

**IV ENCONTRO VIRTUAL DO
CONPEDI**

**DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS
HUMANOS**

SAMYRA HAYDÊE DAL FARRA NASPOLINI

VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal 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

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

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

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

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

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

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

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

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

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

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

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

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

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

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

D597

Direito internacional dos direitos humanos [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini; Vladimir Oliveira da Silveira – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-419-8

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

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito internacional. 3. Direitos humanos. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Apresentação

DIREITOS INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS I

Em mais essa edição do Grupo de Trabalhos de Direito Internacional dos Direitos Humanos no IV Encontro Virtual do CONPEDI o tema da Pandemia foi o que recebeu mais destaque, sendo, porém, tratados também outros assuntos de suma importância para os Direitos Humanos em todo o mundo.

No artigo DIREITOS HUMANOS COMO CONCEITO EM MOVIMENTO? Alice Rocha da Silva e Andre Pires Gontijo, verificam que parte do conteúdo dos direitos humanos pode ser considerado “estático”, prevalecendo a manutenção de um núcleo “duro e essencial”, responsável pela definição de sua identidade, a proteção da pessoa humana.

No artigo O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E O DIÁLOGO INTERCULTURAL: EM DEFESA DE UM UNIVERSALISMO PLURALISTA, Laura Mallmann Marcht , Aline Michele Pedron Leves e Gilmar Antonio Bedin, analisam em que medida o Direito Internacional dos Direitos Humanos pode ser pensado como uma forma de superação do impasse entre universalistas e relativistas culturais e se tornar um instrumento de fortalecimento da proteção dos direitos humanos na sociedade internacional contemporânea.

No artigo A INCOPORAÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS: UMA ANÁLISE DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS, Cristina Figueiredo Terezo Ribeiro e Sofia Sewnarine Negrão, analisam a influência das normas oriundas dos Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos para a formulação do Capítulo dos Direitos e Garantias Individuais do texto constitucional de 1988.

No artigo O PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL EM DIREITOS HUMANOS COMO FONTE NO DIREITO INTERNO EM FACE DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE, Lucas Gonçalves da Silva e João Batista Santos Filho, analisam a jurisprudência dos tribunais internacionais, focando, nas decisões da Corte Interamericana de Justiça e confirmando o curso crescente da jurisprudência internacional em direitos humanos, como fonte de direito.

No artigo CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: O LEADING CASE (BARRIOS ALTOS VS. PERU), Eneida Orbage De Britto Taquary e Catharina Orbage De Britto Taquary Berino, analisam o instituto do controle de convencionalidade adotado na Corte Interamericana de Direitos Humanos. A problemática se refere aos fundamentos extraídos do Leading case Barrios Altos vs. Peru acerca do controle de constitucionalidade.

No artigo A LEITURA MORAL E A CONCEPÇÃO MAJORITÁRIA NA PERSPECTIVA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Fernando Antônio de Lima e Murillo Eduardo Silva Menzote, analisam a judicial review, demonstrando o embate entre os juristas Dworkin e Waldron acerca da possibilidade da intervenção judicial sobre atos ou omissões do Legislativo.

No artigo OBRIGATORIEDADE DO PROCEDIMENTO DE SOLUÇÃO AMISTOSA NO TRÂMITE DE PETIÇÕES NA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, José Ricardo da Silva Baron e Vladimir Brega Filho, estudam a obrigatoriedade do oferecimento do procedimento para as partes em litígio no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

No artigo PODER ECONÔMICO E TECNOLÓGICO: UMA ANÁLISE SOBRE A PROBLEMÁTICA DE REGULAÇÃO PELO DIREITO, Marcelo Benacchio e Queila Rocha Carmona, pesquisam a regulação do poder econômico pelo Direito, buscando encontrar meios efetivos para uma regulação jurídica dos agentes econômicos que gravitam entre o local e o global.

No artigo A IMPORTÂNCIA DO PROJETO DE VIDA E A TEORIA DE AMARTYA SEN: UMA ABORDAGEM SOBRE DESENVOLVIMENTO, Vívian Lis Paes de Freitas Andrade e Andreza do Socorro Pantoja de Oliveira Smith analisam a garantia do direito a um projeto de vida como um meio para o desenvolvimento, a partir da teoria de Amartya Sen.

