vítimas de deslocamento forçado, no caso específico da Colômbia, têm ensejado cada vez mais o ativismo judicial. A atuação de ambas tem se mostrado como uma, ou talvez a única, forma de voltar os olhos do Estado para essas minorias desamparadas e dar voz a quem não tem voz no debate público. Para que o ativismo seja constitucionalmente adequado, porém, é preciso que ela assuma um caráter dialógico, ou seja, capaz de promover o diálogo e cooperação entre os diversos órgãos públicas para conclamá-los a ação.

Dentro dessa perspectiva, a Corte Constitucional da Colômbia cunhou o conceito de Estado de Coisas Inconstitucional. Essa seria uma espécie de ativismo judicial em resposta as reiteradas violações de direitos fundamentais ocorridas no país. Sua principal função seria a atuação mais incisiva do poder judiciário, frente as demais instâncias de poder, no intuito justamente tanto de combater esses problemas que se arrastam ao longo dos anos sem qualquer solução eficaz, quanto de cobrar do Legislativo e do Executivo uma coordenação interinstitucional para solucionar as graves violações aos direitos fundamentais.

A caracterização de um Estado de Coisas Inconstitucional parte da caracterização três requisitos, como bem observa Carlos Alexandre em tese de doutorado dedicada especificamente ao tema²¹⁹ que formam seus pilares: (i) violação massiva de direitos fundamentais; (ii) omissão persistente; e (iii) um litígio estrutural.

Por violação massiva de direitos deve-se entender lesões a direito a direitos fundamentais extremamente caros, como o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, de maneira reiterada, atingindo, muitas vezes, grandes proporções.

A omissão persistente pode ser entendida como ausência de ações efetivas do Estado, quando não a sua aquiescência, frente a casos de graves de violações de direitos humanos. Nesse ponto, é importante ressaltar que a teoria tradicional, só reconhecia a omissão inconstitucional, quando existisse uma norma constitucional prevendo um dever específico de legislar e uma mora prolongada em suprir a inexistência ou insuficiência das de normas. O ECI avança, nesse ponto na teoria constitucional, à medida que exige uma proteção suficiente aos direitos fundamentais e não apenas normas. Até porque as

²¹⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da Inconstitucionalidade por omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”*. Rio de Janeiro. Tese de Doutorado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2015.

normas, pelo menos no Brasil costumam existir e serem protetivas aos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade, como é o caso da Lei de Execução Penal. A lei nem sempre é suficiente para tal. São necessárias políticas públicas.

Por último, o litígio estrutural, que consiste na incapacidade de articulação entre os órgãos estatais para atuarem de forma conjunta na resolução dos problemas. Significa que um órgão ou Poder sozinho será incapaz de resolver o problema sem dialogar com os demais, já que a posição institucional em que se encontra inevitavelmente possui pontos cegos para certos problemas e violações envolvendo direitos humanos fundamentais.

Esse instituto foi importado pelo Brasil no julgamento da ação de controle abstrato, ADPF 347, proposta pelo PSOL. Na demanda, o partido político atuou em favor da população carcerário no país, pleiteando uma atuação imediata do poder público frente a situação de calamidade dos presídios no país. Fato é que a discussão traz à tona problemas endêmicos em ambos os países, amplifica o debate sobre a questão de minorias sociais em Estado vulnerabilidade e sugere mudanças estruturais no intuito de encontrar soluções efetivas para graves as violações de direito humanos.

No dia 24 de novembro de 2016, o governo da Colômbia assinou um acordo de paz com os líderes das FARC. O acordo foi considerado um grande avanço contra a violência de um conflito que já durava 53 anos no país, o que rendeu o Prêmio Nobel da Paz para o Presidente Juan Manuel Santos.

As FARC são consideradas o grupo guerrilheiro mais antigo da América Latina, chegando a contar com mais de 15.000 homens armados. Sua luta revolucionária contra o sistema de governo capitalista e pela expansão de direitos sociais, teria dado causa a mais de 200.000 mortos, 60.000 desaparecimentos e 6.000.000 de pessoas deslocadas forçadamente ao longo dos anos de conflitos.

O acordo celebrado obrigava as FARC a entregar suas armas para as Nações Unidas e a acabar com a violência no país. Em contrapartida, seria permitido a seus membros fundarem um partido no país e a lutarem democraticamente pelos seus ideais, bem como seriam criados programas sociais para reintegrar os guerrilheiros a sociedade. Os resultados positivos nas negociações foram alcançados após mais de quatro anos de negociação²²⁰.

²²⁰ Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2016-12/acordo-de-paz-entre-governo-colombiano-e-farc-entra-em-vigor-hoje>. Acesso: 20.12.2017

Atualmente, mais de um ano após o acordo, é possível detectar avanços significativos sob vários aspectos. Segundo dados da ONU e da Unidades para Vítimas (UV), o número de mortos envolvidos no conflito, entre civis e guerrilheiros, teria caído de uma média 3 mil mortos por ano para 78 em 2017. Houve uma redução de 233.874 de pessoas em deslocamento forçado para 48.335, número cerca de 79% menor. Foram entregues quase 9.000 fuzis de combate a ONU, reduzindo drasticamente de novos conflitos armados de grandes proporções.

Apesar dos incontestáveis avanços, algumas questões ainda são preocupantes e podem comprometer os compromissos assumidos por ambas as partes. A Paz e Reconciliação relatou o assassinato de 23 ex-guerrilheiros e 11 familiares desde que o acordo foi firmado. O motivo seria possivelmente vingança contra os desmobilizados. Foram registrados também cerca de 200 homicídios de líderes sociais e de direitos humanos. Os dados são da Defensoria do Povo.

Também o Estado tem criado certo receio entre os ex-guerrilheiros. Segundo estudo do Instituto de Kroc da Universidade de Notre-Dame, o país ainda não cumpriu cerca de 55% das obrigações as quais se comprometeu. Um deles diz respeito a anistia prometida pelo governo aos combates que não praticaram “crimes atrozes”. Segundo seus dados, ainda estão presos cerca de 1.000 membros que não deveria estar, de acordo com as negociações²²¹.

Merece grande consideração a iniciativa do Poder Executivo em promover a paz em um dos contextos de conflitos internos mais violentos do mundo. Em apenas um ano houve ganhos significativos, principalmente para a população civil. Contudo, é necessário atenção e cuidado redobrado tanto na fase de negociações quanto na de implementação, bem como em suas consequências e impactos.

Segundo o governo, a área de plantio de coca no país quase triplicou desde o início do acordo de paz. De uma área de 47 mil hectares, passou-se em apenas um ano, para 146 mil. É necessário considerar a fragilidade de acordos desse tipo, visto que, qualquer movimento equivocado pode reacender o conflito e, talvez, com consequências ainda mais graves. Da mesma forma, é importante que o governo contenha as demais frentes de confronto para que não deem prosseguimento a violência que antes era

²²¹ Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/acordo-de-paz-com-as-farc-completa-um-ano-com-reducao-drastica-das-mortes-veja-como-esta-a-situacao-na-colombia.ghtml>. Acesso: 20.12.2017

promovida pelas FARC. Talvez o Poder Judiciário seja uma boa opção para ajudar na coordenação e fiscalização dos acordos. Todo esforço institucional possível é necessário nesse momento histórico vivido pela Colômbia para garantir seu sucesso e longevidade.

Para ser possível propor o conceito paralelo ao do ECI, chamado de Estado de Coisas Inconvencional, é necessário que estejam presentes na jurisprudência da Corte IDH, com as devidas adaptações, os seus três elementos. Em outras palavras, é preciso que haja um reconhecimento pela jurisprudência interamericana de (i) uma violação massiva aos direitos tutelados na Convenção Americana de direitos Humanos; (ii) uma omissão persistente do Estado em cumprir as condenações, fazer cessar as violações aos direitos humanos e sanar as omissões com as obrigações com o sistema interamericano de proteção; e (iii) deve haver um certo desencontro não só entre os órgãos/poderes/instituições estatais entre si, mas também com os órgãos do sistema interamericano, especialmente com a Comissão Interamericana de direitos humanos e com a Corte IDH.

Será realizado, para investigar se tal possibilidade é factível, um estudo dos casos brasileiros sobre presídios (Urso Branco, Araraquara, Pedrinhas e Curado, e instituto penal Plácido de Sá Carvalho) e dos casos colombianos envolvendo massacres e deslocamento forçado de pessoas (Mapiripán, Pueblo Bello, Ituango, Comunidades Afrodescendentes e Yarce). A presença desses elementos nessas decisões ajudará a comprar (ou a refutar) a hipótese de que é possível se falar em um Estado de coisas Inconvencional. Mais do que isso, esse conceito, evidenciará a necessidade de incluir no debate a CIDH e a Corte IDH para que elas auxiliem no processo de superação desse litígio estrutural entre os órgãos do Estado e, conseqüentemente, também ajudem a minimizar as graves violações aos direitos humanos fundamentais.

Preliminarmente, vale registrar que os casos selecionados envolvem decisões da Corte IDH em sua jurisdição contenciosa. Significa que ela profere sentenças, supervisão de cumprimento de sentença e medidas provisionais. As sentenças decidem sobre questões que envolvem a responsabilidade internacional do Estado por violações aos direitos humanos, protegidos pela CADH e outros direitos humanos conexos. As supervisões de cumprimento de sentença verificam se as sentenças foram cumpridas ou não pelo Estado. Trata-se, portanto, de um Corte para julgar o Estado e não indivíduos,

que busca uma responsabilização cível e não penal em sentido estrito, ainda que a Corte IDH reiteradamente determine ao Estado o dever de investigar, processo e punir.

As medidas provisionais também possuem natureza tutelar dessa responsabilidade internacional do Estado. Circunscreve-se, porém, aos casos de violações graves e risco de dano irreparável. A gravidade é redobrada aqui. Não possuem uma natureza provisória ou transitória, até por isso, Siddharta Legale define em sua tese de doutorado que as medidas provisionais constituem uma espécie de híbrido entre as sentenças e as supervisões de cumprimento de sentenças, já que, na prática, elas também são reeditadas e, nessa via, empregadas para monitorar informalmente a medida provisional anterior dentro do mesmo caso.

Nesse âmbito, o professor chama atenção, ainda, para o fato de que existem cerca de 3 vezes mais medidas provisionais na Corte IDH do que todas as sentenças e supervisões de cumprimento de sentença juntas, o que revela que não há apenas as violações aos direitos humanos da CADH, mas que essas violações são graves²²². Ora, a existência de violações massivas é um traço do Estado de coisas inconstitucional. Logo, a gravidade redobrada das decisões da Corte IDH fornecem um forte indício de que é viável propor também a existência de um Estado de Coisas Inconvencional.

4.4.1 - O Brasil e os casos de presídios na jurisprudência da corte IDH

O Brasil se tornou parte do Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos) no dia 22 de novembro de 1969. Isso não significa a submissão automática a jurisprudência da Corte IDH, que só veio a se efetivar em 10 de dezembro, com o depósito do documento na Secretaria-Geral da OEA, após a devida aprovação pelo congresso, no dia 3 de dezembro de 1988, através do Decreto Legislativo n. 89. A partir daí o Brasil passa a estar sujeito ao Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos e a responsabilização internacional pela Corte IDH em caso de violações de direitos humanos.

²²² Confira-se o capítulo 2 Cf. LEGALE, Siddharta. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional Transnacional*. Rio de Janeiro: Tese de doutorado pelo Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional pela UERJ, 2017.

Vários foram os casos em que Brasil foi julgado e condenado pela Corte IDH em casos predominantemente envolvendo minorias vítimas da omissão estatal ao longo da história. O primeiro deles foi o caso Damião Ximenes Lopes (2006) que trouxe a lume a situação de calamidade a que eram submetidas as pessoas com deficiências mentais nas chamadas “casas de repouso”.

Isso só foi possível através da ação de várias ONG's que atuaram ativamente na maioria dos casos, peticionando a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, na maioria dos casos. Dentre elas, Justiça Global, a CEJIL, a Pastoral Carcerária, Grupo Tortura Nunca Mais, Fundação Interamericana de Defesa de Direitos Humanos e a Rede Nacional de Advogados e Advogadas Populares.

Deficientes mentais, menores em cumprimento de medidas socioeducativas e pessoas em cumprimento de penas privativas de liberdade são os casos paradigmáticos que compõe o contexto brasileiro de violações de direitos humanos protegidos pela CADH e julgados pela Corte IDH. Este item de limitará em analisar aos casos de violações de direitos humanos da população carcerária por se tratar de um problema comum enfrentado também pela Colômbia, como já demonstrado anteriormente, demonstrando o paralelismo entre ambos os países.

Não houve nenhum caso do Brasil alvo de sentença condenatória propriamente dita pela Corte IDH. Todos eles foram apreciados pela Corte IDH em sede de medida provisional. Isso não diminui sob qualquer aspecto gravidade do contexto em que vive a população carcerária. Pelo contrário, a emissão de reiteradas medidas provisionais demonstram o caráter de gravidade, urgência e o risco de dano irreparável a pessoal dos casos submetidos a jurisdição da Corte IDH.

4.4.1.1 - Urso Branco (2002 – 2011)

O primeiro deles foi a Casa de Detenção Urso Branco, situado em Porto Velho, Rondônia. O caso teve sua primeira medida provisional deferida em 2002 e foi alvo de mais 9 até sua suspensão em 2011, quase 10 anos após ingressar no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

A medida provisional de 18 de junho de 2002 deferida em favor das pessoas em cumprimento de pena privativa de liberdade no complexo de Urso Branco foi devido a

um episódio dramático de violência entre os detentos. Uma decisão judicial determinou que os detentos que cumpriam pena nas chamadas “celas de seguro” – lugar onde ficavam os presos responsáveis por crimes com alta reprovabilidade entre os demais presos – para uma zona onde poderia gozar de maior liberdade de locomoção entre outros presos. Durante o processo de transição houve o desencadeamento de uma série de “homicídios sistemáticos” contra os presos que ocupavam as “celas de seguro”. O episódio resultou na morte de 45 detentos. Os traços de brutalidade são chocantes. Alguns dos presos foram decapitados. Outros tiveram seus membros mutilados.

Foi levantado também na demanda as péssimas condições do presídio a ausência do Estado em promover de maneira efetiva a segurança dentro do complexo. A Corte IDH determinou, nas várias medidas provisionais que se seguiram, dentre outras medidas que: (i) fossem retiradas as armas em poder dos detentos; (ii) informasse com detalhes as violações de direitos humanos ocorridas dentro do presídio; (iii) individualizasse os presos com base na gravidade e no tipo de delito que cometeram; (iv) investigassem os responsáveis diretos que atuam no presídio e teriam dado causa a violência; (v) que adequasse a situação do presídio aos parâmetros internacionais de proteção a pessoas privadas de liberdade; (vi) prestasse esclarecimento sobre as medidas efetivamente tomadas pelo Estado para combater as violações de direito humanos em Urso Branco.

