

**IX ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI QUITO - EQUADOR**

**NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-
AMERICANO I**

LITON LANES PILAU SOBRINHO

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSC – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

N935

Novo Constitucionalismo Latino-Americano I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UASB

Coordenadores: Liton Lanes Pilau Sobrinho; Alejandro Marcelo Medici; Sérgio Henriques Zandona Freitas. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-677-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Pesquisa empírica em Direito: o Novo Constitucionalismo Latino-americano e os desafios para a Teoria do Direito, a Teoria do Estado e o Ensino do Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. IX Encontro Internacional do CONPEDI (9 : 2018 : Quito/ EC, Brasil).

CDU: 34



IX ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI QUITO - EQUADOR

NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO I

Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos o Grupo de Trabalho e Pesquisa (GT 1) denominado “NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO I” do IX Encontro Internacional do CONPEDI Quito/Equador promovido pelo CONPEDI em parceria com a Universidad Andina Simón Bolívar (UASB), e apoio do Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN) e da Pontificia Universidade Católica del Ecuador (Puc-Ecuador). O evento teve enfoque na temática “Pesquisa empírica em Direito: o Novo Constitucionalismo Latino-americano e os desafios para a Teoria do Direito, a Teoria do Estado e o Ensino do Direito”, e realizado entre os dias 17 e 19 de outubro de 2018 na Faculdade de Direito (Edifício Antonio José de Sucre), no Campus da Universidad Andina, na Calle Toledo n 22-80 (Plaza Brasilia) – Cidade de Quito/Equador.

Trata-se de publicação que reúne artigos de questões diversas, atinentes às temáticas envolvidas no novo constitucionalismo latino-americano, observado o movimento atual, em especial, ao completar dez anos da promulgação da Constituição de Montecristi (Constituição Equatoriana de 2008) e de nove anos da Constituição da Bolívia. Os textos são apresentados e discutidos pelos autores e coordenadores no âmbito do Grupo de Trabalho e Linha de pesquisa. Compõe-se de artigos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação, em especial do Brasil e do Equador, que colocam em evidência para debate da comunidade científica assuntos jurídicos relevantes: a relação entre direitos e organização do poder; as principais contribuições e limites do novo constitucionalismo; a avaliação das inovações constitucionais aliados a ideia de novos direitos e novas perspectivas jurídicas.

Assim, a coletânea reúne gama de artigos que apontam questões relativas ao processo de internacionalização do direito via direitos humanos: um olhar sobre as perspectivas regionais e mundiais; a dignidade humana e garantia do “mínimo existencial”: eixos fundamentais do estado democrático de direito no constitucionalismo social; as perspectivas decoloniais do novo constitucionalismo latino-americano. No GT abordado ainda, em exame comparativo de sistemas, os elementos do novo constitucionalismo latino-americano na Constituição Equatoriana de Montecristi (2008); la reparación integral en la constitución del Ecuador un concepto en constante evolución; o descompasso brasileiro no neoconstitucionalismo latino-americano; o inaudível lamento dos povos amazônicos - o índio visto como ser “a-histórico”

e a exploração mineral em terras indígenas brasileiras e equatorianas; e o processo de constitucionalização da paz na Colômbia: diálogo com o tratado de paz. Finalmente, temáticas específicas, tendo como foco a coparentalidade como novo modelo de entidade familiar; e-mails para a posteridade: direito à herança versus direito à privacidade; e a operacionalização constitucional democrática da lei federal brasileira nº 13.019/2014: anotações técnicas e processuais para implementação de novos direitos.

Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos. Percebe-se uma preocupação salutar dos autores em combinar o exame dos principais contornos teóricos dos institutos, aliando a visão atual de efetividade dos direitos humanos nas várias constituições latino-americanas. A publicação apresentada ao público possibilita acurada reflexão sobre tópicos avançados e desafiadores do Direito Contemporâneo. Os textos são ainda enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira a possibilitar um intercâmbio essencial à busca de soluções para as imperfeições do sistema constitucional regional e mundial.

É imprescindível dizer que os trabalhos apresentados são de extrema relevância para a pesquisa em direito no Brasil, no Equador e, em especial, na América Latina, demonstrando notável rigor técnico, sensibilidade e originalidade, desenvolvidos em uma perspectiva contemporânea.

A presente publicação coletiva demonstra uma visão lúcida e enriquecedora sobre a originalidade e vigência das constituições inovadoras da América Latina, suas problemáticas e sutilezas, sua importância para o direito e os desafios na temática para o século XXI, pelo que certamente será de vigorosa aceitação junto à comunidade acadêmica.

O fomento das discussões a partir da apresentação de cada um dos trabalhos ora editados, permite o contínuo debruçar dos pesquisadores do Direito sobre problemas sociojurídicos como o extrativismo, o papel do estado, o modelo econômico, as subjetividades, as formas de propriedade e a plurinacionalidade nos marcos das teorias do direito, do estado e da democracia; visando ainda o incentivo aos demais membros da comunidade acadêmica à submissão de trabalhos aos vindouros encontros e congressos do CONPEDI.