No artigo ANÁLISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO À LUZ DO PROTOCOLO FACULTATIVO À CONVENÇÃO CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES, Andressa Rita Alves de Souza e Ubirajara Coelho Neto, analisam o sistema penitenciário brasileiro, com base no Protocolo Facultativo à Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

No artigo O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: UM DIÁLOGO ENTRE CORTES CONSTITUCIONAIS, Andressa Rita Alves de Souza e Ubirajara Coelho Neto analisam o Estado de Coisas Inconstitucional no sistema prisional brasileiro sob a perspectiva do diálogo entre tribunais constitucionais, com enfoque no transconstitucionalismo.

No artigo A PROTEÇÃO DO TRABALHADOR PELAS NORMAS INTERNACIONAIS E SUA APLICABILIDADE NO BRASIL A PARTIR DA TEORIA DO “TRANSCONSTITUCIONALISMO” DE MARCELO NEVES, Caroline Helena Limeira Pimentel Perrusi e Jailton Macena De Araújo, visam expor sobre a aplicabilidade das normas internacionais no sistema jurídico brasileiro e reconhecem a integração de sistemas jurídicos estatais distintos sob a perspectiva da teoria do “transconstitucionalismo”.

No artigo INTERSECCIONALIDADE E DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE DA SENTENÇA DO CASO DOS EMPREGADOS DA FÁBRICA DE FOGOS DE ARTIFÍCIOS EM SANTO ANTÔNIO DE JESUS (BA), Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann e Arianne Albuquerque de Lima Oliveira, examinam a interconexão das noções fundamentais de não discriminação, raça, gênero, classe e mercado de trabalho no desenho da noção de interseccionalidade a partir da análise da sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso da explosão da fábrica de fogos de artifícios em Santo Antônio de Jesus (BA).

No artigo CONFLITOS ARMADOS NA UCRÂNIA: ANÁLISE SOBRE A ATUAÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL, Núbia Franco de Oliveira e Samuel Rodrigues de Oliveira, apresentam as origens dos conflitos no país e discutem, mediante análise documental dos relatórios do Tribunal, a importância da atuação do órgão nos termos do artigo 12 (3) do Estatuto.

No artigo LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OLIMPISMO: A REGRA Nº 50 DA CARTA OLÍMPICA E A TRANSVERSALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS, Mario Jorge Philocreon De Castro Lima e Ticiano Augusto de Castro Lima Dominguez, analisam a controvérsia sobre a aplicação da Regra nº 50 da Carta Olímpica que proíbe manifestações políticas nos jogos, que significa limite à liberdade de expressão.

No artigo O DIÁLOGO ENTRE A ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS E O BRASIL: A EDUCAÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, Eneida Orbage De Britto

Taquary e Catharina Orbage De Britto Taquary Berino analisam os instrumentos internacionais da Organização das Nações Unidas sobre a educação das pessoas com deficiência e a sua recepção pelo Brasil.

No artigo O DIREITO AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO - CONFLUENCIA ENTRE OS DIREITOS HUMANOS E O DIREITO INTERNACIONAL DO MEIO AMBIENTE, Vinicius Cobucci e Carolina Mendonça de Siqueira, a partir de uma revisão de literatura e por meio do método dedutivo, defendem o reconhecimento do direito enquanto princípio jurídico e analisam as principais repercussões jurídicas decorrentes dessa classificação.

No artigo EXAME DO REGIME JURÍDICO E DE DEMAIS ASPECTOS DOS MIGRANTES AMBIENTAIS SOB O ENFOQUE DAS ALTERAÇÕES CLIMÁTICAS E DO AQUECIMENTO GLOBAL, Raquel Viegas Carvalho De Siqueira Biscola e Livia Gaigher Bosio Campello, examinam alguns aspectos das migrações climáticas, mormente o humano, e como proteger os refugiados ambientais.

No artigo EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROTEÇÃO LEGISLATIVA DOS REFUGIADOS NO BRASIL: UMA BREVE ANÁLISE NO PLANO INTERNO E INTERNACIONAL, Edson Oliveira Da Silva, realiza uma análise da evolução legislativa voltada a proteção dos refugiados que ingressam no território brasileiro.