Na Medida Provisória de 7 de julho de 2004, o juiz da Corte IDH Caçado Trindade proferiu voto concorrente, no qual sustentou a obrigação de proteção erga omnes do Estado de pessoas sob sua tutela e da observância da CADH. Como primado da dignidade da pessoa humana, é inafastável a responsabilidade do Estado vinculando não só seus órgãos com também todas as pessoas, inclusive aqueles privados de liberdade.

Na MP de 17 de agosto de 2009 já é possível detectar significativas melhoras em Urso Branco. O Estado informou que o presídio que antes contava com cerca de 1300 detentos em 2008 agora possuía uma população de 847 presos. Realizou também novos concursos para agentes penitenciários, abrindo vaga para 900 profissionais. Implementou cursos de capacitação para a atuação em presídios. Anunciou a construção do estabelecimento carcerário de Ariquemes em Rondônia e a criação de cerca de mais 460 vagas.

Na medida provisional de 25 de agosto de 2011 a Corte IDH valorou positivamente os esforços do Estado. Reconheceu o fato de que desde 2007 não teriam

havido mortes violentas no presídio. Ainda assim, considerou o dever do Estado em continuar com o trabalho de repressão e prevenção as lesões a direitos humanos. Sendo assim, decidiu suspender as medidas provisionais.

4.4.1.2 - Araraquara (2006 – 2008)

A cidade de Araraquara situa-se no Estado de São de Paulo onde se localiza a Penitenciária Sebastião Martins Silveira, também conhecida como Complexo Penitenciário de Araraquara. Este estabelecimento também foi alvo de quatro medidas provisionais em benefício de seus detentos, em face do quadro de graves violações de direitos fundamentais.

A primeira demanda julgada pela Corte IDH ocorreu no dia 28 de julho de 2006. Foi detectado a situação de superlotação no estabelecimento. Chegaram a ocupar o complexo cerca de 1600 detentos sendo que sua capacidade máxima era apenas para 750 pessoas. A falta de estrutura e de condições adequadas agravavam ainda mais a situação. A falta de roupas, colchões e cobertas obrigavam os presos a dormirem no chão sob um frio de cerca de 10°. Não havia, ou era insuficiente, assistência médica adequada aos detentos.

A situação no presídio se tornou ainda mais grave após uma série de rebeliões generalizadas comandadas pelo PCC em todo o Estado. Na ocasião, foram destruídas boa parte das estruturas do complexo, dentre elas, as próprias celas. A situação gerou um colapso na administração financeira dos presídios do Estado que não conseguiu reestabelecer a situação de “normalidade”. Os presos foram “jogados” dentro dos pavilhões em qualquer separação de gênero, facção ou gravidade dos crimes cometidos. As portas de entrada foram soldadas, impedindo a entrada de médicos e de agentes para conter a violência entre os presos. O resultado foi uma onda de violações massivas e sistemáticas de direitos humanos.

A Corte IDH reconheceu o quadro de graves violações de Direitos Humanos e determinou ao Estado o dever de proteger a vida e a integridade pessoal dos beneficiários da medida ordenando, dentre outras medidas, que: (i) recuperasse o controle do complexo; (ii) adotasse as medidas necessárias cabíveis para diminuir a superlotação; (iii) que fosse feita uma lista individualizada dos detentos com informações relativas ao seu

ingresso, identidade, transferência e movimentação nos setores do complexo; (iv) que seja realizada a devida investigação e punição dos agentes que praticaram abusos e fizeram uso desnecessário de força; (v) que mantenha a Corte IDH informada sobre as medidas tomadas pelo Estado para dar cumprimento ao disposto nas medidas provisionais.

O Estado informou na Medida Provisional de 28 de julho de 2006 que havia tomado medidas para resolver a situação da Penitenciária de Araraquara. Registrou a transferência de detentos para 35 outros estabelecimentos enquanto Araraquara fosse reformada. Adotou também uma política de diminuição de encarceramento, conferindo progressão de regime a 296 presos.

A Corte IDH valorou positivamente os esforços do Estado e reiterou a função das medidas provisionais em tutelar casos em que haja grave violações de Direitos Humanos, urgência e risco de dano irreparável a pessoa. Sustentou o dever do Estado em proporcionar uma vida digna as pessoas privadas de liberdade e diretamente submetidas a sua tutela. Sustentou que é defeso a oponibilidade de justificativas de ordem interna para o descumprimento das medidas determinadas pela Corte em sede contenciosa. Assim, a corte decidiu suspender as medidas provisionais e a que as partes sejam notificadas da decisão.

4.4.1.2 - Curado (2014 – 2016)

O Complexo Penitenciário Professor Anibal Bruno, também conhecido como Complexo Penitenciário de Curado, fica na cidade de Recife, Pernambuco. Foi alvo pela primeira vez de uma medida provisional na Corte IDH em 2014, seguindo outras três, sendo a última em 2016. A medida buscou tutelar o interesse das pessoas privadas de liberdade no complexo que vinham sendo vítimas de reiteradas e sistemáticas violações de direitos humanos protegidos pela Corte IDH.

Em 22 de maio de 2014, a Corte IDH proferiu medida provisional, em virtude de alguns fatos que geraram graves violações a CADH. A população carcerária do complexo, que tinha capacidade máxima prevista para 1514 pessoas, havia atingido o número exorbitante de 6456 pessoas. Cerca de 55 motins haviam sido registrados recentemente, tendo sido utilizado armas de fogo e granadas para conter a violência. Foi registrado também a morte violenta de 6 detentos dentro da penitenciária. Houve denuncia também

de exploração sexual de menores que eram levadas para o presídio e obrigados a manter relações sexuais com os presos. Era comum a prática dos chamados “chaveiros”, presos que eram incumbidos de realizar atividades dentro do complexo de responsabilidade da própria administração do presídio.

A Corte IDH condenou a violência dentro do presídio e a conduta omissa do Estado. Considerou necessária ao deferimento de medida provisional para tutelar o interesse das pessoas privadas de liberdade dentro do complexo. Reiterou a obrigação do Estado em prestar assistência médica e hospitalar adequada e de retirar as armas em posse dos presos. Pelo exposto, a Corte determinou ao Estado que, dentre outras medidas: (i) deveria elaborar um plano de separação entre os detentos portadores de doenças infectocontagiosas; (ii) implementar medidas para a diminuição, em caráter de urgência, da população carcerária no complexo; (iii) fiscalizar e impedir a entrada e a posse de armas pelos detentos; (iv) impedir a prática de revista vexatórias e/ou humilhantes dos visitantes.

O Estado aportou informações sobre as diligências tomadas. Informou que foram contratados mais 312 agentes penitenciários para atuarem no complexo. Informou também que foram criados parâmetros para separação dos presos nas três unidades do complexo através do Plano de Segurança Pública. Destacou a criação de um comitê para atuar diretamente na prevenção e repressão à tortura. Sustentou que foram investidos cerca de 900 mil reais em aparelhos de Raio-X para serem utilizados nas revistas.

A Corte valorou positivamente os esforços do Estado, considerando de boa-fé as medidas tomadas. Contudo, a Corte IDH demonstrou preocupação com relação ao ritmo de crescimento constante da população carcerária, gerando um déficit estrutural constante. Destacou também o caso particular da população LGBT que necessitam de uma atenção especial devido à sua vulnerabilidade com vítimas constantes de estupros. Reiterou a necessidade de observância das “Regras de Mandela”, as quais estabelecem parâmetros mínimos a serem observados nos estabelecimentos carcerários no intuito de proteger a população carcerária.

Diante do quadro que apresentou o presídio na última medida provisional, no dia 25 de novembro de 2008, a Corte IDH decidiu manter as medidas provisionais determinadas e determinou ao Estado que continuasse informando a Corte sobre as diligências tomadas para conter as violações de direitos humanos no presídio.

4.4.1.3 - Pedrinhas (2014)

O Complexo Penitenciário de Pedrinhas fica na cidade de São Luís, no Maranhão. É considerado pela mídia um dos presídios mais violentos do mundo. O confronto entre facções gerou um “banho de sangue” entre o “Bonde dos 40”, facção que domina o presídio, e as demais facções em minoria, como o “Primeiro Comando da Capital (PCC)” e o “Comando Vermelho (CV)”. Apenas em 2013 foram constatadas cerca de 60 mortes no presídio, 22 em apenas um dia.

A OAB, juntamente com a Justiça Global e a Conectas Direitos Humanos encaminharam pedido a CIDH para que intervisse no presídio em caráter de urgência. O pedido foi encaminhado a Corte IDH que deferiu, no dia 14 de dezembro de 2014, pedido de medida provisional em benefício dos detentos do complexo.

O número de pessoas mortas, bem como a brutalidade desses assassinatos são chocantes. Canivetes e facões eram utilizados para furar os olhos dos demais presos. Em alguns casos, os presos chegaram a retirar o coração de membros de facções rivais. A violência chegou ao ponto de alguns presos serem decapitados e terem suas cabeças utilizada como bola de futebol.

A superlotação e as condições do presídio foram o estopim que desencadeou uma série de rebeliões, sob o comando dos chefes dos grupos. Em São Luís II, nome de um dos estabelecimentos do complexo chegou a abrigar 1350 presos, quando o número de vagas era para apenas 108 pessoas. Também a disseminação de doenças, como Lepra, AIDS e Tuberculose faziam parte do contexto de violação massiva e reiterada de direitos humanos dentro do presídio.

O Estado alegou que já havia tomado as providências necessárias. Destacou a adoção de 11 metas em caráter de urgência. Dentre elas, a criação de comitê para tentar gerir a crise no presídio e fornecer segurança e atenção médica aos internos. Destacou que houve a transferência de chefes de facções e presos considerado de alto periculosidade para outras regiões do Estado.

A Corte IDH considerou os esforços do Estado em conter o avanço da violência, contudo julgou necessário provimento de medidas provisionais em benefício dos detentos. Sustentou a necessidade de discussões interinstitucionais entre os órgãos do Estado brasileiro para combater as violações de direitos humanos no presídio e o provimento de medidas efetivas e emergências para conter a violência e a disseminação de doenças infectocontagiosas.

4.4.1.4 - Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (2017)

O Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, situado no Complexo Penitenciário de Gericinó, no município do Rio de Janeiro, também foi alvo de pedido de medida provisional pela Corte IDH. O pedido foi encaminhado inicialmente à Comissão Interamericana pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro em 30 março de 2016, em sede de medida provisória com o objetivo de tutelar direitos humanos violados em prejuízo das pessoas privadas de liberdade²²³.

Após analisar o caso, a CIDH decidiu adotar medidas cautelares no dia 19 de julho de 2016 em favor das vítimas, que estavam em situações extremamente precárias de violação massiva e reiterada de direitos protegido pela Convenção Americana de Direitos Humanos. Destacou, entre outros problemas, a situação de superpopulação carcerária: em janeiro de 2017, o estabelecimento abrigava cerca 3.454 pessoas, sendo que o limite máximo de vagas seria 1.699.

Os presos eram obrigados a dormir no chão, muitas vezes uns sobre os outros, devido à falta de espaço. Também não foi verificadas condições adequadas de salubridade e atenção à saúde das pessoas. Os profissionais, médicos, enfermeiro e assistentes sociais, não são capazes de atender a demanda volumosa. A maioria dos presos apresentavam algum tipo de doença infectocontagiosa devido as péssimas condições das celas. As mortes dentro do IPPSC são recorrentes devido aos mais diversos problemas dentro do estabelecimento. Apenas em 2016, foram registradas cerca de 32 mortes.

²²³ LEGALE, Siddharta; ARAÚJO, David Pereira de. *O Estado de Coisas Inconvencional e o Supercaso brasileiro em matéria penitenciária*. Disponível em: <https://www.debatevirtuais.com.br/o-Estado-de-coisas-inconvencional-e-o-supercaso-brasileiro-em-materia-penitenciaria/>

O Estado brasileiro alegou que o instituto conta com equipe de atenção à saúde, com enfermeiros, técnicos em enfermagem e dentista. Há um hospital que funciona 24h por dia prontamente para atendimento de emergência. Não obstante, já haviam sido tomadas medidas no intuito de combater os problemas apresentados. Em 15 de agosto foram comprados 200 colchões novos. Posteriormente, também foram adquiridos camisas brancas, bermudas, produtos de higiene pessoal e colchões.

A Corte IDH reconheceu a existência de um quadro de risco extremamente grave, urgente e de possibilidade de dano irreparável a pessoa neste caso, considerando serem estes pressupostos essenciais à concessão de medidas provisionais. Foi constatado, por meio das informações aportadas pela CIDH e a ausência de resposta satisfatória pelo Estado que haveria a necessidade de uma intervenção mais incisiva do sistema de proteção interamericano de direitos humanos. A superlotação dos pavilhões e a inércia do Estado frente aos graves problemas decorrentes dessa situação no Instituto justificam o provimento desta medida provisional. O principal objetivo seria conter, ou pelo menos diminuir, a violação do direito à vida e a integridade física dos detentos, que se encontram em risco constantemente.

Sendo assim, a Corte IDH decidiu, que o Estado deveria tomar todas as medidas cabíveis, de maneira inexcusável, para combater a entrada de armas no Instituto, a violência entre os presos, a disseminação de doenças e as condições desumanas de superlotação e salubridade das celas. Ordenou também que Estado deverá aportar informações sobre, dentre outras: a) as mortes ocorridas no estabelecimento ocorridas desde janeiro de 2016 e as medidas adotadas para averiguar suas causas; b) as medidas tomadas para manutenção do controle na penitenciária; c) o acesso a tratamento médico para aqueles que sofrem de enfermidades infectocontagiosas.

4.4.2 - A Colômbia e o deslocamento forçado de pessoas na jurisprudência da Corte IDH

A Colômbia é um dos países com maior número de demandas na Corte IDH. A maior parte das violações envolvem o direito à vida e liberdade por conta do deslocamento forçado de pessoas decorrente do arrastado conflito interno no país. São casos como Caballero Delgado (1995), massacres de Ituango (1997), Massacre de Las Palmeras (2001), 19 Comerciantes Vs. Colombia (2004), massacre de Mapiripán (2005),

Gutiérrez Soler (2005), massacre de Pueblo Bello (2006), Massacre de La Rochela (2007), Caso Valle Jaramillo (2008), Escué Zapata (2008), Manuel Cepeda Vargas (2010), Massacre de Santo Domingo (2012), Vélez Restrepo (2012), Comunidade afrodescendentes (2013), Rodríguez Vera (2014), Yarce e Outras (2016) e San José de Apartadó (2000).