Sem dúvida, esta publicação fornece instrumentos para que pesquisadores e aplicadores do Direito compreendam as múltiplas dimensões que o mundo contemporâneo assume na busca da conjugação da promoção dos interesses individuais e coletivos para a consolidação de uma sociedade dinâmica, multifacetada e de consenso.

Na oportunidade, os Organizadores prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) e da Universidad Andina Simón Bolívar (UASB) e, em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação, com destaque pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Convida-se a uma leitura prazerosa dos artigos apresentados de forma dinâmica e comprometida com a formação de pensamento crítico, a possibilitar a construção de um Direito voltado à concretização de preceitos democráticos e de direitos humanos e fundamentais, insculpidos no novo constitucionalismo latino americano.

Quito/Equador, outubro de 2018.

Professor Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho

Universidade Vale do Itajaí / Universidade de Passo Fundo

liton@upf.br

Professor Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas

Universidade FUMEC / Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP)

sergiohzf@fumec.br

O PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO VIA DIREITOS HUMANOS: UM OLHAR SOBRE AS PERSPECTIVAS REGIONAIS E MUNDIAIS
EL PROCESO DE INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO VIA DERECHOS HUMANOS: UNA MIRADA SOBRE LAS PERSPECTIVAS REGIONALES Y MUNDIALES

Daiane Moura De Aguiar ¹
Augusto Rodrigues Porciuncula ²

Resumo

Trabalhar a temática da internacionalização do direito por meio dos direitos humanos e o diálogo entre as estruturas jurídicas nacionais e internacionais é um sinal de novos tempos que se desvelam. O presente artigo analisa esse processo com base nas perspectivas regionais e mundiais, apontando alternativas no fortalecimento do diálogo das jurisdições.

Palavras-chave: Palavras- chave: internacionalização do direito, Direitos humanos, Diálogo entre jurisdições

Abstract/Resumen/Résumé

Trabajar la temática de la internacionalización del derecho a través de los derechos humanos y el diálogo entre las estructuras jurídicas nacionales e internacionales es un signo de nuevos tiempos que se desvelan. El presente artículo analiza este proceso con base en las perspectivas regionales y mundiales, apuntando alternativas en el fortalecimiento del diálogo de las jurisdicciones.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Palabras clave: internacionalización del derecho, Derechos humanos, Diálogo entre jurisdicciones

¹ Doutora em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestra em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS).

² Mestrando em Direito pela Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU – SP.

Introdução.

Apresentar novas realidades e novos caminhos na lógica da internacionalização do direito e seus diálogos jurisdicionais demonstram que ambos operam num movimento de um pelo outro como aponta a doutrina especializada. Perfazer esse caminho por meio dos direitos humanos, levando em consideração a necessidade de que a internacionalização do direito via direitos humanos é um irreduzível a esse processo é um dos objetivos propostos.

Para tanto, a vertente de análise escolhida ao presente trabalho apresenta o estudo dos diálogos entre as jurisdições nacionais e internacionais com parte do processo de internacionalização do direito. Assim, o presente trabalho é dividido em duas partes. Na primeira se explora o movimento de internacionalização do direito a partir dos direitos humanos.

De outra banda, na segunda parte, analisamos os diálogos das jurisdições, sejam elas nacionais ou internacionais, levando em conta a teoria do dialogo concertado e descontrolado de Burgorgue-Larsen. Tais fertilizações recíprocas apresentadas buscam demonstrar a riqueza que as cortes nacionais latino americanas e seu sistema regional de proteção de direitos humanos trazem como contributo a internacionalização do direito pela via dos direitos humanos.

1. O movimento da internacionalização e seu movimento pelos Direitos Humanos.

Trabalhar a temática da internacionalização do direito por meio dos direitos humanos e o diálogo entre as estruturas jurídicas nacionais e internacionais é um sinal de novos tempos que se desvelam. A jurisdição nacional e seus sistemas de justiça enfrentam um período em que o conhecimento ou desconhecimento desse cenário inter-relacionando lançam desafios que exigem respostas que transcendem o âmbito estatalista. Para tanto, o estudo da internacionalização do direito a partir da proteção dos direitos humanos cria pontos de contato entre no discurso geral do direito e permitem um diálogo adequado do direito interno ao direito internacional.

Como bem aponta Delmas- Marty (2004) os Direitos Humanos possuem uma vocação ao movimento de internacionalização, medida em que, é a partir

deles que podemos falar de uma nova ordem global na esfera internacional. Dito de outro modo, as atrocidades cometidas no período da segunda guerra mundial apontam que tanto as estruturas estatais postas, quanto a dependência do direito internacional da figura do Estado como principal sujeito não foram suficientes para evitar a violação sistemática de Direitos Humanos nunca antes visto na idade moderna.