No artigo OS EFEITOS PREJUDICIAIS DA PANDEMIA DA COVID-19 AOS DIREITOS DOS REFUGIADOS, Gabriela Soldano Garcez e Victoria Navarro , Mayara Nascimento Ribeiro, analisam o embate entre o direito de migração, mormente a situação dos refugiados, e as medidas impostas pelos Estados para conter a disseminação do novo coronavírus e, assim, enfrentar a atual pandemia decretada em março de 2020.

No artigo PLATAFORMA INTERATIVA DE DECISÕES SOBRE REFÚGIO: ANÁLISE DE DADOS SOBRE VENEZUELANOS NO MARANHÃO, Guilherme Saldanha Santana , Thayara Silva Castelo Branco e Roberto Carvalho Veloso analisam a Plataforma Interativa de decisões sobre Refúgio desenvolvida pelo CONARE em cooperação interinstitucional com Acnur e o Ministério da Justiça e Segurança Pública do Governo do Brasil.

No artigo SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA: UM OLHAR A PARTIR A INCLUSÃO DO OUTRO DE HABERMAS E A SITUAÇÃO DOS REFUGIADOS, Marcia Hiromi Cavalcanti e Flávio Bento pretendem demonstrar pela teoria política de inclusão do outro que é possível um direito cosmopolita, para fortalecer os fundamentos da sociedade democrática.

Desejamos a todos que aproveitem os artigos sobre temas tão relevantes.

Os Coordenadores:

Vladmir Oliveira da Silveira

UFMS e PUC - SP

Samyra Haydêe Dal Farra Napolini

UNIVEM - Marília e FMU-SP

A LEITURA MORAL E A CONCEPÇÃO MAJORITÁRIA NA PERSPECTIVA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

THE MORAL READING AND MAJORITY CONCEPTION FROM THE PERSPECTIVE OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

**Fernando Antônio de Lima
Murillo Eduardo Silva Menzote**

Resumo

Trata-se de artigo científico que analisou a judicial review, demonstrando o embate entre os juristas Dworkin e Waldron acerca da possibilidade da intervenção judicial sobre atos ou omissões do Legislativo. Pesquisaram-se precedentes da Corte Interamericana Direitos Humanos. Concluiu-se que a jurisprudência da Corte parece inclinar-se para as ideias de Dworkin. O trabalho é importante, porque demonstra a relação entre o Legislativo e Judiciário na promoção da democracia e dos direitos humanos. Utilizou-se do método dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica, e do método indutivo, por meio da análise de precedentes da Corte Interamericana.

Palavras-chave: Dworkin, Waldron, Corte interamericana, Democracia

Abstract/Resumen/Résumé

This is a scientific article that analyzed a judicial review, demonstrating the clash between jurists Dworkin and Waldron about the possibility of judicial intervention on acts or omissions of the Legislative. Precedents of the Inter-American Court of Human Rights were researched. It was concluded that the jurisprudence of the Court seems to lean towards Dworkin's ideas. The work is important because it demonstrates the relationship between the Legislative and the Judiciary in promoting democracy and human rights. The deductive method was used, through bibliographic research, and the inductive method, through the analysis of precedents of the Inter-American Court.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Dworkin, Waldron, Inter-american court, Democracy

1- INTRODUÇÃO

O presente artigo científico busca verificar o embate travado entre os juristas Ronald Dworkin e Jeremy Waldron - o primeiro, defensor da *judicial review*, isto é, da possibilidade da revisão judicial sobre os atos do Poder Legislativo; e o segundo, adepto da concepção majoritária da Constituição, em que os atos do Poder Legislativo não seriam passíveis de revisão judicial.

Após isso, passaremos a observar alguns precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A partir daí, descobriremos por qual dos dois autores esse tribunal internacional parece inclinar-se.

A pesquisa tem por objetivo definir se a democracia se basta com as deliberações majoritárias do Parlamento, ou se a democracia apenas se completa se houver uma possibilidade aberta para a intervenção judicial – uma intervenção judicial visando a corrigir eventuais falhas ou omissões legislativas na concretização dos direitos humanos.

Nesse sentido, procuraremos responder às seguintes indagações: o Parlamento, com representantes eleitos pelo povo, é o ambiente sempre definitivo para as deliberações políticas? Viola a cláusula democrática admitir a revisão judicial de atos ou omissões do Parlamento? É melhor para a democracia deixar incólumes leis francamente violadoras dos direitos humanos, como a que permitiu o perdão de agentes estatais que participaram da tortura e de desaparecimentos forçados de pessoas? Ou cumpre ao Poder Judiciário rever esses atos legislativos? É possível deixar que o Parlamento faça previsões genéricas sobre direitos sociais e econômicos, ou é possível que essas previsões genéricas ganhem concretude a partir do controle judicial contra as omissões legislativas e executivas?