Um dos principais motivos é o contexto já tratado aqui de intenso conflito interno entre as FARC, grupos paramilitares e cartéis formado por narcotraficantes. Os casos envolvem homicídios sistemáticos de defensores de direitos humanos, casos de desaparecimento forçado, perseguição de opositores e massacres de populações inteiras acusadas de colaborar com as milícias. A década de 80 foi o ápice desse complexo conflito, o qual envolvia uma séria faces e interesses. Devido ao fortalecimento das FARC e do ELP, o governo dispôs de justificativas suficientes para criar a Brigada XI em Montería, a Brigada Móvil Número Uno e a Jefatura Militar de Urabá, tornando o conflito efetivamente em militar.

A Colômbia é parte do Pacto de São José da Costa Rica desde 22 de novembro de 1969. Contudo, aderiu a competência contenciosa da Corte IDH apenas em 1985. O período que se seguiu, com a promulgação da Constituição de 1991 pelo então presidente César Gaviria, bem como a criação da Corte Constitucional Colombiana, marca um período de expansão de direitos humanos fundamentais e maior aderência as normas internacionais de proteção à pessoa

Também a Corte Constitucional Colombiana é tida como uma das cortes mais receptivas a jurisdição internacional. Há uma referência constante da CCC às sentenças e medidas provisionais da Corte IDH, que chega a considerar não só a CADH, mas essas interpretações parte do bloco de constitucionalidade colombiano²²⁴. Na T – 1319/01, por exemplo, a CCC chega a conferir status constitucional a CADH e a interpretação da Corte IDH. É possível perceber um efetivo e construtivo diálogo institucional entre a CCC e a Corte IDH. Em alguns casos, a Corte IDH também chega a citar algumas tutelas da CCC, como a emblemática T-25, relativa ao Estado de Coisas Inconstitucional e o deslocamento

²²⁴ Confira-se o capítulo 3. LEGALE, Siddharta. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como tribunal Constitucional*. Rio de Janeiro: Tese de doutorado pelo Programa de Pós-graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2017.

forçado de pessoas. Esse diálogo auxiliará na busca de soluções estruturantes para o problema da violência endêmica que o país enfrenta em várias regiões.

Serão apresentados apenas os casos que envolveram deslocamento forçado na Colômbia julgados pela Corte IDH. Realiza-se um recorte, dentre os casos colombianos na jurisprudência da Corte IDH, para incluir apenas aqueles que Cançado Trindade denominou de “ciclo de casos de massacres”²²⁵. Entre 1988 e 1990, estima-se que houve, pelo menos, 20 massacres cometidos pelos paramilitares, com, não menos, de 200 mortos. Os casos retratam o cenário dramático de comunidade e bairros inteiros tomados pelos grupos paramilitares. Os casos envolvem principalmente violações de direito à vida, a integridade pessoal e moradia, todos protegidos pela Corte IDH.

4.4.2.1 - Massacre de Mapiripán (2005)

Mapiripán é uma cidade da Colômbia situada a cerca de 530 km de Vila Vivencio. A região era marcada por conflitos constantes devido a sua localização estratégica para o comércio, cultivo e transporte de Cocaína. Esse foi o primeiro caso julgado pela Corte IDH dentro do “ciclo de casos de massacres”.

O caso se deu devido a ação assumida pelas Auto-Defesas Unidas da Colômbia (AUC), grupo paramilitar responsável por boa parte dos conflitos internos no país, bem como pela morte e deslocamento forçado de milhares de pessoas. A ação do grupo teria sido motivada pelo combate as FARC através de retaliações a comunidades campesinas as quais, supostamente, os moradores teriam colaborado com os guerrilheiros. Boa parte de suas ações contavam não apenas aquiescência do Estado, como também com seu apoio direto, fornecendo transporte aéreo, armamento e efetivo militar.

Segundo relatado pela CIDH e representante das vítimas, no 12 de julho de 1997, desembarcaram no aeroporto de San José de Guaviare, cerca de 100 homens armados pertencentes a AUC. No local foram recebidos e levados por militares até a região de Mapiripán. Estavam em posse de uma lista, na qual ali estavam o nome de pessoas acusadas de terem ajudado membros das FARC a se estabelecerem na região. A partir daí, deu-se o início de série de atos de violência contra a população. Várias pessoas foram

²²⁵ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *El ejercicio de la función judicial internacional*. Belo Horizonte: Delrey. 2017

torturadas e espancadas. Outras foram assassinadas com requintes de crueldade extrema. Houve relatos de que algumas vítimas foram degoladas e desvisceradas. Cerca de 49 pessoas foram mortas neste episódio de terror.

Nadia Mariana Valencia Sanmiguel narrou o episódio chocante da morte seu próprio pai. Os paramilitares degolaram seu pai e jogaram futebol com a cabeça dele na sua frente. Após o massacre, os corpos foram todos jogados dentro de uma caminhonete e transportados, impedindo que os parentes tivessem acesso a eles.

A ação foi assumida publicamente por Carlos Castaño Gil, um dos chefes da AUC, que, com ar orgulhoso, disse ter sido a maior operação das AUC até então. Os moradores alegaram que diante da ameaça de invasão, teria avisado as autoridades dias antes para que tomassem providências. Contudo, nada foi feito.

O Estado reconheceu parcialmente sua responsabilidade internacional pelos fatos ocorridos. Contudo, sustentou que a ação das AUC se dava a margem da lei. Argumentou que a ação não contava com a aquiescência do Estado e, tampouco, com sua colaboração. Reconheceu apenas a conduta omissa de seus agentes que não tomaram medidas de pronto para conter o ataque.

Na análise de mérito, a Corte IDH considerou provadas as alegações da CIDH e dos representantes das vítimas. O Estado da Colômbia teria atuado diretamente no conflito com o fornecimento de armas e equipamentos, bem como colaborado com a mobilização de efetivo militar no transporte dos militantes. Alegou o caráter cogentes das normas de *jus cogens* e a da Convenção de Genebra de 1949, que versa sobre as vítimas civis que não estão envolvidas diretamente em conflitos armados. Citou a própria Corte Constitucional Colombiana, ao se referir a formação de um Bloco de Constitucionalidade integrado pelo *corpus iuris* interamericano como vinculante ao Estado.

Quanto aos direitos humanos violados, a Corte IDH julgou o Estado culpado pela morte das 49 pessoas, no que ficou conhecido como “massacre de Mapiripán”. Portanto, o Estado teria violado o dever convencional de proteger o direito à vida (art. 4), a integridade pessoal (art. 5), liberdade pessoal (art. 7), combinados com o dever do Estado de garantir pleno acesso a esses direitos no art. 1.1 da CADH.

Julgou também o Estado culpado pela violação do direito das crianças que foram obrigadas a deixar a região. Acrescentou ainda os relatos de assassinato até mesmo de

recém-nascidos. Por isso, o Estado teria violado o dever proteção especial de proteção à criança, disposto no art. 19 da CADH.

O caos instaurado na região obrigou que famílias inteiras se retirassem da região e abandonassem suas casas e agricultura de subsistência, ficando em Estado de extrema miséria e desamparo. Portanto, a Corte IDH considerou o Estado culpado pela população submetida a deslocamento forçado, violando também o art. 22.1 da CADH, que tutela o direito de residência.

Considerou também o Estado não realizou de maneira devida as diligências cabíveis para identificar e punir os responsáveis pela ação. Passados quase 8 anos do ocorrido, a maioria dos processos ainda estavam pendentes de julgamentos, ou não teriam punido de maneira devida os responsáveis. Sendo assim, a Corte IDH considerou que o Estado também era responsável pela violação dos às garantias judiciais (art. 8) e a proteção judicial (art. 25) da CADH.

Por todo o exposto a Corte IDH reconheceu a responsabilidade internacional do Estado pelas vítimas de Mapiripán e determinou expressamente que os Estado: (i) deveria levar a cabo as investigações e punir os responsáveis; (ii) realizar um trabalho de identificação das vítimas mortas e que se encontravam desaparecidas; (iii) elaborar um plano para a participação dos representantes no andamento dos trabalhos; (iv) prestar a devida assistência médica e psicológica as pessoas; (v) certificar que as pessoas obrigadas a deixar suas casas possam retornar em segurança; (vi); o Estado deveria construir um monumento em memória as pessoas que perderam suas vidas no episódio; (vii) difundir e inserir o ensino de direitos humanos no âmbito das forças armadas no país; (viii) realizar a divulgação desta sentença através do diário oficial e de jornais de ampla circulação no país; (ix) pagar quantia determinada a título de reparação e indenização por danos materiais e imateriais as vítimas; (x) realizar o pagamento das custas e dos gastos com o processo.

4.4.2.2 - Massacre de Pueblo Bello (2006)

A comunidade de Pueblo Bello na Colômbia também foi palco de outro episódio de massacre perpetrados pelo grupo paramilitar AUC em nome de sua busca por “justiça privada”. O escoamento da produção madeireira trouxe grande riqueza para a região e,

consequentemente, um grande crescimento demográfico, principalmente na década de 60, intensificando os conflitos.

A população foi invadida pelo grupo liderado por Fidel Castaño entre os dias 13 e 14 de janeiro por um grupo formado por 60 homens fortemente armados. O motivo da invasão teria se dado em represália a um suposto roubo de gado em na fazenda de gado em “Las Tangas”. Segundo consta, a população da região teria sido conivente com a ação da guerrilha em sua propriedade.

Na ação, os paramilitares invadiram a comunidade e arrancaram uma série de pessoas de suas casas, as quais consideraram “suspeitas”. As amarraram e jogaram dentro de um caminhão que logo após deixou a região. As vítimas foram levadas para uma praia do Rio Sinú, local onde iniciaram o interrogatório. Alguns dos interrogados tiveram suas orelhas cortadas, a genitália mutilada e os olhos perfurados. Outros foram golpeados até a morte.

Segundo consta na denúncia, cerca de 37 pessoas desapareceram e 6 camponeses foram assassinados. Quinze anos após o ocorrido, apenas 6 desses casos foram esclarecidos. Dos 60 investigados, apenas 10 foram julgados e condenados, restando apenas 3 presos no momento desta sentença.

Ao procurarem as autoridades para esclarecerem os fatos, os familiares das vítimas foram informados pelo Estado de que nenhum veículo havia transposto o bloqueio na região realizados pelos militares.

Oito dias depois do atentado, militares chegaram a região de helicóptero e distribuíram 50.000 pesos com base em uma lista das pessoas desaparecidas. Na prática, porém, muitos familiares dessas vítimas deixaram de receber qualquer tipo de quantia do Estado.

A senhora Villalba Sánchez foi vítima e testemunha e vítima ocular do presente caso. Era moradora de Pueblo Bello na época dos fatos, juntamente com seu esposo e seus filhos. Eram uma família de camponeses que tiravam seu sustento da terra. No dia da ocorrência dos fatos, alegou que homens armados invadiram sua casa, amarraram seu esposo e o levaram preso. Alguns vestiam roupas características de militares e outros de civis comuns.

Para o seu espanto, a região estava completamente tomada por militares. Contudo, nada foi feito para impedir o acesso dos paramilitares na região. Os militantes passaram

pelo bloqueio criado pelos militares nas estradas portando armas de grosso calibre. Tampouco os militares tomaram alguma providência frente ao caos horror da violência que tomou conta da região.

Após tentativas frustradas da comissão de encontrar seus familiares desaparecidos, a senhora Leovigilda Villalba Sánchez bem como os demais que também tiveram pessoas da família levada, recorreram aos hospitais e possíveis locais onde os corpos poderiam ter sido enterrados. Ao chegarem ao local os corpos estavam enterrados em uma situação de total desrespeito. Os corpos foram sendo tirado de um buraco por uma retroescavadeira. Os restos mortais das vítimas estavam dentro de sacos pretos. Estavam destrocados, decapitados e mutilados. O reconhecimento só foi possível devido a presença de objetos pessoais, como as roupas das vítimas.

Após tentativas infrutíferas de cumprimento das recomendações enviadas pela CIDH, o caso foi submetido a jurisdição contenciosa da Corte IDH no dia 23 de março de 2004.

Em relação à etapa de reparação, a CIDH pediu a Corte IDH para que se reservasse a traçar parâmetros gerais de custas e gastos. A CIDH considerou importante a participação ativa das vítimas e seus representantes para a consolidação de suas pretensões no que diz respeito as quantias que serão devidas pelo Estado a título de indenização.

O Estado contestou esse pedido alegando que a CIDH deve adotar interpretação restritiva do artigo 61.1 da Convenção Americana. Segundo essa interpretação, apenas seriam partes legítimas para atuar no processo de jurisdição interamericana os Estados partes e a CIDH.

A Corte IDH rechaçou a posição do Estado em relação a este ponto, reiterando sua posição no sentido de possibilitar a participação efetiva das vítimas e de seus familiares em processos perante a Corte IDH. Esta seria uma das formas de consolidação do princípio *pro persona*, bem como a sua integração como sujeitos de direitos perante a ordem internacional.

No mérito, a Corte IDH julgou o Estado culpado por violar vários direitos previstos na CADH. Considerou que Estado possui as condições necessárias para impedir que o massacre tivesse ocorrido, contudo, agiu de maneira omissa e conivente. Destacou o fato de uma série de agentes envolvidos, bem como o litígio estrutural no país incapaz

de conter ou reprimir a ação de indivíduos diretamente ligados ao Estado. Valorou positivamente a política adotada pelo Estado retroceder em relação as permissões concedidas legalmente para uso e porte de armas de civis, bem como a criação da Brigada XI com intuito de pôr fim aos conflitos armados na região. Contudo, não eram suficientes para afastar a responsabilidade internacional do Estado pelos fatos ocorridos, tampouco para resolver os conflitos gerados, os quais o próprio Estado havia inflamado. Portanto, concluiu que Estado era responsável pela violação do direito à vida, à integridade pessoas e liberdade, protegido pelos artigos 4.1, 5.1, 5.2, 7.1 e 7.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, todos relacionados com o art. 1.1 da mesma.