Para tanto, a ideia de diálogo entre as jurisdições pelo movimento que apresenta a análise dos Direitos Humanos sob o viés de tensões constantes por meio da internacionalização do Direito. Deve ficar claro que a internacionalização não é uma categoria de Direito Interno ou Internacional, sendo esse um movimento de um pelo outro ou um no outro. Com efeito, a análise das tensões do Interno/ Internacional, Local/ Global tendo como pauta os Direitos Humanos como irreduzível mínimo frente ao processo de Globalização/ Mundialização e Universalização é o ponto determinante para compreender o que se busca com a internacionalização do direito. (Delmas-Marty 2004). Nesse sentido, a ideia de mundialização, universalização, globalização deve ser diferenciada, na medida em que, a mundialização remete à difusão espacial de um produto, de uma técnica ou de uma ideia. A universalidade implica em compartilhar de sentidos. Difusão espacial de um lado, compartilhar os sentidos de outra, estas duas fórmulas descrevem muito bem a diferença que separam os dois fenômenos que denominará globalização para a economia e universalização para os direitos do homem, guardando assim o termo mundialização uma neutralidade que ele jamais perderá caso não se resigne rapidamente ao primado da economia sobre os Direitos do Homem. (DELMAS-MARTY,2003)

Nesse mesmo sentido, aponta Cançado Trindade (2008) que dentro de uma perspectiva histórica a dimensão interestatal, agora ultrapassada, onde o estado mantinha o monopólio como sujeito de direito internacional apresentou consequências desastrosas para a humanidade. As atrocidades sucessivas e as milhões de vítimas no curso do século XX e do século XXI são as tristes ilustrações desse conceito ultrapassado.

Assim, os esforços da doutrina jus internacionalista, a partir da segunda década do século XX, em apontar as carências dessa visão puramente interestatal é o ponto de mutação para restaurar a pessoa humana como ponto central do direito das gentes. Por sua vez, a reação a uma consciência jurídica

universal, somente é datada a partir da declaração universal dos direitos do homem, portanto, uma emancipação do homem frente ao seu próprio estado. (CANÇADO TRINDADE, 2008).

Desse modo, pode-se apontar um panorama geral da evolução dos direitos humanos como transição entre o direito estatal clássico e o direito internacional clássico. Nesse sentido, essa internacionalização do direito pela via dos direitos humanos é realizada sempre, levando em consideração as estruturas tanto regionais, quanto globais de Direitos Humanos por meio do diálogo entre os juízes.

O diálogo entre juízes, antes de mais nada, pode ser visto na própria comunidade europeia, como bem aponta Figueiredo (2013) tanto a corte europeia de justiça, quanto a corte europeia de direitos humanos desenvolvem um papel essencial no desenvolvimento da jurisprudência em relação ao reconhecimento dos direitos humanos. Ressalta que o juiz comunitário europeu se inspira nas tradições constitucionais comuns dos estados membros, assim como nos instrumentos internacionais relativos a proteção dos direitos humanos segundo as disposições contidas na Carta Europeia de Direitos Humanos. Para o autor, os direitos humanos na Europa parecem apontar para esse caminho. O respeito dos direitos humanos é uma condição de validade ou de legalidade dos atos comunitários.

Em contrapartida, dialogando com a realidade latino-americana essa questão não se discute, na medida em que, não se pode falar em um direito comunitário na região. Evidentemente, o direito comunitário europeu possui na supranacionalidade da União Europeia um novo sujeito de direito internacional, significando que o Estado Membro mantém sua existência e titularidade de sua soberania, mas enxergam as decisões da corte, dentro de suas competências, como prevalentes.

Em um menor grau, esse cenário de interpenetração recíproca entre o direito constitucional e o direito internacional também é presente na América Latina, a exemplo disso, em geral, as constituições são abertas aos principais *standards* do direito internacional, quais sejam, a proteção dos direitos humanos, a garantia dos princípios democráticos e os princípios da ordem econômico internacional. (HERDEGEN, 2010)

Nesse sentido, as constituições de diversos países abraçam em seus textos de internacionalização do direito, prova disso, são os cenários tendentes nas constituições latino-americanas em apontar a integração como marco inicial de um direito supranacional.¹

Como bem aponta Caçado Trindade (2006), descartada a compartimentalização teórica entre o direito internacional e interno, hoje, com a interação dinâmica entre um e outro no domínio da proteção o próprio direito enriquece e se justifica, na medida em que, sua última missão é fazer justiça. No presente contexto o direito internacional e o interno interatuam e se auxiliam mutuamente no processo de expansão e fortalecimento do direito de proteção do ser humano. Para o autor é alentador constatar que o direito internacional e o direito interno, enfim, apontam na mesma direção, qual seja, a proteção do ser humano em qualquer que seja a circunstância.

Para tanto, essa conjuntura atual pode ser apontada com as decisões de alguns casos oriundos da Corte Interamericana de Direitos Humanos que apontam para o fortalecimento deste pensamento tanto na ordem interna como internacional. Para tanto, o ponto essencial é estudar, nesse sentido, a internacionalização nas decisões.