Analisando alguns julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos – principalmente o caso conhecido por *Guerrilha do Araguaia* e alguns casos sobre a justiciabilidade dos direitos sociais -, responderemos a essas indagações, à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Ao mesmo tempo, diremos para qual dos autores a Corte se inclina e, também, faremos uma análise crítica acerca da possibilidade, ou não, da intervenção judicial sobre deliberações do Parlamento.

O método será o dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica, e o indutivo, por meio de análise de precedentes da Corte Interamericana.

2- RONALD DWORKIN E A FUNDAMENTAÇÃO A FAVOR DO *JUDICIAL REVIEW*.

2.1. Pressupostos democraticamente legitimadores do judicial review

2.1.1. Controle judicial de constitucionalidade e aperfeiçoamento da democracia

Ronald Myles Dworkin foi filósofo, jurista e estudioso do Direito Constitucional nos Estados Unidos. Foi professor da Faculdade de Direito de Yale e na Universidade de Oxford e, por último, foi professor da Universidade de Nova York e na University College London, falecendo em 14 de fevereiro de 2013 em Londres, com 81 (oitenta um) anos de idade.

Com grande produção bibliográfica, Dworkin apresenta vastíssimos argumentos favoráveis ao controle judicial de constitucionalidade. Este último seria uma espécie de aperfeiçoamento da democracia. Nas hipóteses de omissão ou contradição entre os dispositivos da lei, o juiz parte para a interpretação fundamentada em princípios, para que se alcance o pronunciamento jurisdicional mais adequado.

2.1.2. A premissa moral da interpretação jurídica como garantia de direitos e preservação da democracia

Dworkin afirma seu posicionamento fundado na premissa moral da interpretação jurídica, alegando que o positivismo não é capaz de equacionar casos difíceis porque o sistema composto por regras não contempla a inteligência extraída de princípios nem diretrizes políticas necessárias para elucidação e melhor deslinde do caso.

Mas o que seria essa premissa moral da interpretação jurídica promovida pelos juízes?

Trata-se, na verdade, de uma resposta certa a ser buscada pelos juízes. Essa procura pela resposta certa torna-se um empreendimento que se alicerça: a) na prática judicial histórica do país; b) nos precedentes; c) na tradição; d) na moralidade política compartilhada em certa comunidade. Essas balizas impedem que uma decisão judicial seja arbitrária, exarada gratuitamente com base no subjetivismo do juiz (VICTOR, 2015, p. 25).

Para Dworkin, a teoria positivista caminha contrariamente à concepção de Estado de Direito. Isso porque se, naquela, o julgamento se funda, apenas e tão somente, no livro das regras, este – o Estado de Direito - pressupõe interpretações baseadas na moralidade política,

em nome da justiça que muitas vezes a letra fria da lei não contemplará (DWORKIN, 2001, p. 25).

Ronald Dworkin (2005, p. 93-94) entende que “os juízes não estão simplesmente obedecendo às decisões constituintes originais. Estão tomando suas próprias decisões sobre questões controversas, disfarçadas atrás da capa do poder constituinte”. Logo, os juízes não poderiam estar limitados tão somente ao texto da lei, desconsiderando a evolução moral da história, da moral e dos costumes.

Em concordância com o positivismo, Dworkin revela que todo cidadão possui o direito de obter uma decisão judicial com a reserva dos direitos que o Poder Legislativo impregnou na legislação votada e aprovada. No entanto, o raciocínio jurídico vai além e almeja amparar o direito moral não previsto expressamente na legislação de regência. O direito não pode ser negado, se ele, direito, puder ser obtido a partir de princípios.

Sendo assim, resumidamente, as decisões judiciais segundo a premissa moral admitem interpretação extensiva em nome de princípios inexistentes no texto de lei, em nome do pronunciamento jurisdicional e do direito do requerente em ter um resultado com base na moral, repugnando a ideia de que o juiz deve se submeter ao produto legislativo.