Considerou também o Estado responsável internacionalmente pela inobservância das diretrizes convencionais sobre a duração razoável do processo e de competência para julgamento dos crimes contra direito humanos. O retardo injustificado das investigações, bem como impunidade dos responsáveis representaram uma clara afronta ao acesso à justiça das vítimas e seus familiares neste caso. Acrescentou ainda a ausência de mecanismos judiciais internos satisfatórios para que as vítimas obtivessem reposta institucional adequada sobre o ocorrido. Considerou inadequada a submissão dos processos que envolviam militares no massacre a jurisdição militar. Segundo a Corte, a jurisdição castrense estaria adstrita aos crimes ligados diretamente a atividade militar sendo inconcebível seu julgamento em casos de graves violações de direitos humanos e fundamentais. Por isso, a Corte IDH julgou o Estado responsável internacionalmente pela violação dos direitos relativos a garantias judiciais (art. 8) e a proteção judicial (art. 25) da CADH.

Por todo exposto, a Corte IDH considerou o Estado culpado pelos direitos anteriormente apontados e determinou ao Estado que: (i) realizasse todas as diligências necessárias para, dentro de uma prazo razoável, encontrar e punir os responsáveis pelo massacre; (ii) tome todas as medidas necessária para prevenir e evitar que novos atentados como esse voltem a ocorrer; (ii) organize buscas pelas pessoas desaparecidas no episódio e pelos restos mortais, para devolvê-los a suas famílias em um prazo razoável; (iv) utilize os parâmetros internacionais de identificação de pessoas desaparecidas ou privadas de liberdade; (v) proporcione assistência médica e psicológica aos familiares das 43 vítimas deste caso; (vi) garantir a segurança da população de Pueblo Bello deslocada para que possam voltar a suas casas; (vii) realize um ato público de reconhecimento de sua

responsabilidade internacional pela violação dos direitos humanos reconhecidos nesta sentença; (viii) construa um monumento em memória as vítimas do massacre de Pueblo Bello; (ix) publique esta sentença em seu diário oficial e em outro jornal de grande circulação; (x) pague as quantidades definidas nesta sentença a título de reparação por dano material e imaterial; (xi) o Estado deverá arcar com as custas e gastos processuais.

4.4.2.3 - Massacre de Ituango (1997)

O massacre de Ituango diz respeito aos fatos ocorridos nos corregimentos de La Granja e El Aro, situados na região, também planejados e executados pelas AUC. Os fatos levados à jurisdição contenciosa da Corte IDH ocorreram em junho de 1996 e em outubro de 1997.

Em La Granja, foi constatado que os paramilitares tomaram o controle da região no dia 11 de junho de 1996. Dali, iniciaram uma série de execuções seletivas na região. Semelhante ao que aconteceu em La Granja, entre os dias 22 de outubro e 12 de novembro, foi a vez da população de El Aro vivenciar o mesmo drama, que também deixou vítimas fatais. Antes de deixarem a região, os paramilitares ainda destruíram e incendiaram grande parte das casas.

EL Aro é uma comunidade pequena composta por cerca de 400 pessoas dedicadas a atividades de agricultura de subsistência. Está situada em zona relativamente afastada, porém considerada estratégica pela guerrilha e pelos paramilitares. A região era suspeita por apoiar a guerrilha. Alguns meses antes do ataque, os moradores de El Aro denunciaram as autoridades que haviam fortes indícios que a região seria atacada e pediram proteção das forças armadas. O Estado negou ajuda por suposta indisponibilidade de efetivo.

Na manhã do dia 25 de outubro, um helicóptero sobrevoou a região e efetuou disparos em direção aos civis. Posteriormente os paramilitares tomaram a região, reuniram algumas pessoas em uma praça e começaram a insultá-las e assassiná-las sistematicamente. Relatos de testemunha atestam que haviam pessoas ali com vestes de militares, fortemente armadas e que estavam colaborando com toda ação.

Após o massacre, quase toda criação de gado da região foi levada pelo paramilitares, que obrigaram, ainda, a alguns dos moradores a arrear os animais e conduzi-los. Foi constatado que as violações de direitos humanos perpetradas na região contaram com o a “omissão, aquiescência e colaboração” das forças armadas e demais elementos ligados as forças do Estado.

Em preliminar de exceção, o Estado, apesar de ter reconhecido parcialmente sua responsabilidade internacional pelos fatos ocorridos neste caso, alegou o não esgotamento dos recursos internos, porque ainda existiriam recursos em tramite na ordem interna.

A Corte IDH salientou que no momento em que o Estado reconheceu parcialmente sua responsabilidade internacional pelo ocorrido, renunciou tacitamente as exceções preliminares. Ademais, o teor da exceção se encontra intimamente ligado aos artigos da Convenção, que deverão ser julgados pelo fundo da causa. Decidiu então pelo seu conhecimento, passando a julgar seu mérito.

Com relação ao reconhecimento da responsabilidade internacional, o Estado admitiu sua culpa pelos fatos ocorridos em Ituango, dado a conduta ilegítima dos seus agentes violando assim a Convenção Americana de Direitos Humanos, mais especificamente, dos direitos humanos consagrados pelos artigos: 4 (Direito à Vida), 5 (Direito à Integridade Pessoal), 7 (Direito à Liberdade Pessoal) e 21 (Propriedade Privada). Dado isso, se propôs a pagar, a título de reparação, as vítimas os prejuízos causados pela dita violação. Durante a audiência pública, o Estado “expressou seu respeito e consideração as vítimas e seus familiares e pediu perdão pelo comportamento de seus agentes em relação com os fatos do presente caso”.

Não obstante, persistia ainda a controvérsia entre a CIDH e o Estado sobre a alegada violação pelo Estado dos artigos 5.1 (Direito a Integridade Pessoal), 6 (Proibição da Escravidão), 7 (Direito a Liberdade Pessoal), 19 (Direitos da Criança), 21 (Direitos a Propriedade Privada), 22 (Direitos de Circulação e de Residência), 8.1 (Garantias Judiciais) e 25.1 (Proteção Judicial) e em relação a fatos relativos a suposta violação dos artigos 8.1 (Garantias Judiciais) e 25 (Proteção Judicial) da Convenção Americana.

No mérito, a corte aceitou o reconhecimento do Estado pela violação do direito a vida (art. 4) da CADH, em face de William de Jesús Villa García, María Graciela Arboleda Rodríguez, Héctor Hernán Correa García, Jairo de Jesús Sepúlveda Arias, Arnulfo Sánchez Álvarez, José Darío Martínez Pérez, Olcris Fail Díaz Pérez, Wilmar de

Jesús Restrepo Torres, Omar de Jesús Ortiz Carmona, Fabio Antonio Zuleta Zabala, Otoniel de Jesús Tejada Jaramillo, Omar Iván Gutiérrez Nohavá, Guillermo Andrés Mendoza Posso, Nelson de Jesús Palacio Cárdenas, Luis Modesto Múnera Posada, Dora Luz Areiza Arroyave, Alberto Correa, Marco Aurelio Areiza Osorio e Elvia Rosa Areiza Barrera.

O Estado também reconheceu sua responsabilidade internacional pela violação do direito à liberdade (art. 7 da CADH), em prejuízo dos moradores de Ituango, Jairo Sepúlveda, Marco Aurelio Areiza e Rosa Areiza, obrigados a levar o gado, juntamente com os militares. Neste caso, merece atenção o pedido dos representantes das vítimas que alegaram também a violação da proibição a escravidão e a servidão (art. 6 da CADH), o qual não foi alegado pela CIDH.

A Corte IDH relembrou sua jurisprudência atuante, assim como pela Corte Europeia de Direitos Humanos, que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos e que devem ser interpretados a luz de seu tempo, e não entendidos de maneira meramente formal. Essa interpretação evolutiva é fruto da interpretação do artigo 29 da Convenção Americana e da Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados.

Decidiu, portanto, que o Estado violou o artigo 7 em prejuízo de: 1) Francisco Osvaldo Pino Posada, 2) Omar Alfredo Torres Jaramillo, 3) Rodrigo Alberto Mendoza Posso, 4) Noveiri Antonio Jiménez Jiménez, 5) Milciades De Jesús Crespo, 6) Ricardo Barrera, 7) Gilberto Lopera, 8) Argemiro Echavarría, 9) José Luis Palacio, 10) Román Salazar, 11) William Chavarría, 12) Libardo Carvajal, 13) Eduardo Rua, 14) Eulicio García, y 15) Alberto Lopera. Decide também que o Estado violou o dever convencional de proteção ao artigo, em prejuízo de: 6) Tomás Monsalve e 17) Felipe “Pipe” Gómez.

Em relação ao artigo 21 da Convenção, a CIDH alegou que o Estado violou dito artigo no momento em que, entre outros, os paramilitares incendiaram e destruíram as residências, causando o deslocamento forçado das vítimas.

Representantes alegaram que o motivo era inviabilizar que os moradores continuassem a exercer suas atividades.

A Corte IDH com base no artigo 29 da Convenção, decide utilizar o Protocolo II de Genebra sobre vítimas de conflitos internos para interpretar o artigo 21 da mesma e concluiu pela sua violação por parte do Estado.

Com base no princípio *iura novit curia*, a Corte IDH decidiu também julgar suposta violação do artigo 11.2 da Convenção, que protege a vida privada e o domicílio de invasões arbitrárias e abusivas.

Assim, a Corte IDH concluiu que o Estado é responsável pela violação dos artigos 21 e 11.2, em ralação com o 21 da Convenção Americana.

A CIDH também solicitou a Corte IDH para que se manifestasse em relação a violação do artigo 22 da CADH.

De acordo com representantes das vítimas, as ações violentas dos paramilitares feriram de morte os direitos de Circulação e Residência da população de Ituango, obrigando a 724 pessoas a abandonar Ituango.

O Estado sustentou que os fatos ocorridos em Ituango não estão comprovadamente ligados ao deslocamento dessas pessoas.

A Corte IDH destacou a responsabilidade do Estado em meio a esta situação, em relação ao acolhimento dessas pessoas em Estado de vulnerabilidade e fornecimento do mínimo necessário a sua sobrevivência, como alojamento, produto de higiene, alimentação, dentre outros. Destacou ainda o posicionamento da Corte Constitucional da Colômbia que julga imperiosa essas medidas na Colômbia, dado a magnitude dos conflitos armados no país, bem como o Estado de coisas inconstitucional declarado pela própria corte constitucional do país devido as circunstancias de constante violação de direitos fundamentais a que essas pessoas estão submetidas.

Por todo o exposto, a Corte IDH considerou o Estado culpado pela violação do artigo 22 relacionado com artigo 1.1 da Convenção.

A CIDH alegou violação do dito artigo em prejuízo de Wilmar de Jesús Restrepo Torres, que tinha 14 anos no momento de sua execução. Os representantes das vítimas acrescentaram ainda que o Estado não tomou as atitudes necessárias para brindar a proteção do jovem.

O Estado negou o descumprimento do dito artigo.

A Corte IDH destacou que não apenas o garoto Wilmar de Jesús Restrepo Torres teve sua esfera de direitos violada ao ser assassinado, mas também as próprias crianças que presenciaram o atentado e foram obrigadas a abandonar o local, posteriormente.

Dado o exposto, a Corte IDH julgou o Estado culpado pela violação do artigo 19 da convenção.

A CIDH sustentou a violação da integridade pessoal de Marco Aurelio Areiza Osorio y Rosa Areiza, sem apresentar maiores argumentos.

Representantes das vítimas alegaram violação da integridade pessoal das vítimas devido a: execução de pessoas, maus tratos, detenção, perda de bens e trabalhos forçados, em prejuízo da população afetada de Ituango.

O Estado reconheceu sua responsabilidade internacional pela violação do artigo 5.1 da Convenção em prejuízo de Marco Aurelio Areiza Osorio e Rosa Areiza, contudo não se pronunciou em relação as demais vítimas.

Primeiramente, a Corte IDH sustentou que uma situação de ameaça ou que possa colocar em perigo a integridade física de um indivíduo é o suficiente para descumprir o dever convencional o qual zela o artigo 5 da Convenção. Concluiu que o Estado violou o dever convencional com relação as 19 vítimas executadas em Ituango, como também em relação aos familiares das vítimas, que passaram por um intenso sentimento de tristeza e revolta.

Da mesma forma, forma foi violado o artigo 5 da Convenção em prejuízo das pessoas obrigadas a trabalhar, daquelas que perderam seus bens, como também que tiveram que se deslocar dali.

Dado o exposto, a Corte IDH concluiu que o Estado violou o artigo 5 da Convenção.

A CIDH sustentou que passados 9 anos da ocorrência dos fatos, não houve uma atuação efetiva por parte do Estado no que diz respeito ao esclarecimento e julgamento dos fatos.

Representantes das vítimas acrescentaram que com as vítimas e seus familiares não obtiveram a possibilidade de contar com recursos eficazes para alcançar suas pretensões. Não obstante, acusaram o Estado de fazer uso de sua máquina para afastar os autores do alcance da lei.

O Estado negou os fatos e salientou que o Estado da Colômbia conta com aparato judicial para interposição de recursos eficaz.

A Corte IDH valorou positivamente os esforços do Estado para tentar restabelecer a ordem, contudo seu contexto conturbado não pode servir de escusa para o não cumprimento de seus deveres convencionais. A negligencia do Estado em atuar com as devidas diligencias foi evidente durante quase todas as etapas do processo. O número

ínfimo de investigados, em relação ao número de pessoas envolvidas nos crimes é ilustrativo da falta de predisposição do Estado em solucionar o problema.

Sendo assim, considerou o Estado responsável pela violação dos artigos 8.1 e 25 da Convenção Americana em relação com o artigo 1.1 (Garantias Judiciais e Proteção Judicial).

Por todo o exposto, a Corte IDH julgou o Estado da Colômbia responsável internacionalmente pelas violações a direitos humanos protegidos pela CADH e ordenou que o Estado deve: (i) tomar as providencias necessárias para alcança a justiça neste caso; (ii) prestar tratamento de saúde adequando as vítimas; (iii) deverá garantir a segurança das regiões de El Aro e La granja, para as pessoas deslocadas possam retornar; (iv) realizar um ato de reconhecimento público na presença das altas autoridades do Estado; (v) criar um programa de habitação para as vítimas sobreviventes; (vi) fixar uma placa em memória ao ocorrido em El Aro e La Granja; (vii) adotar, em prazo razoável, programas de educação em direitos humanos nas forças armadas do Estado; (viii) publicar, em 6 meses, a seção referente aos fatos provados no seu diário oficial e em outro diário de circulação nacional; (ix) pagar as indenizações estabelecidas nesta sentença; (x) agar as quantias fixadas por conceito de custas e gastos ao Grupo Interdisciplinar de Direitos Humanos e a Comissão Colombiana de Juristas pelos tramites internos e intencionais do processo

4.4.2.4 - Comunidades Afrodescendientes (1997)

Neste caso, a Corte IDH condenou o Estado da Colômbia pela violação de direitos humanos em prejuízo das vítimas de deslocamento forçado, violência a integridade física e moral dos moradores de Cacarica, situada em Riosucio, no Departamento de Chocó e a privação da vida de Marino Lopez, morador de Bijao. A ação foi promovida por grupo paramilitares que contaram com a aquiescência do Estado. No caso também foi violado pelo Estado seu dever de proteção das terras ancestrais, as quais pertenciam às comunidades afrodescendentes da região. Sendo assim, a Corte IDH julgou o Estado da Colômbia responsável pela violação dos direitos humanos protegidos nos artigos 4, 5, 8.1, 19, 21, 22 e 25 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos em prejuízo das vítimas do presente caso.