Partindo da análise das convergências entre a corte interamericana de direitos humanos e o processo evolutivo do diálogo com as cortes constitucionais nota-se que o próprio sistema interamericano de direitos humanos é estruturado em dois grandes níveis o nacional que se estrutura na obrigação do estado em garantir as liberdades reconhecidas nos instrumentos interamericanos de direitos humanos, assim como coordenar e reparar as violações desses direitos.

Como já está previsto na convenção americana se a solução não ocorre neste nível a saída para a garantias é realizada por meio do sistema regional, operando no caso concreto primeiro dentro das competências da comissão interamericana de direitos humanos e, no caso, de não alcançar resultados

¹ Alguns exemplos podem ser dados a respeito desta tendência como a constituição da Bolívia que privilegia os espanhóis e os latino-americanos em aspectos de naturalização. A Constituição Brasileira define como tarefa do governo federal promover a integração com objetivo de criar a comunidade latino-americana, no mesmo sentido a constituição da Colômbia prevê a integração da América Latina e Caribe como orientação política.

satisfatórios, o episódio passa a análise da corte interamericana de direitos humanos.

Com efeito, essa proteção complementar do sistema interamericano coloca em primeiro plano a defesa dos direitos e garantias do homem na ordem nacional, o sistema de proteção regional somente será acionado no caso de omissão ou violação estatal na defesa desses. Nesse sentido, necessário é analisar como esse diálogo é dado dentro do sistema interamericano dos direitos humanos.

Frise-se que o diálogo entre as jurisdições, nacionais, regionais e globais, são o caminho para compreender esse movimento. Neste contexto será abordada as posições vanguardistas da Corte Interamericana de Direitos Humanos como ressalta Hennebele e Tigroudja (2009, p.05) que apontam que o particularismo interamericano dos direitos do homem repousa sob a demonstração de uma filosofia jurídica única e propriamente interamericana em matéria do direito internacional dos direitos do homem. Esse direito interamericano aparece como vanguardista, não conformista e criativo comparado ao positivismo voluntarista do direito internacional público. Esse particularismo se forja em uma filosofia jurídica interamericana com um viés universalista tramado em seus órgãos de proteção.

2. Os diálogos das jurisdições nacionais e internacionais e a teoria do diálogo concertado e desenfreado.

O termo diálogo entre os juízes é utilizado no trabalho de Burgorgue-Larsen (2013) se define como a manifestação de liberação territorial do diálogo, pois apesar do juiz ser ligado a um território e aos seus procedimentos judiciais e em um sem fim das normas de seu sistema de justiça ele abre seu dialogo aos outros juízes. Essa abertura, portanto, permite abarcar o amplo leque de manifestações tanto da internacionalização como do diálogo judicial que se coloca em um espaço em que as fronteiras territoriais, culturais e linguísticas e sociais se integram um pouco mais. Para tanto como a proposta é o diálogo ele pode ter várias dimensões, pois este marco não pode ser firmado apenas em um marco duo jurisdicional ele pode e deve nutrir-se de mais interações.

Esse diálogo pode ser concertado ou desenfreado conforme aponta a autora. O primeiro se define como inserido em um sistema jurídico que cobra a

aparência da verticalidade, na medida em que, se materializa entre um juiz natural e um juiz interno. Neste caso, um conjunto de obrigações processuais específicas que obrigam os juízes a conversar.

Por sua vez o diálogo desenfreado se localiza num local muito mais aberto para, na medida em que, está ligado a um sistema específico. Neste caso, os juízes de diversas origens entabulam conversações judiciais sobre a base espontânea no mundo da justiça e da sua globalidade internacional. (BURGURGUE-LARSEN, 2013)

Nesse sentido, demonstrar-se que esses diálogos ocorrem das mais diversas maneiras, evidentemente o diálogo concertado que obriga os juízes a é vital para os processos de integração e cooperação judicial. A exemplo disso, nota-se que a Comunidade Europeia, dentro deste diálogo organizado, concertado, foi vital para o desenvolvimento da integração europeia. A exemplo disso fica claro as obrigações inerentes da União Europeia, em que, o diálogo concertado de uma obrigação comunitária esconde várias mais como o controle constitucional e convencional dessas regras, transformando em sistemas mestiços (LEVRAT et RADUCU, 2007). Prova disso são os casos paradigmáticos como Simmenthal, onde o diálogo integrado induzido pelo art. 234 TCE pode criar interferências nos diálogos prejudiciais de tipo constitucional, algumas cortes aceitaram essa coordenação outras nem tanto²

Cumprir salientar que esse diálogo entre os juízes não é exclusividade do continente europeu. Os processos de integração regional, em maior ou menor nível, dependendo da sua coordenação avança no mesmo sentido, dentro de suas especificidades, que as do velho continente. Tanto a América como a África ampliam, dentro dos sistemas de proteção regionais de direitos humanos, esse diálogo em graus diferenciados de desenvolvimento.