2.1.3. Argumentação de princípios, argumentação de política e a leitura moral da Constituição: a intervenção judicial garantidora de direitos das minorias e como pressuposto fundamental para a democracia

Dworkin explica detalhadamente a diferenciação entre argumentação de princípios e de política, conforme elucidado por Sérgio Antônio Ferreira Victor (2015, p. 41):

Os argumentos de princípios, conforme visto acima, devem fundamentar uma decisão política evidenciando que ela respeita um direito moral do cidadão; por outro lado, os argumentos de política justificam uma decisão mirando algum benefício coletivo a que ela se volta. Para ele os legisladores podem utilizar ambos os argumentos, ao passo que os juízes devem ser obrigados a decidir apenas com base em argumentos de princípio. Quando juízes revisam decisões legislativas utilizando argumentos de princípio, segundo Dworkin, não estão a legislar, mas apenas a impor direitos morais sobre decisões legislativas, ou seja, garantindo direitos inatacáveis contra decisões da maioria política. É a concepção de direitos (morais) como trunfos contra a maioria (rights as trumps).

Com essa distinção, é possível observar que os argumentos de política apontados por Dworkin se referem às políticas públicas, distribuição de bens e à busca do bem-estar da sociedade. No entanto, em sua visão, o direito como integridade remete à ideia de dignidade e

igual consideração entre os indivíduos, de modo que é possível decidir as contendas com base nos direitos morais.

Dworkin propõe uma leitura moral acerca da Constituição e das leis, proporcionando a juízes a criação de direitos fora do texto determinado pelo Poder Legislativo, inclusive possibilitando a desconsideração do dispositivo legal ou até mesmo sua invalidação no controle de constitucionalidade, em nome de garantir os direitos morais ao requerente.

Nesse sentido, além de se posicionar contrariamente aos positivistas, Dworkin estabeleceu um imenso debate teórico com aqueles que sustentam a necessidade da contenção do poder dos juízes e do ativismo judicial.

Aparentemente cedendo às críticas, Dworkin afirma que o Poder Legislativo é habilitado para tomar decisões propícias e constitucionais, considerando o desejo da maioria representada, “porque é sempre mais justo permitir que uma maioria, e não uma minoria, decida um problema qualquer” (DWORKIN, 2002, p. 222).

No mesmo instante, sustenta que essa teoria é fraca na medida em que desconsidera o direito das minorias contra os excessos da maioria. No seu entendimento, o Congresso Nacional, onde as leis são formadas pela maioria, não é o local mais adequado para se decidir a respeito de direito das minorias.

A leitura moral sustentada por Dworkin revela seu indiscutível posicionamento favorável ao *judicial review*, mas também proporciona o entendimento acerca da supremacia judicial, sendo que a Suprema Corte é quem deve dar a última palavra sobre a Constituição.

Demonstrando sua preferência ao Poder Judiciário no controle de constitucionalidade, mesmo que seus integrantes sejam juízes não eleitos pelo povo, reafirma o compromisso, da leitura moral, com a democracia:

(...) essa ideia se baseia num pressuposto bastante difundido, mas pouco estudado, acerca de um vínculo que existia entre a democracia e a vontade da maioria, pressuposto esse que, aliás, a história dos Estados Unidos sempre rejeitou. Quando compreendemos melhor a democracia, vemos que a leitura moral de uma constituição política não só não é antidemocrática como também, pelo contrário, é praticamente indispensável para a democracia. Não quero dizer que a democracia só existe quando os juízes têm poder para deixar de lado as ideias que a maioria das pessoas tem acerca do que é bom e justo. (...) A democracia não faz questão de que os juízes tenham a última palavra, mas também não faz questão de que não a tenham. (DWORKIN, 2006, p. 30-31).

Em relação aos erros em julgamentos pela Suprema Corte, Dworkin reconhece o prejuízo para a democracia. O jusfilósofo norte-americano, no entanto, arremata afirmando que

as decisões equivocadas pelo Poder Legislativo ocorrem na mesma proporção. Nesse sentido, esclarece, é preferível submeter, os direitos do povo, a instituições democraticamente habilitadas na lida com direitos morais, reconhecidamente os Tribunais Constitucionais. Isso porque essas instituições judiciais é que garantirão uma leitura baseada na moral e na tradição, ainda que a decisão judicial tenha que contrariar a posição majoritária estabelecida na lei.