A presente demanda apresentada a Corte IDH remonta ao contexto de conflito interno na Colômbia que se alastrou ao longo da segunda metade dos anos 90. A formação de grupos paramilitares e a expansão de suas respectivas áreas de controle acabava por atingir em grande medida a população civil que não estava envolvida diretamente nos conflitos entre facções. Boa parte dessas invasões vinham acompanhadas de uma onda de violência contra os camponeses que se tornavam vítimas de desaparecimento forçado, assassinato e tratamentos cruéis e desumano promovidos pelos grupos armados.

Por volta dos dias 24 e 27 de fevereiro de 1997 ocorreu a operação militar chamada de “Génesis” na região do Río Salquí e Río Truandó com objetivo de capturar, ou eliminar, integrantes das FARC que se encontravam na região. Concomitantemente, as Autodefesas Unidas de Córdoba e Urabá (ACCU) davam prosseguimento a “operação Cacarica” avançando pelo norte ao longo do rio Cacarica, passando pela comunidade de Bijão, finalmente também chegando a região do Río Salquí e Río Truandó. Dali em diante, ambas as frentes se uniram dando prosseguimento as operações conjuntamente.

No decorrer da operação, o morador de Bijao, Marino López foi morto pelo grupo paramilitar ACCU, tendo seu corpo sido esquartejado. Centenas de famílias que habitavam a as regiões as quais os paramilitares perpassaram ao longo da operação Cacarica foram retiradas compulsoriamente de suas residências, sendo obrigadas a ocuparem assentamentos por até 4 anos após as invasões.

Mesmo após a pacificação da região, as comunidades se viram impedidas de voltar a ocupar suas terras. As plantações e as residências haviam sido completamente destruídas e seus pertences, saqueados. Não obstante, os territórios ancestrais da comunidade haviam sido concedidos a empresas de exploração de madeira, retirando a posse dos antigos donos.

O Estado reconheceu parcialmente sua responsabilidade internacional pelos fatos deste caso. Sendo assim, a Corte IDH considerou que o Estado ao reconhecer parte de sua responsabilidade internacional, haveria cessado a discussão acerca de sua violação aos artigos 8 e 25, relacionado com o artigo 1.1 da Convenção, em razão da demora na investigação do assassinato de Marino López Mena e dos responsáveis pelo deslocamento forçado dos moradores da região de Cacarica. Contudo, persistiu ainda a controvérsia sobre se o Estado havia tomado as devidas diligências para perseguir a verdade e punir os responsáveis.

Em julgamento dos fatos, a Corte IDH considerou que o Estado havia violado as garantias e os direitos a integridade pessoal, protegidos nos artigos 5.1 e 22.1, em relação com os artigos 1.1 da CADH, em prejuízo dos moradores da região de Cacarica, vítimas de deslocamento forçado. Julgou também o Estado responsável internacionalmente por prestar a devida assistência social as pessoas que foram retiradas de suas terras, bem como em proporcionar retorno seguro e satisfatório após a pacificação.

Com relação ao caso específico de Marino López Mena, a Corte IDH considerou que o Estado havia violado os direitos protegidos nos artigos 4.1, 5.1 e 5.2 da CADH, pela violação do direito à vida e a integridade pessoal da vítima. Considerou o Estado responsável pela violação da integridade pessoal de seus familiares por não ter adotado as medidas de direito interno necessária a persecução penal e responsabilização penal dos agentes.

A Corte IDH também julgou responsável o Estado da Colômbia pela violação dos direitos da criança e adolescente que encontram amparo específico na CADH em seu artigo 19. Estes foram submetidos a condições precárias de sobrevivências ao serem forçados a se retirarem de suas casas. Foram privados de receber educação, saúde e alimentação adequada, o que, por sua condição de desenvolvimento, torna essas violações especialmente graves.

A retirada forçada, bem como o fato de ter se tornado inviável o retorno dos antigos habitantes da região de Cacarica, considerando que o local se trata de uma comunidade ancestral de povos afrodescendentes, também foi considerado pela Corte IDH como violação da CADH pelo Estado, em seu artigo 21.

Com relação ao fato das terras terem sido cedidas a exploração comercial de madeira a Corte IDH considerou que o Estado não proporcionou as vítimas, proprietárias das terras afrodescendentes, recurso jurídico eficaz para que pudessem recuperá-las. Sendo assim, considerou que o Estado da Colômbia também havia violado os artigos 25.2.a e 25.2 da CADH.

A Corte IDH considerou que a sentença proferida neste caso, por si só, já constitui uma das formas de reparação. Não obstante determinou ao Estado que adotasse também as seguintes medidas de reparação: a) reconhecer publicamente sua responsabilidade internacional pelos fatos ocorridos neste caso; b) dar continuidade as investigações de maneira eficaz, de modo individualizar os responsáveis pelas violações de direitos

humanos aqui narradas; c) publicar e divulgar a presente sentença da Corte IDH; d) atender de maneira devida as vítimas do presente caso por meio dos programas de amparo do Estado; e) restituir as terras tomadas da comunidade afrodescendente da Bacia do Rio Cacarica; f) garantir condições adequadas do território para que as vítimas possam retornar e dar continuidade a sua vida no local de maneira digna; g) que seja reconhecidas todas as vítimas do presente caso e que estas sejam devidamente indenizadas nos termos desta sentença; h) pagar a família de Marino López uma indenização a título de reparação por danos materiais e imateriais causado por sua morte.

4.4.2.5 - Yarce e outros (2002)

O presente caso trata dos fatos ocorridos na cidade de Mellín, em 2002, mais especificamente na Comuna 13, envolvendo o conflito armado entre grupos paramilitares. O conflito tem provocado uma espécie de deslocamento forçado de pessoas urbano que se viram obrigadas a abandonar suas residências em virtude da ação dos grupos paramilitares, bem como uma série de assassinatos e ameaças a civis que supostamente estariam colaborando com as “milícias”

Esse caso trata especificamente das violações de direitos humanos das mulheres, um grupo especialmente vulnerável quando submetidas a condição de deslocamento forçado e submetidas a tratamento violento pelas milícias. A situação é ainda mais grave em relação as mulheres defensoras de direitos humanos na região que são alvos priorizados pelos grupos paramilitares.

Para tentar combater a onda de violência, o Estado emitiu o Decreto nº 1837, estabelecendo um Estado de exceção no país. Foram suspensas uma série de direitos fundamentais, permitindo a prisão de qualquer pessoa, sem ordem judicial, em haja “urgência insuperável”.

Dentro desse contexto, as senhoras Naranjo, Mosquera e Yarce, foram detidas no dia 12 de novembro de 2002 por, supostamente estarem envolvidas com as milícias. Foram liberadas 10 dias depois da prisão por insuficiência de provas para incriminá-las. Logo após serem soltas, iniciaram uma série de ameaças dos grupos paramilitares que as acusavam de estar realizando trabalhos comunitários.

A senhora Mosquera, juntamente com sua filha Hilda Milena Villa Mosquera e seu neto Lubín Alfonso Moquera, foram obrigados a deixar parcialmente o bairro, o qual ainda retornava para continuar exercendo suas atividades. Da mesma forma, as senhoras Yarce e Naranjo começaram a realizar trabalhos intermitentes no bairro.

A senhora Rúa e seus familiares também foram vítimas dos paramilitares. Ao receberem a informação de que seu nome estava em lista de pessoas que deveriam ser assassinadas, foi obrigada a deixar sua casa na Comuna 13 as pressas. Posteriormente, foi informada que sua casa havia sido retirando suas famílias da Comuna 13 foi ocupada pelos paramilitares. Solicitou ajuda ao governo por meio do “Registro Único de Deslocados” (RUD) tendo sido negado reiterados vezes até o ajuizamento de uma ação que concedeu o benefício.

Também a senhora Ospina, seu marido e seus três filhos foram obrigados a deixar sua casa em virtude da ameaça dos grupos paramilitares. A vítima alegou que seu marido e seu filho retornaram a sua residência algum tempo depois e verificaram que ela havia sido completamente destruída. Seu esposo e sua filha foram para o Uruguai por serem beneficiário de um projeto conhecido como “Saída Temporal de Colombianos”, da igreja católica. A Senhora Ospina permaneceu na Colômbia em municípios perto de Medellín.

As autoridades estatais chegaram a deter um indivíduo que supostamente pertencia a um dos grupos paramilitares através de informações aportadas pela senhora Yarce no dia 2 de outubro de 2004, tendo este sido liberado no mesmo dia. Quatro dias depois, enquanto tomava café com sua filha, a senhora Yarce foi assassinada por alguém supostamente envolvido com os paramilitares.

A Corte IDH considerou que houve abuso por parte do Estado quando da prisão das três senhoras. Todas elas estavam em sua casa no momento da prisão, sem qualquer indício capaz de ligá-las a práticas criminosas. Não obstante, elas também submetidas a tratamentos cruéis e desumanos durante a privação de sua liberdade. Ainda que sob a vigência de um Estado de exceção, o Estado deve manter a vigência mínima de direitos humanos garantidos pela CADH.

Por esses fatos, A Corte IDH condenou o Estado pela violação dos direitos a liberdade pessoal (7.1), integridade Pessoal (7.2), a proteção a honra (7.2 e 7.3) e a dignidade (5.1 e 11.1).

Em relação ao assassinato da senhora Yarce, a Corte IDH considerou que o Estado acabou agravando o risco de morte da senhora Yarce ao prendê-la por suposto envolvimento com a guerrilha sem qualquer indício nesse sentido. Sua situação já era delicada, visto que militava ativamente em prol dos direitos humanos e em virtude de seu gênero ser também alvo de maior violência pelos paramilitares. Também não foi adotado pelo Estado nenhuma medida para proteger a vida da senhora Yarce que havia denunciado ameaças reiteradas a ela e sua família.

Por esses fatos, a Corte IDH considerou que o Estado violou o direito à vida da senhora Yarce, protegido no art. 4.1 da CADH, juntamente com o artigo 7.b da Convenção de Belém do Pará. Considerou também violado o artigo 5 da CADH em prejuízo dos filhos da senhora Yarce, Mónica Dulfari Orozco Yarce, Sirley Vanessa Yarce, John Henry Yarce, Arlex Efrén Yarce e James Adrián Yarce, por terem sua integridade pessoal violada.

Com relação às pessoas vítimas de deslocamento forçado, a Corte IDH considerou que o Estado não era culpado pelo conflito instaurado, propriamente dito, mas sim por não amparar devidamente as vítimas que foram obrigadas a deixar suas casas, criando intenso sofrimento as vítimas.

Dado isso, a Corte IDH também condenou a Colômbia pela violação do direito à livre circulação e residência (22.1), a propriedade privada (21) a integridade pessoal (5.1) em prejuízo: da senhora Naranjo; da senhora Mosquera e seus familiares Hilda Milena Villa Mosquera e Lubín Alfonso Villa Mosquera; da senhora Rúa e seus familiares Gustavo de Jesús Tobón Meneses, Bárbara del Sol Palacios Rúa, Úrsula Manuela Palacios Rúa e Valentina Tobón Rúa, e da señora Ospina e seus familiares Oscar Tulio Hoyos Oquendo, Edid Yazmín Hoyos Ospina, Oscar Darío Hoyos Ospina e Migdalia Andrea Hoyos Ospina, e da señora Mosquera: Hilda Milena Villa Mosquera, e Lubín Alfonso Villa Mosquera.

A Corte IDH também estabeleceu como medida reparatória: I) a obrigatoriedade do Estado dar continuidade a investigação em busca dos responsáveis pelo deslocamento forçada da senhora Rúa e seus familiares; II) disponibilizar tratamento de saúde e psicológico as vítimas que solicitarem; III) publicar esta sentença em seu diário oficial; IV) realizar um público de reconhecimento da responsabilidade internacional do Estado; V) implementar um programa na Comuna 13 para instruir os moradores sobre o trabalho

realizado pelos defensores de direitos humanos. VI) pagar a título de indenização pelos danos materiais e imaterias causados às vítimas as quantias fixadas por esta sentença.

4.4.2.5 - *San José de Apartadó (2000)*

A Comunidade de Paz de San José de Apartadó nasceu em 1997, já imiscuída num contexto de grande violência, desaparecimento forçado de pessoas e assassinato de seus líderes, desde a sua primeira semana de existência. Nos últimos 20 anos, estima-se que 320 pessoas tenham sido assassinadas, 350 ameaçadas de morte, 100 torturadas e 50 desaparecidas. É formada por uma população campesina situada na região de Uraba, Noroeste da Colômbia, considerada estrategicamente importante para os grupos armados colombianos.

As Forças Armadas Revolucionarias da Colômbia (FARC) e o Exército Popular de Liberação (ELP) ocupam a região desde os anos 60, sendo responsáveis por operações armadas confrontos contra a população civil e o Estado. A situação se agravou na década de 90, com o advento dos novos atores paramilitares, que vieram a integrar o já famigerado contexto de violência constante.

Pode-se dizer que esta comunidade foi protagonista de uma experiência pioneira de resistência contra as investidas e ataques constantes das guerrilhas e dos grupos paramilitares. Sua população decidiu enfrentar o perigo eminente, do que se juntar aos milhares de pessoas vítimas de deslocamento forçado de pessoas. Se autodeclarou neutra frente ao conflito, rechaçando a presença de todos os grupos armados que invadiam seu território.