Nesse sentido, como aponta Burgorgue-Larsen (2013) a lógica que segue a realidade latino americana é a mesma lógica convencional europeia, na medida em que, deriva de um sistema jurisdicional de garantia internacional dos direitos.

² O caso em tela demonstra que o caso constitucional recebeu diversas matizes dependendo da receptividade. O tribunal alemão considerou impossível estabelecer uma hierarquia entre esse artigo e seu irmão gêmeo constitucional o art. 100 da lei fundamental alemã. Confrontada com a mesma temática a Corte Constitucional da República Tcheca ajustou-se os cânones da jurisprudência Simmenthal. (Burgorgue-Larsen, 2013.)

Nesse sentido, aponta a autora, que dialogo que ocorre entre os juizes regionais e os juizes nacionais deriva de dois fatores. O primeiro da convenção interamericana que impõe a harmonização dos sistemas legislativos nacionais com a norma convencional, para tanto, numerosos são os sistemas constitucionais que atribuem um posto específico aos tratados de proteção dos direitos humanos como também incluem um posto específico em seus parâmetros de controle de convencionalidade.

Isso fica claro de diversas formas na América Latina a exemplo disso a Constituição Colombiana estabelece que os tratados relativos aos direitos humanos ratificados pelos Estado, assim como as normas de direito internacional humanitário não podem ser suspensas durante o estado de exceção. Nesse sentido, a jurisprudência dos tribunais latino americanos também demonstra esse pensamento. Como aponta Burgorgue-Larsen (2013) esta posição tem sido explicitamente alentada pela Corte Interamericana, na medida em que, a lógica do sistema é induzir um controle de convencionalidade posto em ação diretamente pelo juiz interno, em qualquer que seja a posição na arquitetura constitucional, seja no controle difuso ou concentrado.³

Ao fim, apresentado os principais matizes do movimento de internacionalização, do processo constitucional e suas vertentes da internacionalização do direito é preciso dizer que esse movimento, em linhas gerais, não está focado na estagnação do sistema estatal pelo internacional ou vice-versa, mas sim, como aponta Delmas-Marty (2004, 2006, 2008) é um movimento de um pelo outro onde o diálogo entre as jurisdições opera na tendência a prevalecer os valores humanistas. O que chama atenção e que os juizes independentes de sua especialidade, sistema ou referência estão determinados por essa potestação de direitos. (BURGORGUE-LARSEN, 2013), portanto, confirmando a tendência da internacionalização do direito, em diversos graus e matizes, por meio da efetivação dos direitos humanos. Com efeito, cabe, como consequência, delinear a sistemática de internacionalização do direito e seus reflexos no direito processual constitucional como parte da pluralidade de

³ Isso fica delineado principalmente no caso *Almonacid Arellano vs Chile*, na medida em que, dentre outras determinações essa sentença convida o juiz interno a resolver os conflitos entre uma lei interna e a Convenção Interamericana em proveito desta.

ordens quando as práticas judiciais tratam das questões de direitos fundamentais.

Nesse mesmo sentido, a autora aponta que a criação do Tribunal Penal Internacional, da Comissão de Direitos Humanos da ONU, da Corte Internacional de Justiça e das Cortes Regionais de Defesa dos Direitos Humanos favorece um cruzamento das jurisdições, dito de outro modo, esse diálogo complexo e rico é essencial para a complementação das decisões tomadas na defesa do Direitos Humanos. (DELMAS- MARTY, 2006).

O fenômeno que se trabalha nos diálogos jurisdicionais enfoca o que se determina como pluralidade de ordens, deve-se assinalar que ela é entendida no trabalho – como se estipula, hoje, nacional, regional e internacional, sendo necessário, para a efetividade desta multiplicidade de jurisdições, o reconhecimento de pluralismo ordenado. Neste particular, abriga-se a teoria de Delmas- Marty no sentido de reforçar a importância cada vez maior das Cortes Regionais como garantes dos Direitos Humanos, bem como a importância da Corte Internacional de Justiça que, apesar de ter seu acesso restrito aos atores estatais, já cedeu a pressões da sociedade civil como a criação do Tribunal Penal Internacional. (DELMAS- MARTY, 2008). Como já dito, a reordenação das ordens interna e internacional, propondo ordenar as diversas ordens (local, global e regional), bem como alocar atores estatais e não estatais, implica num processo extremamente complexo, necessário e urgente.

Nesse sentido, a jurisdição assume um papel forte nessa nova reordenação e, essencial para que ela ocorra, o entendimento claro desses diálogos e da importância de participação das jurisdições nesta empreitada.

Dito isso, nota-se a necessidade, principalmente na América Latina da efetivação desse diálogo. Os esforços deste diálogo podem ser representados pela maneira como a Corte Interamericana de Direitos Humanos transforma de maneira pioneira e audaciosa a cultura da impunidade que se instala no final dos regimes autoritários e no retorno às democracias em meados dos anos 1980. Essas demandas só foram possíveis no momento em que a Corte declara inconvencionais as leis de auto anistia.

Esse movimento remete ao diálogo consertado onde ele se opera no espaço de integração regional dos continentes, evidentemente, este diálogo é possível pelos compromissos assumidos frente aos organismos regionais por

parte dos Estados em reconhecer os tratados e convenções oriundos e respeitá-los, dito assim, convencionalizando/ harmonizando o sistema legal do país ao que dispõe as convenções. Não tão distante, portanto, esse controle passa pelo diálogo judicial, dito de outro modo, pelo diálogo consertado entre a jurisdição regional e estatal.

A exemplo disso o movimento que se aplica neste diálogo ainda é endógeno na América Latina, ou seja, movimento em que a corte interamericana de direitos humanos prevê a convencionalidade, senão no caso das leis de autoanistia.

Como determinado essas leis trazem em seu conteúdo leis que anistiam todos os crimes cometidos durante o período das ditaduras militares, dando anistia absoluta aos agentes de estados que cometeram crimes em nome do regime. Burgorgue Larsen (2012) determina as anistias latinas como amnésicas, onde as leis promulgadas pelos governos do Brasil, Uruguai, Chile e posteriormente do Peru, buscavam, após o retorno à democracia um sentido de reconciliação nacional e paz social, rejeitando absolutamente qualquer sanção penal. O esquecimento à confrontação e a divisão. O esquecimento à justiça.

Contudo, essa amnésia não passa em branco frente ao sistema interamericano de proteção de direitos humanos. Como assinala Burgorgue Larsen (2012) entre os anos de 1994 e 2011 a evolução da jurisprudência interamericana, nesta temática, na questão da convencionalidade quanto as leis de anistia é magistral. Nesse sentido, todas as decisões apontam em comandos determinantes: a) Declaração da nulidade absoluta das leis de anistia; b) A criação de uma teoria do controle de convencionalidade; c) estabelecimento de um diálogo entre os juízes nacionais.

Nesse sentido, o sentido de interpretação determinada nas decisões da Corte interamericana de Direitos Humanos nos casos *Almonacid Arellano y otros vs Chile*, *Barrios Altos vs Peru*, *Velásquez Rodríguez vs Honduras* e *Julia Gomes Lund y otros vs Brasil*⁴ aponta o compromisso desses países em reconhecer, apurar e punir os agentes que se utilizaram do aparelho estatal nos períodos ditatoriais para violar sistematicamente os direitos humanos. Da mesma forma,

⁴ Para ter acesso ao conteúdo inteiro dos casos citados consultar o site da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/jurisprudencia>. Acesso em: 15. Jul.2013.

recomenda aos Estados políticas públicas de banimento de leis de anistia que proporcionaram a auto anistia desses agentes, dentre outras medidas necessárias para que atendam aos mecanismos que assegurem o estado democrático de direito após os conflitos nessas sociedades. Esse pensamento coaduna com todo o caminho a ser esmerado no direito processual das constituições, na medida em que, o comprometimento e incorporação de um número expressivo de países, entre as décadas de 70,80 e 90 de textos internacionais de direitos humanos e a promoção de uma transição democrática, enseja um novo modelo de estado, qual seja, o democrático de direito, portanto, percebe-se o movimento da constitucionalização do direito internacional. (BOLZAN DE MORAIS; SALDANHA, VIERIA, 2011: p. 125)

Nesse sentido, a saga judiciária na busca de permitir a criação de uma obrigação mesma em que obrigue os juízes nacionais a exercerem o controle de convencionalidade fica patente no caso *Almonacid Arellano*⁵, quando a Corte Interamericana determina a obrigação mesma dos juízes nacionais a realizarem o controle de convencionalidade.

Essa passagem da presente decisão é de extrema importância, posto que, cabe ao juiz interno o poder de mediar um conflito de uma lei interna e uma disposição da convenção ao privilegiar a última. Sobretudo, a corte convoca o juiz interno a ser guardião não apenas do texto da convenção, mas da interpretação emitida pela corte. (BURGORGUE LARSEN, 2012). Neste sentido, a necessidade de diálogo entre os juízes da corte interamericana e os juízes nacionais certamente é hoje uma das problemáticas na doutrina latino-americana.

A exemplo disso a reação judicial de cada estado as determinações da Corte Interamericana no caso das leis de anistia. Enquanto países como a Argentina adotam paulatinamente políticas alinhadas à justiça de transição⁶ e as

⁵ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

⁶ O conselho de segurança da ONU (Organização das Nações Unidas) determina a justiça de transição como *um o conjunto de processos e mecanismos associados às tentativas da sociedade em chegar a um acordo quanto ao grande legado de abusos cometidos no passado, a fim de assegurar que os responsáveis prestem contas de seus atos, que seja feita a justiça e se conquiste a reconciliação. Tais mecanismos podem ser judiciais e extrajudiciais, com diferentes níveis de envolvimento internacional (ou nenhum), bem como abarcar o juízo de processos individuais, reparações, busca da verdade, reforma institucional, investigação de antecedentes, a destruição de um cargo ou a combinação de todos esses procedimentos. NAÇÕES UNIDAS-Conselho de*

decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos⁷, buscando reconhecer e punir os agentes de estado que se utilizaram do aparelho estatal para violar sistematicamente os direitos humanos, durante as ditaduras civis militares, por outro lado, países como o Brasil⁸, ainda precisam trilhar um longo caminho no esclarecimento em suas políticas públicas para a efetivação do processo democrático comprometido com os direitos humanos.