Além dos ataques armados, a região ainda sofre com bloqueios econômicos impostos pelos paramilitares. Isso tem dificultado que alimentos e mercadorias essenciais cheguem a população. As pessoas envolvidas no transporte são constantemente ameaçadas de morte, o que faz com que esse trânsito seja praticamente paralisado. Um dos episódios mais graves aconteceu entre 2001 e 2002, quando foi proibido o transporte de alimentos entre Apartadó e San José. Estima-se que mais de 100 (cem) que se arriscaram a comprar comida, foram assassinadas. Em resposta, a comunidade buscou fortalecer sua capacidade interna de abastecimento de alimentos. Berta Tuberquia,

membra da Comunidade, disse em entrevista que "pra enfrentar a temos que estar muito organizados".

Vinte anos após a sua criação, a Comunidade de Paz acumula a cifra lamentável de, pelo menos, 326 membros assassinados e mais de 4000 violações de Direitos Humanos, sem qualquer resposta satisfatória do Estado para tamanha violência. Um dos episódios mais marcantes nessa história foi o massacre ocorrido no dia 21 de fevereiro de 2005 nas veredas Mulatos e Las Resbalosa. Foram assassinadas oito pessoas, entre elas o líder da Comunidade, Luis Eduardo Guerra e três menores de idade. Nesse caso, especificamente, foi condenado o então Capitão do Exército, Guillermo Gordillo, a 20 vinte anos de prisão, em 2010 e, posteriormente, mais 4 militares também foram condenados, em 2012. Todos foram condenados como coatores do crime de homicídio contra as 8 vítimas.

O advogado Jorge Molano destacou sérios problemas de investigação e punição dos verdadeiros culpados. Segundo ele, os órgãos responsáveis estariam direcionando os trabalhos aos executores materiais, e não aqueles que de fato idealizaram e foram mandantes do crime. No caso da Comunidade de Paz, as investigações já passam de 12 anos tendo apenas 5 militares condenados, dentro de um universo de aproximadamente 350 paramilitares que supostamente participaram do atentado.

Após o acontecido em 21 de fevereiro de 2005 em Mulatos e Las Resbalosa, a população local passou a não mais dialogar com as instituições do Estado colombiano, diante da sua total falta de credibilidade em proporcionar justiça. A única exceção foi dada a Corte Constitucional Colombiana. Através de três sentenças, tendo sido a mais importantes dele a Sentencia T-1025 de 2007, a Corte ordenou ao Estado que tomasse medidas necessárias para punir os responsáveis pelos crimes ocorridos em 2005 e a reparar os danos causados a população. Em 2012, a Corte emitiu o Auto 164, após uma reunião entre várias instituições estatais. O Auto continha, basicamente, 5 ordens, como o dever de retratação de membros do governo por ofensas proferidas contra os habitantes da Comunidade de Paz e a formação de uma comissão de avaliação de justiça, frente aos mais de 300 assassinatos ocorridos até então. Até 2007, nenhuma dessas medidas tinham sido cumpridas.

O caso foi apreciado a primeira vez pela jurisdição da Corte IDH na Medida Provisional de 9 de outubro de outubro de 2000. O caso foi levado pela CIDH devido as denúncias de assédio e violência perpetrados por membros de grupos paramilitares. Segundo a denúncia, teriam sido assassinados cerca de 47 pessoas na região em período de 9 meses. Haviam também fortes indícios de que membros das Forças Armadas do Estado teriam participado ativamente das operações, ou pelo menos colaboravam com a sua aquiescência

Um dos episódios ocorreu no dia 15 de fevereiro de 1998, no final da tarde, na vereda de Arenas Altas. Integrantes do grupo paramilitar Autodefesas Campesinas de Córdoba e Urabá (ACCU) e membros XVII Brigada do Exército Nacional, aprisionaram José Eusebio Caro, de 38 anos de idade, e seu pai, Ramón Emilio Velez de 78 anos. Foram torturados durante toda a noite com pontapés e coronhadas de fuzis, sendo acusados durante todo o tempo de guerrilheiros.

No dia 26 de março de 1998, às 12 horas, membros do Exército Nacional dispararam contra uma casa, ferindo gravemente seus moradores em uma vereda de Alto Bonito. Entre as vítimas, estavam Argemiro Jiménez, de 52 anos, sua esposa Rosmira Tabares, de 38 anos e seus filhos: Jorge, de 13 anos, Navier Antonio, de 7 anos e Dorey, de 4 anos. No dia 19 de fevereiro de 2000 foram assassinados Albeiro Montoya, Luis Ciro e Afonso Jiménez, Mario Urrego e Uvalado Quintero por um grupo de 20 homens com uniformes militares.

No dia 9 de abril 1998, membros da XVII Brigada do Exército Nacional disparou contra a casa de Darío Goez, de 42 anos, na vereda de Arenas Altas, onde se encontravam outras pessoas. Foi retirado dali pelos militares e levado. Seu cadáver foi encontrado, posteriormente, tendo sido atribuída sua a morte a um suposto combate entre guerrilheiros.

A CIDH solicitou a Corte IDH que adotasse as medidas provisionais necessárias em comum acordo com o Estado, os Membros da Comunidade e os peticionários, no intuito de conferir efetividade as medidas tomadas para proteger a integridade pessoas dos membros da Comunidade de Paz. Ressaltou a necessidade imediata de se restabelecer

a confiança do poder público com a população local, através da Vice-Presidência da República.

Salientou também a necessidade de se reforçar os compromissos assumidos pela Rede de Solidariedade Social em socorrer a região. Considerou importante provisão de rádio de curta frequência para San José de Apartadó e para as outras veredas onde tenha ocorrido deslocamento forçado de pessoas, com o intuito de melhorar a comunicação local; a instalação de iluminação pública nas zonas urbanas, e evitar zonas extremamente escuras; a instalação de sistemas de alarmes; o concerto das estradas para facilitar o acesso à região.

Conforme o artigo 63.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, nos casos em que for constatado "extrema gravidade e urgência, e quando se faça necessário evitar danos irreparáveis a pessoas, pode a Corte IDH tomar as medidas necessárias para conter a violência ou a ameaça, imediata. O objetivo é preservar os direitos das partes submetidas as controvérsias, dando efetividade ao provimento final a eventual sentença de fundo. Possui um caráter estritamente preventivo e não gera responsabilidade internacional para o Estado, imediatamente.

Não obstante, dispõe ainda o artigo 25.4 do regramento da Corte IDH que: "Se a corte não estiver reunida, o presidente, em consulta com a comissão permanente, e se possível, com os demais juízes, requererá ao governo respectivo que tome as providências urgentes e necessárias a fim de assegurar a eficácia das medidas provisionais que depois poderão ser tomadas pela Corte em seu próximo período de sessão."

A Corte IDH considerou que as medidas cautelares solicitadas pela CIDH ao Estado, não estavam surtindo efeito. Diante do contexto apresentado, era claro que os membros da Comunidade de Paz de San José de Apartadó se encontravam em iminente perigo. Nesse sentido, seria necessário a emissão de medidas urgentes pela Corte, para evitar a ocorrência de danos irreparáveis a pessoa.

Reiterou a obrigação Convencional do Estado de proteger os direitos e liberdades da sua população, conforme estabelece o art. 1.1 da CADH. Destacou a responsabilidade maior dos órgãos que estão diretamente ligados ao cumprimento dos dispositivos ancorados na Convenção.

Devido ao fato da Corte não estar em seu período de sessão, e o caso submetido a sua jurisdição se enquadrar dentro do disposto no art. 63.2 da CADH e 25 do Regulamento, o então Presidente da Corte, Antonio Augusto Cançado Trindade, decidiu, em nome da Corte IDH que: o estado deveria tomar, sem dilação, todas as medidas necessárias para assegurar a integridade pessoal de todas as pessoas individualizadas na decisão e daquelas que se encontrarem no mesmo contexto, na região da Comunidade de Paz de San José de Apartad.

No dia 6 de novembro de 2000, o Estado emitiu um informe onde apresentou as medidas tomadas para conter as violações a Direitos Humanos na comunidade. Entre elas, a realização de reuniões com os líderes da comunidade; operações na região; captura de integrantes das Autodefesas e das FARC; blitz na estrada que liga Apartadó a San o José de Apartadó; capacitação das tropas em Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário, através da Oficina do Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos, entre outros

Na Medida Provisional de 26 de junho de 2017, a Corte destaca expressamente a Sentença T-1025 de 2007, a qual estendeu "a vigência das ordens partidas Sentença T-327 de 2004 desta Corporação até que se tenha logrado cumprir como propósito das medidas Provisionais ordenadas pela Corte Interamericana. Dentre as medidas tomadas na sentença T-327, a Corte Constitucional Colombiana ordenou que ao comandante da Brigada XVII a assumir "a garantia e proteção dos Direitos Fundamentais que adiante se indicam, dos habitantes da Comunidade de Paz de San José de Apartadó e das pessoas que possuem vínculo com ela".

Na MP de 26 de junho de 2017, é possível identificar um diálogo construtivo entre a Corte IDH e a Corte Constitucional Colombiana. A Corte IDH cita as T-1025 de 2007 e a T-327 dentro de um processo de medidas adotadas para a conter as violações reiteradas aos Direitos Humanos na Comunidade de Paz. Nesse caso, especificamente, a CCC especifica comandos gerais emanados pela Corte IDH. Elege o Comandante da Brigada XVII das Forças Armadas como responsável por fiscalizar e identificar os militares que estariam atuando nos atentados contra a população.

Na MP de 24 de novembro de 2000, foi proferido um voto concorrente conjunto dos juízes Alirio Abreu e Sergio García Ramírez. Sustentaram em defesa da maior proteção possível das Medidas Provisórias proferidas nesse caso. Segundo eles, de fato é necessário a individualização de cada beneficiário a qual se dirige as medidas de proteção, em sede cautelar. Contudo em casos como o sub *judice*, não é possível precisar nominalmente cada beneficiário, tendo em visto fluxo de pessoas que circundam a zona de risco e a complexidade dos conflitos. Sendo assim, é necessário se tomar alguns parâmetros para tentar delimitar um espectro flexível das possíveis vítimas. Isso seria uma interpretação progressiva do art. 63.2 da CADH, em direção a uma maior proteção do indivíduo.

Na MP de 2 de fevereiro de 2006, o juiz, e então Presidente da Corte IDH, Antônio Augusto Cançado Trindade, proferiu voto concorrente onde destacou o processo de evolução do das Medidas Provisórias. Segundo ele, esse instituto teria sofrido uma evolução, passando a constituir uma verdadeira garantia judicial de caráter preventivo. Em casos como sub *judice*, é possível identificar uma clara postura de descumprimento das medidas por parte do Estado. Sendo assim, sua função deixa de ser meramente cautelar, passando a ser verdadeiramente tutelar, inclusive com capacidade de gerar responsabilidade internacional do Estado.

Na MP de 18 de junho de 2002, Cançado Trindade proferiu outro voto concorrente no sentido de reforçar o espectro de proteção dos Direitos Humanos. Sustentou o dever de solidariedade entre os estados, que possuem o dever de atuar conjuntamente na proteção dos Direitos Humanos. Segundo ele, "dentro de uma perspectiva verdadeiramente comunitária, a sorte de um se encontra inelutavelmente ligada a sorte dos demais". Destacou o artigo 47 da Convenção que prevê a possibilidade de petições inter-estatais, que poderia funcionar como uma espécie de Ação Popular Internacional. Sua função estaria ligada a um possível processo de formação de um *ordre public* internacional e de tomada de consciência dos estados para a construção de um bem comum, ou seja, um novo *jus gentium*.

A última Medida Provisória foi proferida no dia 5 de fevereiro de 2018, ou seja, 18 anos após o caso ter sido apreciado pela Corte pela primeira vez, sem que tenha sido analisado o fundo da causa. Isso revela o caráter sintomático de violação de Direitos

Humanos pelo Estado, que não cumpre de maneira satisfatória as decisões emanadas pelo Sistema Interamericano, bem como o caráter verdadeiramente tutelar do instituto das Medidas Provisionais.

4.5 – O Direito Internacional possui o condão de entrar e destravar a Sala de Máquinas?

Após essa investigação, retornamos ao nosso problema: a Corte Interamericana de Direitos Humanos possui o condão de avançar o processo de consolidação dos direitos nos Estados que aderiram a sua competência contenciosa? A resposta é sim!

A Colômbia é um exemplo claro disso e poder servir como um paradigma a ser seguido pelo Brasil, ou pelo menos uma referência de ponto de partida. Em 2011 foi criado o Sistema Nacional de Direitos Humanos no Estado colombiano com o objetivo primordial de dar efetividade com cumprimento dos Direitos Humanos no país, através do Decreto 4100 de 2 de novembro. Sua estrutura prevê uma série de compromissos concatenados entre diferentes instâncias e órgãos nacionais e internacionais destinadas a combater os problemas sociais mais graves e recorrentes. Estabeleceu-se um plano que vai de 2014 a 2034, com metas e objetivos específicos para uma construção democrática de proteção da pessoa²²⁶. Esse documento é acompanhado de um balanço onde é feito um levantamento e uma análise de tudo que foi e vem sendo feito para sua implementação²²⁷.

A Corte Constitucional Colombiana tem assumido uma postura ativista dialógica fundamental para o debate e a consolidação de fato dos Direitos Humanos no país. A ampliação dos canais de debates e do número de interlocutores tende a contribuir para oxigenação de ideias e para as capacidades institucionais de se encontrar soluções eficazes. Diferentemente do que ocorre no Brasil, é possível observar trabalho e resultados concretos no Colômbia. A sentença C-370 da CCC²²⁸, que envolveu ajuda humanitária a pessoas vítimas de deslocamento forçado, dedicou 28 das 472 páginas da sentença para dar cumprimento de incorporar questões próprias do SIDH advindas da

²²⁶http://www.derechoshumanos.gov.co/Observatorio/Publicaciones/Documents/2014/140815-estrategia_web.pdf. Acesso: 15/06/2020.

²²⁷<http://www.derechoshumanos.gov.co/Prensa/2018/Documents/Documento%20Balance%20Fase%20de%20Alistamiento.pdf>. Acesso: 15/06/2020

²²⁸ CCC, Sentencia C-370/06, Magistrados Ponentes: Humberto Antonio Porto, J: 18/05/06

CADH. Isso envolveu não só a aplicação da CADH, mas também os próprios parâmetros estabelecidos pela Corte IDH. Essa decisão teve um impacto direto para a criação da Lei de Justiça e Paz²²⁹, assim como outras decisões tiveram influência para a tipificação do delito de desaparecimento forçado de pessoas, limitação da competência da justiça militar, e afastamento das normas de autoanistia²³⁰.