Assim, vê-se que esse caminho ainda é percorrido no velho continente da mesma forma que no contexto americano, nada obstante, uma metamorfose se encontra em curso de forma qualitativa e quantitativa nas cortes, não como órgãos de resolução de controvérsias, mas como criadores do direito na irradiação de suas decisões nos casos concretos, como no exemplo das leis de anistias. Dito isso, construindo essa caminhada a doutrina apresenta, *ius commune*⁹, como um direito essencialmente de criação jurisprudencial, que fortalece o diálogo jurisdicional em que o juiz nacional assume um papel de protagonista como juiz de convencionalidade e um juiz de integração que fortalece principalmente a efetividade dos Direitos Humanos, privilegiando, portanto, o fortalecimento do estudo e fortalecimento do direito processual das constituições.

Com efeito, o diálogo consertado entre os juízes, mesmo que obrigatório e vinculado ainda é aquele que apresenta pistas para a efetivação de um direito processual das constituições. Contudo, alerta Burgorgue- Larsen (2013) que o

Segurança. O Estado de Direito e a justiça de transição em sociedades em conflito pós-conflito. Relatório do Secretário Geral S/2004/616.

⁷ A CorteIDH nos casos *Almonacid Arellano y otros vs Chile*, *Barrios Altos vs Peru*, *Velásquez Rodríguez vs Honduras* e *Julia Gomes Lund y otros vs Brasil* afirma o compromisso desses países em reconhecer, apurar e punir os agentes que se utilizaram do aparelho estatal nos períodos ditatoriais para violar sistematicamente os direitos humanos, da mesma forma recomendam aos Estados políticas públicas de banimento de leis de anistia que proporcionaram a auto anistia desses agentes, dentre outras medidas necessárias para que atendam aos mecanismos que assegurem o estado democrático de direito após os conflitos nessas sociedades. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/jurisprudencia>. Acesso em: 15. Jul.2013.

⁸ O Brasil adota uma postura extremamente reflexiva as decisões da Corte Interamericana. O exemplo é a posição atávica adotada pelo STF no julgamento da ADPF 153, na medida em que, julgou constitucional a lei de anistia brasileira. Essa decisão é oposta ao que julgou a CorteIDH no caso *Julia Gomes Lund vs Brasil* e outros casos já nominados.

⁹ Sobre o *Ius Commune* consultar o artigo *Direitos Humanos e Dialogo entre jurisdições*. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-artigo Flavia Piovesan \(Direitos Humanos e Dialogo entre Jurisdicoes\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-artigo%20Flavia%20Piovesan%20(Direitos%20Humanos%20e%20Dialogo%20entre%20Jurisdicoes).pdf). Acessado em 04. mai. 2014

diálogo é justamente o equilíbrio que os juízes buscam. O que é seguro afirmar é o emaranhado de obrigações que se desenvolveram em momentos históricos e sociais muito precisos e todos igualmente legítimos. O efeito consciente da ¹⁰interpretação do direito deve coincidir ao máximo para que a multiplicidade dos sistemas não origine uma cacofonia protetora, portanto, ordenar o pluralismo é hoje sem deixar precisamente certo a nova tarefa dos juízes. A partir das análises empreendidas, passa-se a análise das necessidades e possibilidade da construção do direito processual das constituições.

Desse modo, é outorgado ao Estado fundamento e legitimidade pela compreensão a partir de sua ótica, de valores humanistas que pautam a sua prática processo-decisória, concedendo-o um caráter mundial-universal de consagração de valores comuns de (para a) humanidade (BURGORGUE-LARSEN, 2010).

3. Conclusão

Apontar novos rumos e novos caminhos em um processo de fertilização dos sistemas de justiça internos e internacional, principalmente no contexto americano, especialmente no contexto latino-americano ainda é uma tarefa em fase de constituição e reflexão pela doutrina e a própria jurisprudência oriunda desse novo construto que é o movimento de internacionalização do direito. Como visto, os movimentos desta internacionalização dos direitos irremediavelmente, levando em conta os direitos humanos e o estado democrático de direito como pauta unificada, oferece cenários dos mais diversos.

¹⁰ A autora desenvolve a teoria do diálogo consertado e o diálogo desenfreado para ela o segundo consiste quando nenhuma posição ou nenhum sistema jurídico impõe que ele aconteça. Aparece fora do jogo sistemático. Por conseguinte, nasce na resistência das obrigações de um sistema. Nenhuma linha sistemática o dirige, regulamenta ou orienta. Se apresentam algumas manifestações emblemáticas do diálogo desenfreado, tendo a aparência da espontaneidade. O juiz que dialoga assim como outros juízes, sem que se suponha uma obrigação, está em realidade alocado numa rede de imposições mais ou menos exigentes. Como a teoria da mão invisível de Adam Smith, um conjunto de obrigações judiciais visíveis impulsionam os juízes a dialogar com a citar jurisprudências vindas de fora, as que se situam fora do sistema de referência. Se não se consegue decifrar o círculo de obrigações, aparece então o sentido do diálogo, mas deve se decidir os sentidos.

Dos mimetismos do velho continente às américas ou mesmo da recepção das normas de direito internacional humanitário, cada Estado processa essas informações em maior ou menor grau em seus sistemas de justiça. Isso fica claro nas diversas formas que são recebidas, a exemplo, os tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o tratamento dispensado a ela por suas cortes.

No mesmo sentido, isso pode ser evidenciado na recepção das decisões oriundas da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Como apontado no trabalho essa posição diversa frente ao processo de internacionalização do direito, principalmente, ao colocar o juiz nacional como protagonista do controle das convenções e tratados induz uma nova arquitetura constitucional fundada num movimento que não está focado na estagnação do direito estatal ou do direito internacional, mas sim, do movimento de um pelo outro, tendo como ponto fulcral a defesa e efetivação dos Direitos Humanos.

Dito isso, vê-se a necessidade, principalmente na América Latina da efetivação do que apresentamos como diálogo das jurisdições seja ele consertado ou desenfreado. Como apresentado, a Corte Interamericana trabalha diuturnamente na construção desta cultura por meio de sua jurisprudência.

Contudo, esse diálogo ainda carece de uma resposta mais afirmativa das jurisdições nacionais na defesa dos direitos humanos, pois, o diálogo ainda se opera de um processo em que os juízes nacionais apenas se submetem a esta jurisprudência sem atender ao chamado do controle de convencionalidade como foi apontado no trabalho. Para tanto torna-se necessário o deslocamento do pensamento jurídico posto, levando em consideração os Direitos Humanos como o irreduzível mínimo para que a internacionalização do direito seja evocada como suporte ao diálogo entre as jurisdições nacionais e internacionais.

4. Referências

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Gustavo Oliveira. Sobre A Internacionalização do Direito A Partir dos Direitos Humanos, ou: para onde caminha a humanidade... In: **Revista Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v. 6, n. 11, p. 109-132, jul-dez. 2011.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. A Internacionalização do Diálogo dos Juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França. In: **Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização**, Brasília, v.7, n.1, p. 261-304, jan-jun. 2010.

_____. Le bannissement de l'impunité: Decryptage de la politique jurisprudentielle de la Cour Interaméricaine des Droits de L'homme. In: **Revue Trimestrielle des Droits de L'homme**. nº 89 . p. 3-42. Bruxelles: Bruylant, jan 2012.

_____. De la internacionalización del diálogo entre los jueces. In: von BOGDANDY, Armin; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público**. p. 231-263, Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/16-juris/22-casos-contenciosos>.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Por Um Direito Comum**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. **Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais**, Barueri: Manole, 2004.

_____. **Les forces imaginantes du droit : Tome 1, Le relatif et l'universel**, Paris: Le Seuil, 2004.

_____. **Les forces imaginantes du droit : Tome 2, Le pluralisme ordonné**. Paris: Le Seuil, 2006.

_____. **Les forces imaginantes du droit : Tome 4, Vers ne Communauté de Valeurs**. Paris: Le Seuil, 2011

HENNEBEL, Ludovic. TIGROUDJA, Hélène. **Le particularism interamericains des droits de l'homme**. Paris: Pedone, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Dialogo entre jurisdições**. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-artigo Flavia Piovesan \(Direitos Humanos e Dialogo entre Jurisdicoes\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-artigo%20Flavia%20Piovesan%20(Direitos%20Humanos%20e%20Dialogo%20entre%20Jurisdicoes).pdf).

RADUCU, Ioana; LEVRAT, Nicolas. Le métissage des ordres juridiques européens (une « théorie impure » de l'ordre juridique). In : **Cahiers de droit européen**, 2007, p. 111-148.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Hacia El Nuevo Derecho Internacional Para La Persona Humana: manifestaciones de la humanización del derecho internacional. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 50, p. 44-61, jan-jul. 2007.

_____. **Evolution du droit international au droit des gens. L'access des individus à la Justice Internationale le regard d'un juge**. Paris: Pedone, 2008.

VIALA, Alexandre. Le concept d'identité constitutionnelle: Approche Theorique. In: BURGORQUE-LARSEN, Laurence. **Cahiers Européens** n°1, p. 7-24. Paris: Pedone, 2011.