Isso diz muito quando a capacidade do Estado de romper com suas estruturas internas truncadas e de difícil. Enquanto a Colômbia demonstra uma série de mecanismos e estruturas interdisciplinares e transnacionais, que envolvem os três poderes, o Brasil parece ter uma visão míope da rica gama de informações e aparato institucional que poderia contribuir de maneira decisiva para a solução de vários problemas sociais que reverberam ao longo dos anos e não encontram qualquer solução²³¹.

A violação de Direitos Humanos, muitas vezes ocorrem não apenas devido à escassez de recursos ou de pessoas capazes de atuar diretamente no problema, como comumente é alegado pelos Estados. Ainda que este seja um dos motivos, é possível pensar em formas alternativas e ações coordenadas entre órgãos e instituições nacionais e internacionais.

Em casos de extrema complexidade, como os que envolvam tráfico de drogas, guerra civil, no caso da Colômbia, bem como os problemas envolvendo a superpopulação população carcerária, autoanistia no Brasil, demandam ações mais enérgicas e interventivas, que a jurisdição interna de cada Estado muitas vezes não dá conta. O controle de convencionalidade realizado pela Corte IDH, portanto, pode ser uma forma de “destravar” os mecanismos institucionais estatais. Através de comandos flexíveis e específicos a Corte IDH pode realizar um diálogo construtivo e efetivo com os Estados membros, ajudando a iluminar o melhor caminho, assim como ocorreu no caso San José de Apartadó vs. Colômbia.

O controle de convencionalidade, realizado pela Corte IDH, encontra respaldo tanto na constituição do Brasil, quanto na constituição colombiana. A diferença está na

²²⁹ LEY 975 DE 2005. DIARIO OFICIAL 45.980. Colômbia.

²³⁰ AYALA CORAO, Carlos M. *La Ejecución De Sentencias De La Corte Interamericana De Derechos Humanos*. Estudios Constitucionales, Año 5 N° 1, Universidad de Talca, 2007. P. 127 a 201.

²³¹ ANTONIAZZI, Mariela Morales. Op. Cit. p. 154.

forma como o intérprete entende que esses dispositivos devem ser aplicados. Analisando ambos os casos, apenas a visão mais conservadora seria capaz de negar os evidentes ganhos em matéria proteção de direitos com a atuação do sistema interamericano de direitos humanos.

A busca pelo reconhecimento desses direitos tenta quebrar com a lógica clientelista hegemônica, na qual o poder público conforma juridicamente aquilo que ele, através de uma visão externa considera como suficiente. O sujeito, entendido em seu aspecto coletivo, deve ser visto pelo Estado por um viés centrípeto, no qual convergem para o centro as várias representações e demandas sociais. Ao contrário do que ocorre normalmente, onde se instaura uma legalidade monolítica que se espraia e oprime aqueles que não foram parte do seu processo de formação²³².

Cada Estado possui liberdade e autonomia para dispor da forma que achar devido sobre as normas e mecanismos institucionais de proteção dos direitos humanos. A jurisdição internacional possui competência subsidiária, ou seja, deve atuar quando todos os mecanismos estatais tiverem falhado. Porém, caso seja necessário, é dever do Estado dar a Corte IDH lugar de fala e importância devida e, principalmente, dar voz a aqueles silenciados e oprimidos pela história²³³.

²³² SOUSA JÚNIOR, José Geraldo. *Direito como liberdade: o direito achado na rua*. Porto Alegre: Safe, 2011.

²³³ CAPECCHI NUNES, Daniel. *O STF como Caixa de Ressonância: as demandas por direitos de minorias e a dimensão objetiva da impermeabilidade constitucional*. Revista da Procuradoria-Geral do Município de João Pessoa, 2018.

CONCLUSÃO FINAL

Por todo o exposto, foram trabalhadas as seguintes ideias ao longo dos capítulos desta dissertação.

No Capítulo 1 foi demonstrado as competências e atuação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, através de seus principais órgãos de proteção de Direitos Humanos, que são a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Foi discutido o problematizado o aparente hiato entre a expansão de sua jurisdição internacional e a sua abstenção política de interferir na esfera jurídica dos Estados.

Foi demonstrado que o papel da CIDH tem ganhado cada vez mais relevância no decorrer do tempo, tendo em visto seu caráter pré-jurídico e de capacidade de solução de controvérsias, sem que isso implique numa medida mais impositiva, como a responsabilização do Estado, pelo menos em um primeiro momento. Isso de maneira alguma diminui a importância dos julgamentos da Corte IDH. Pelo contrário, busca desafogar suas atividades e buscar uma solução mais rápidas e consensuais para os casos, sem evitando que isso implique em situações que fragilizem e afastem o cumprimento das obrigações internacionais contraídas pelos Estados.

No Capítulo 2, foram trazidas questões referentes ao Novo Constitucionalismo na América do Sul. Esse fenômeno representou a vitória da democracia e concretização de valores fundamentais insculpidos na fundação dos Estados, com rigidez constitucional. Porém esses valores por si só não foram capazes de gerar mudanças institucionais profundas e atingir os principais interessados: minorias étnicas e sociais que sofreram violações reiteradas de Direitos Humanos ao longo da história.

Comprovamos que o Brasil e a Colômbia são países paradigmáticos ao representarem tais mudanças, o primeiro com a Constituição de 1988 e o segundo com a Constituição de 1991. Ambos se inseriram dentro do segundo ciclo constitucionalista pluralista, de acordo com Raquel Fajardo, onde foram consolidados direitos das populações afrodescendentes e indígenas. Dentro os ganhos, está a maior permeabilidade ao Direito Internacional, que foi entendida e aplica de diferentes formas: de forma mais aberta pela Colômbia e de forma mais contida pelo Brasil.

No Capítulo 3, foi abordada a questão da abertura a jurisdição internacional dentro da perspectiva das Cortes Constitucionais da Venezuela, do Brasil e da Colômbia e o processo de integração entre o Direito Internacional e Constitucional. Apesar dos três países possuírem dispositivos semelhantes quanto a essa abertura, a jurisdição de cada um desses países interpretou e aplicou suas cláusulas de maneira distinta. Isso teve um impacto direto na capacidade do Estado de proteção do indivíduo e de solução do litígio estrutural existente entre seus órgãos.

Em um grau de receptividade, do menor para o maior, os Estados foram classificados quanto a sua receptividade: Venezuela, provinciano; Brasil, Nacionalista; e Colômbia, Cosmopolita. Foi demonstrado como que a maior receptividade ao Sistema Interamericano é importante para a proteção dos Direitos Humanos nos Estados, que sofrem historicamente com inúmeros problemas sociais, cada um com suas especificidades.

O Capítulo 4 buscou responder a pergunta a que norteou a presente pesquisa, com base na metáfora cunhada pelo professor Roberto Gargarella: teria o direito internacional o condão de destravar a sala de máquinas? Para isso, foi utilizado um estudo de casos que demonstra de maneira concreta a gravidade das violações de Direitos Humanos que ocorrem no Brasil, através da perspectiva de suas Cortes Constitucionais e da Corte Interamericana.

Concluimos que o Sistema Interamericano possui uma capacidade institucional ímpar de atuação na proteção dos Direitos Humanos. Apesar do fato das constituições cunhadas no bojo do Novo Constitucionalismo Sul-Americano trazerem uma série de promessas sociais, foi demonstrado que é preciso a coordenação entre todo o aparato burocrático dos Estados para que esses Direitos realmente sejam realidade. Para que isso aconteça, muitas vezes é necessária a atuação da Comissão e da Corte Interamericana para que as engrenagens funcionem de maneira harmônica e construtiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, B. A. (1991), *We the People. Foundations*. Volume 1, Cambridge: Harvard University Press.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. *El Control de Convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos*. ReDCE núm. 19. Enero-Junio de 2013. Disponível em: http://www.ugr.es/~redce/REDCE19/articulos/08_NOGUEIRA.htm. Acesso: 09/08/2018.

AMARAL, Karina Almeida do. *O recurso de amparo como instrumento de proteção aos direitos fundamentais e sua relação com a arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Anuario de derecho constitucional latino-americano, Año XVIII, PP. 13-35. BOGOTÁ, 2012.

ARAÚJO, David Pereira de Araújo. *O Estado de Coisas Inconvencional*. Governador Valadares: Trabalho de Conclusão de Curso pela Universidade Federal de Juiz de Fora, campus GV, 2017.

ARAÚJO, Luis Cláudio Martins. *O Diálogo Institucional ente Cortes Constitucionais: uma nova racionalidade argumentativa justificada pelos diálogos institucionais transnacionais*. Revista da AGU, Brasília-DF, ano XIII, n. 39, p. 226-252, jan./mar. 2014.

ANTONIAZZI, Mariela Morales. *"La Interamericanización a la Luz del Pluralismo Dialogico: Un Aporte al Ius Constituionale Commune."* Inter-American and European Human Rights Journal, vol. 9, no. 1, 2016, p. 138-161.

AYALA CORAO, Carlos M. *La Ejecución De Sentencias De La Corte Interamericana De Derechos Humanos*. Estudios Constitucionales, Año 5 N° 1, Universidad de Talca, 2007. P. 127 a 201.

BELLO, Enzo. *Cidadania, alienação e fetichismo constitucional*. In: Enzo Bello; Martonio Mont'Alverne Barreto Lima. (Org.). *Direito e Marxismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 07-33.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo : os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo / Luís Roberto Barroso. – 7. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.*

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (REFE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº9, março/abril/maio, 2007.

_____. *A efetividade das normas constitucionais: por que não uma Constituição para valer?* In: *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2012.

_____. *A doutrina brasileira da efetividade*. In: *Temas de direito constitucional*, t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BUERGENTHAL, Thomas. *Recordando los inicios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. New York University Journal of International Law and Politics, nº 2, v. 37, 2005. Tradução: IIDH

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da Inconstitucionalidade por omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional*. Rio de Janeiro. Tese de Doutorado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2015.

_____. *Estado de Coisas Inconstitucional* [online]. In: JOTA Artigos, 4 de maio de 2015.

CAPPECHI, Daniel. *Corte Constitucional da Colômbia: os cem anos de solidão da jurisdição constitucional*. In: Rodrigo Brandão (ORg.) Cortes Constitucionais e Cortes Supremas. Salvador: Juspodvum, 2017, p. 103 e ss.

_____. *O STF como Caixa de Ressonância: as demandas por direitos de minorias e a dimensão objetiva da impermeabilidade constitucional*. Revista da Procuradoria-Geral do Município de João Pessoa, 2018.

CARLOS SÁCHICA, Luis. *La Constitución Colombiana: cien años haciéndose*. Universidade Nacional Autónoma de México. Primeira edición. México: 1982.

CARVALHO RAMOS, André de. *Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional*. Revista da Faculdade de Direito Universidade de São Paulo, v. 106/107. p. 497 - 524. jan./dez. 2011/2012.

_____. *Supremo Tribunal Federal Brasileiro e o Controle de Convencionalidade: levando a sério os tratados de Direitos Humanos*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 104, jan/dez. 2009, p. 241-286.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 19ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

CARVALHO, Thales Leonardo. *A clausula democrática do Mercosul e as interrupções de mandatos presidenciais*. In: Conjuntura Internacional, v. 24, n. 1, p.25-38, Belo Horizonte: 2017.

CAUSANILHAS, Tayara. *O Caso Olmedo Bustos e Otros vs. Chile (2001) – Liberdade de Expressão e a Última Tentação de Cristo*. Disponível em: <https://nidh.com.br/o-caso-olmedo-bustos-e-otros-vs-chile-2001-liberdade-de-expressao-e-a-ultima-tentacao-de-cristo/>. Acesso: 12/08/2018.

Convención Americana sobre Derechos Humanos : comentada / coordinadores Christian Steiner, Patricia Uribe ; contribuciones Federico Andreu... [et al.] ; [la compilación, diagramación y diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica ; coordinación editorial Nadya Hernández Beltrán y Ginna Rivera Rodríguez ; prólogo Juan N. Silva Meza ; prefacio Diego García-Sayán ; presentación Dean Spielmann]. -- México : Suprema Corte de Justicia de la Nación ; Bogotá, Colombia : Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2014.

CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. *Tratado de direito comparado: introdução ao direito comparado*. Rio de Janeiro, 1998, p. 339. SILVA, José Afonso da. *Um pouco de Direito Constitucional Comparado*. São Paulo: Malheiros, 2009.

CYRILLO DA SILVA, Carolina Machado. *La posición jerárquica del derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones sudamericanas*. *Contextos*, Buenos Aires, n.06, p.124-135, set. 2013. Disponível em: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/contextos/article/view/2852/2654>. Acesso: 17/12/2019.

DOLINGER, Jacob. *A nova constituição e o direito constitucional*. Universidade da Califórnia: Livraria F. Bastos, 1987.

DUSSEL, Enrique. *Política de la liberación: arquitectónica*. Madrid: Trotta, vol. II, 2009.

ESTRADA, Mayra Alejandra Córdoba. *Análisis de la legitimidad del acuerdo final para la paz en Colombia*. Relatório final, apresentado al curso de Pós- graduação em Direito de la Facultad de Derecho de la Universidade Federal do Rio de Janeiro-UFRJ. Rio de Janeiro: 2019.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. *The Inter-American System for the Protection of Human Rights : Institutional and procedural aspects / Héctor Faúndez Ledesma*. -- 3 ed. -- San José, C.R. : Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008.

FAVOREU, Louis. El bloque de la constitucionalidad. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, n. 4.

FERNANDES, Eric Baracho Dore Fernandes. Ferreira, Siddharta Legale. *O controle jurisdicional das omissões legislativas no novo constitucionalismo latino-americano: um estudo comparado entre Brasil e Colômbia*. In: Gustavo Sampaio; Julia Ximenes. (Org.). *Instituições políticas, Administração pública e jurisdição constitucional - XXI Congresso Conpedi UFF*. 1ed.Niterói: FUNJAB, 2013, v., p. 174-203.

FUENTES CONTRERAS, Edgard Hernán. *Materialidad de la Constitución: La Doctrina del Bloque de Constitucionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2010, p. 196.

GARCÍA, Hernán Alejandro Olano. *Teoría del control de convencionalidad*. *Estudios Constitucionales*, Año 14, Nº 1, 2016.

GIAMBIAGI, F., CASTRO, L. B., VILLELA, A., HERMANN, J. *Economia Brasileira Contemporânea, 1945-2004*. São Paulo: Campus, 2004. P. 69 e ss.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica*, 3a. ed. rev., atual e ampl., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

GONÇALVES, Tamara Amoroso. *Direitos Humanos das Mulheres e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos/ Tamara Amoroso Gonçalves*. – Trad. De notas e citações Luciana Yonekawa. – São Paulo: Saraiva, 2013; e KOCH, Camila de Oliveira.

Crêterios de judicializa o de casos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos/Camila de Oliveira Kick. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

GARGARELLA, Roberto. *Constitucionalismo latino-americano: a necessidade prioritária de uma reforma política*. In: Constituinte exclusiva: um outro sistema político   possível. P. 9-19. São Paulo, Editora Expressão Popular, 2014.

_____. *Tribunales Internacionales y Democracia: enfoques deferentes o de interferência*. Revista Latinoamericana de Derecho Internacional, N. 4, 2016. Disponível em: Número 4 (<http://www.revistaladi.com.ar/ladi/numero-4/>). Acesso: 24/08/2019.

_____. COURTIS, Christian. *El nuevo constitucionalismo latino-americano: promesas e interrogantes*. CEPAL. Santiago de Chile: Asdi. 2009.

GOMES, Laurentino. *1808*. São Paulo: Planeta, 2007.

GUERRA, Sidney. *Controle de Convencionalidade*. Revista Jurídica UNICURITIBA. V.n.46, Curitiba, 2017, pp. 1-21. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1994/1275>. Acesso: 09/08/2018.

_____. *O sistema interamericano de prote o dos Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____; VAL, E. M; VASCONCELOS, R; LEGALE, S. *Comentários   Conven o Americana de Direitos Humanos: Pacto de São José da Costa Rica*. Organiza o Científica: Sidney Guerra, Eduardo Manuel Val Raphael Vasconcelos. Organiza o Técnica: Siddharta Legale. Curitiba: Instituto Memória Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2019.

HEYNS, Christof; PADILLA, David; ZWAAK, Leo. *A schematic comparison of regional human rights systems: an update*. *Sur, Rev. int. direitos human.*, São Paulo, v. 3, n. 4, p. 160-169, June 2006. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452006000100010&lng=en&nrm=iso>. access on 14 Dec. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S1806-64452006000100010>.

HUALDE, Maria Cecilia López. *La Denuncia De Venezuela A La Convención Americana Sobre Derechos Humanos: Su Impacto Sobre El Proceso De Fortalecimiento Del Sistema Interamericano De Protección De Derechos Humanos*. In: *Instituto de relaciones Internacionales*. Disponível em: http://www.iri.edu.ar/images/Documentos/CENSUD/boletines/44/art_lopez_hualde.pdf. Acesso: 28/08/2019.

HURTADO, M nica. *Proceso de Reforma Constitucional y Resolución de Conflictos em Colômbia: el frente nacional de 1957 y la constituyente de 1991*. Revista de Estudios Sociales n  23. Colômbia: 2006. P. 97-104.

KERCHE, Fábio. *Autonomia e Discricionariedade do Ministério Público no Brasil*. Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol.50, n  2, 2007.

KELSEN, Hans, 1881-1973. *Teoria pura do direito* / Hans Kelsen ; [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1998.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

LEGALE, Siddharta. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional Transnacional*. Rio de Janeiro: Tese de doutorado pelo Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional pela UERJ, 2017. *Mimeo*.

_____. O Recurso Extraordinário com Repercussão Geral como metadecisão. Disponível em: <https://jota.info/artigos/o-recurso-extraordinario-com-repercussao-geral-como-metadecisao-18022016>. Acesso: 17/12/2019.

_____. *Standards: o que são e como cria-los?* Revista da Escola de Magistratura do Estado do Ceará, 2016. Disponível em: <http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/viewFile/132/128>. Acesso: 12/08/2018.

_____; ARAÚJO, David Pereira de. *O estado de coisas inconvenional: trazendo a corte interamericana de direitos humanos para o debate sobre o sistema prisional brasileiro*. In: Siddharta Legale; Eduardo Manuel Val. (Org.). *Novos diálogos entre o direito constitucional e o direito internacional*. 1ed. Rio de Janeiro: Multifoco, 2018, v. 1, p. 169-189.

_____; CAUSANILHAS, Tayara. *O caso Schmidt, a liberdade de expressão e a rivalidade entre a Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos nos anos 1980*. Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos da UFRJ, v. 1, n. 1. 2018.

_____, Siddharta; FERNANDES, Eric Baracho Dore. *O STF nas “cortes” Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes*. Revista Direito GV, São Paulo, v. 9, n. 1, Junho 2013, p. 23-35. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322013000100002&lng=en&nrm=iso.

_____; MACEDO, Marco Antônio F.. *A Corte Moreira Alves (1975-2003): a judicatura de um civilista no STF e o controle de constitucionalidade*. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, v. 2, p. 1-32, 2012. Disponível em: <http://ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/745/538> Acesso em: 01.08.2014.

_____; VAL, Eduardo Manuel. *As “mutações convencionais” do acesso à Justiça Internacional e a Corte Interamericana de Direitos Humanos*. In: VAL, Eduardo Manuel; BONILLA, Haideer Miranda (org.). *Direitos humanos, direito internacional e direito constitucional: judicialização, processo e sistemas de proteção I*. 1ed. Florianópolis: CONPEDI, 2017.

_____; SILVA, Luiz Octávio Pinheiro Carvalho. *Controle difuso de constitucionalidade e recurso extraordinário*. 1. ed. Rio de Janeiro: Multifoco, 2016.

_____; VAL, Eduardo Manuel. *A Corte Gilmar Mendes revisitada (2008-2010): mais ativismo no Supremo Tribunal federal?* In: BELLO, Enzo (Org.). *Ensaio*

críticos sobre direitos humanos e constitucionalismo. 1ª ed. Caxias do Sul: EDUCS, 2012, p. 103-126. Disponível em: www.ucs.br/site/midia/.../Ensaio_criticos_sobre_direitos_humanos.pdf .

LEONEL JUNIOR, Gladstone. *O novo constitucionalismo latino-americano: um estudo sobre a Bolívia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como morrem as democracias*. Jorge Zahar Editor Ltda: Rio de Janeiro, 2018.

LOPES SALDANHA, Jânia Maria; MORAIS BRUM, Márcio. *El margen nacional de apreciación y su (in)aplicación por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de amnistía: una figura hermenéutica al servicio del pluralismo ordenado?*. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, [S.l.], jan. 2015. ISSN 2448-7872. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/489>. Fecha de acceso: 26 aug. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.1016/j.amdi.2015.06.003>.

Madison, *The Federalist Papers*, nº 10.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O novo §3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia*. Brasília: Revista Legislativa, a. 42, n. 167, jul/set. 2005, p. 111. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/739/R167-08.pdf?sequence=4>. Acesso: 11/08/2018.

_____. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges. *O caso da fragata ara libertad: a ampliação da jurisdição internacional the ara libertad case: the expansion of international jurisdiction*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=382e69243f57d266>>. Acesso: 28/08/2019.

MORAES, Guilherme Peña. *Constitucionalismo multinacional: uso persuasivo da jurisprudência estrangeira pelos tribunais constitucionais/ Guilherme Peña de Moraes, com um ensaio de Toni Jaeger-Fine*. - - São Paulo: Atlas, 2015.

OLIVEIRA, Thiago Aleluia Ferreira de; VAL, Eduardo Manuel. *O controle jurisdicional de convencionalidade: a práxis dos Tribunais Constitucionais do Chile e Brasil. Justiça e Cidadania na América Latina: debates no século XXI*. 1ed. Capivari de Baixo: Fucap, 2016, v. 1, p. 121-139.

ORLANDO METO, Jorge. *Resumen Del Acuerdo De Paz*. Rev. econ. inst., Bogotá , v. 18, n. 35, p. 319-337, July 2016 . Available from <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-59962016000200019&lng=en&nrm=iso>. access on 09 May 2020. <http://dx.doi.org/10.18601/01245996.v18n35.19>.

PADILLA, David J. *La Comision Interamericana de Derechos Humanos*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a12059.pdf>. Acesso: 24/08/2019.

PALACIOS, Marcos. *Entre la legitimidade y la violència: Colombia 1875-1994* – 2ª ed. – Bogotá: Editorial Norma, 2003.

PEDRO SAGÜES, Nestor. *Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana, em el control de convencionalidad*. In: Pensamiento Constitucional N° 20, 2015.

PEREIRA, Antônio Celso Alves. *Apontamentos sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos*. In: Revista da EMERJ, v. 12, nº 45, 2009.

PINTO, Mónica. *El principio pro homine. Critérios de hermenêutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*. Disponível: http://repositoriocdpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/594/CL_PintoM_PrincipioProHomine_1997.pdf?sequence=1. Acesso: 12/08/2018.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Diálogos entre jurisdições*. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 19 – jan./jun. 2012.

_____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional internacional*. – 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando. *El Control de Convencionalidad y el sistema colombiano*. In: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucioal*. Num. 12, julio-diciembre, 2009, pp. 163-190.

REIS, Rossana Roch. *O futuro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos: a atuação da CIDH dos processos de ruptura democrática*. Revista Direito e Práxis, vol. 8, N. 2, Rio de Janeiro: 2017.

SÁNCHEZ GÓMEZ, Gonzalo. *Guerra y política en la sociedade colombiana*. El Áncora Editores. Bogotá: 1991.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direito constitucional: história, teoria e métodos*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

SILVA, Ângela Vitória Andrade Gonçalves; PÊGAS, Lucas Tavares Pereira. *Barrios Altos vs. Peru: As origens do Controle de Convencionalidade*. Disponível em: <https://nidh.com.br/category/casoteca/page/2/>. Acesso: 12/08/2018.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SKIDMORE, Thomas. *Brasil: de Castelo a Tancredo 1964-1985*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1994, p. 291.

_____. *Uma história do Brasil*/tradução de Raul Filker. São Paulo: Paz e Terra, 1998.

SOUSA, Adriano Corrêa. A emancipação como objetivo central do novo constitucionalismo latino-americano: os caminhos para um constitucionalismo da libertação. IN: VAL, Eduardo Manuel. BELLO, Enzo. (Org.) O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano.. Caxias do Sul: Educs, 2014.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo. *Direito como liberdade: o direito achado na rua*. Porto Alegre: Safe, 2011.

TRINDADE, Antônio Augusto. *Direito Internacional e Direito Interno: sua interação na proteção dos Direitos Humanos*. In: SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Geral do Estado. Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996b, p. 7. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/22361-22363-1-PB.pdf>.

Acesso: 11/08/2018.

_____. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1999. v. 3.

_____. *El ejercicio de la función judicial internacional*. Belo Horizonte: Delrey, 2017.

_____. *The Access of Individuals to Internatinal Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

UPRIMNY, Rodrigo. *El bloque de constitucionalidad en Colombia*. Disponível em: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_46.pdf?x39172. Acesso: 02/08/2018.

_____. *Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: Tendencias y desafíos*. En: Pensamiento penal, Nº 122. Viedma: Asociación de Pensamiento penal, 2011. Disponível em: <http://www.pensamientopenal.com.ar/node/28469>. Acesso: 11/08/2018.

VAL, Eduardo Manuel. *Reflexões sobre a prática e o discurso docente no ensino jurídico no Brasil e na Argentina (1985-2000) em particular na disciplina de direitos humanos / Eduardo Manuel Val ; orientador: Nádia de Araújo. – Rio de Janeiro : PUC, Departamento de Direito, 2006.*

_____; FARIAS, Ramires Rosana Laura de Castro; GOMES, Evandro Pereira Guimarães Ferreira. *Corte Interamericana de Derechos Humanos e os Tribunais Brasileiros no Controle Difuso de Convencionalidade: O reconhecimento e cumprimento das decisões internacionais no Brasil. 5º Seminário Interdisciplinar em Sociologia e Direito*, Niterói, v. 20, n. 5, p.236-266, 14 out. 2015.

_____. SILVA, Paulo José. *Reforma Constitucional Para Ratificação De Tratados Internacionais De Direitos Humanos: O Fracasso Da Emenda Constitucional 45/2004*. Revista internacional Consinter de direito, ano III, Nº V, 2º SEM. 2017.

VÉASE GONZÁLEZ MORALES, Felipe. “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: antecedentes, funciones y otros aspectos”, en *Anuario del Centro de Derechos Humanos*. Universidad de Chile, Santiago, Chile. Número 5. Julio de 2009.

VALLE, Vanice Lirio do. *Sindicar a omissão legislativa*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

VASCONCELOS, Raphael Carvalho. *El Derecho Internacional Contemporáneo y la Ciencia Política: entre la Comprensión y la Modulación. Curso de Derecho Internacional*. 1ed. Washington DC: OAS/OEA, 2017, v. XLIII, p. 364-477.

VELOSO, Fernando A.; VILLELA, André; GIAMBIAGI, Fabio. *Determinantes do "milagre" econômico brasileiro (1968-1973): uma análise empírica*. Rev. Bras. Econ., Rio de Janeiro, v. 62, n. 2, p. 221-246, June 2008. ARAÚJO, Luis Cláudio Martins. *O Diálogo Institucional ente Cortes Constitucionais: uma nova racionalidade argumentativa justificada pelos diálogos institucionais transnacionais*. Revista da AGU, Brasília-DF, ano XIII, n. 39, p. 226-252, jan./mar. 2014.

VENTURA, Deisy. CETRA, Raísa Ortiz. *O Brasil e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: de Maria da Penha à Belo Monte*. In: José Carlos Moreira da Silva Filho e Marcelo Torelly (orgs.). *Justiça de Transição nas Américas: olhares interdisciplinares, fundamentos e padrões de efetivação*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

VICIANO PASTOR, Roberto & MARTINEZ DALMAU, Rubén. *Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Corte constitucional del Ecuador para el período de transición: el nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador.

_____ . *El processo constiuyente venezolano em el marco del nuevo constitucionalismo latino-americano*. Ágora-Revista de Ciências Sociais, n° 13, 2005, pp. 55-68.

WOLKOMER, Antonio Carlos. *Pluralismo e Crítica do Constitucionalismo na América Latina*. In: Para além das fronteiras: o tratamento jurídico das águas na Unasul. Part1./Atônio Carlos Wolkomer... [et. al.]; Org: Germana de Oliveira Moraes, Marcos Leite Garcia, Flávia Soares, Marcos Leite Garcia, Flávia Soares Unneberg. – Dados eletrônicos. – Itajaí: UNIVALI, 2012. – (Coleção Osvaldo Ferreira de Melo; v. 2).

WOLKMER, Antonio Carlos e FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. *Pensar – Revista de Ciências jurídicas* v. 16, n. 2 de jul./dez., 2011. <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2158>. Acesso: 17/12/2019.

YRIGOYEN FAJADO, Raquel Z. *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la decolonización*. In: GARAVITO, César Rodríguez (coord.). *El Derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 139-159.