2.2. Por que a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos parece inclinar-se às ideias de Dworkin

Dworkin é favorável à intervenção judicial. Trata-se, para ele, de um elemento fundamental para a democracia. Democracia percebida a partir dos direitos fundamentais. Democracia menos como uma somatória de votos colhidos no Parlamento e mais como meio para a efetivação da dignidade humana.

Assim, o Poder Judiciário controla a constitucionalidade das leis. Controla o Parlamento, quando a maioria desabona os direitos da minoria.

Para tanto, os juízes e juízas fazem uma leitura moral da Constituição. Fazer uma leitura moral da Constituição é extrair, da Constituição, os direitos – os direitos que nem sempre se bastam com a atuação do Legislativo.

Essa leitura moral da Constituição, os juízes a fazem olhando para a moralidade política compartilhada na comunidade nacional.

A Corte Interamericana segue Dworkin. Primeiro, porque a primeira também controla judicialmente os atos normativos e leis estatais. Segundo, porque ela promove leituras morais. Terceiro, porque ela não concorda em deixar apenas com os Parlamentos nacionais a tarefa de garantir os direitos.

Mas há diferenças de forma – e não de substância – entre Dworkin e a jurisprudência da Corte Interamericana.

Dworkin prega um controle de constitucionalidade das leis, ou seja, um exame das leis tendo como parâmetro a Constituição de um país. A Corte Interamericana, ao contrário, realiza um controle de convencionalidade – uma análise de compatibilidade das normas (e condutas) domésticas, tendo como parâmetro os tratados concernentes aos direitos humanos nos Estados americanos.

Nota-se que, se em Dworkin a última palavra na interpretação dos direitos fundamentais cabe à Suprema Corte, e não ao Parlamento, para a jurisprudência da Corte

Interamericana a última palavra na interpretação dos direitos humanos é da Corte Interamericana, e não do Parlamento.

Em ambos os casos – controle de constitucionalidade e controle de convencionalidade -, a leitura moral judicial se baseia na moralidade política compartilhada pela comunidade.

Mas, aqui, há uma diferença – e de substância.

A leitura moral da Suprema Corte parte da moral política compartilhada pela comunidade nacional, embora, claro, presumidamente baseada na Constituição, na defesa dos direitos fundamentais. Essa leitura moral é fortemente nacional.

Já a leitura moral promovida pela Corte Interamericana é a partilhada pela comunidade internacional – com base no movimento internacional dos direitos humanos. É que, devido às atrocidades nazistas, cometidas na 2ª Guerra Mundial, a comunidade internacional despertou para a ideia de que a proteção dos direitos humanos não pode ser uma tarefa conferida ao controle exclusivo dos Estados.

A leitura moral, portanto, revela-se na preocupação de que os direitos humanos não se reduzem ao plano doméstico, mas constituem assunto que deve ser ocupado por toda a comunidade internacional.

A moral política da comunidade, assim, não é uma moral política da comunidade nacional, mas, sim, a moral política da comunidade internacional.

É essa nova moral política – deflagrada intensamente com a criação da ONU logo depois de finda a 2ª Guerra Mundial – que vai nortear a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, aqui no sistema regional interamericano de proteção dos direitos humanos.

Nota-se que essa concepção vai reforçar ainda mais a percepção de Dworkin – de que é preciso existir um controle judicial contra os atos e omissões do Parlamento.

E esse controle judicial, se não for feito internamente por meio do controle de constitucionalidade e de convencionalidade, haverá de ser feito internacionalmente, por meio do controle de convencionalidade efetuado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Por isso se diz que a competência da Corte Interamericana é complementar ou coadjuvante. Primeiro, o Estado nacional deve atuar, internamente, para a garantia dos direitos humanos, mesmo que contra o Parlamento. O Poder Judiciário nacional, para além de um controle de constitucionalidade, realiza, também, um controle de convencionalidade. Se o Poder Judiciário nacional não fizer o controle de convencionalidade, ou se o fizer de forma insuficiente, emerge, então, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Mas em quais casos a Corte Interamericana interveio judicialmente, diante da omissão do Estado, particularmente da omissão do Parlamento na concretização dos direitos humanos? Como foi feita a leitura moral por referido tribunal internacional, para perceber a moralidade política compartilhada pela comunidade internacional?

Para responder a essas indagações, vejamos os precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCAs).

De qualquer forma, se, em Dworkin, a leitura moral da Constituição visa a extrair a moralidade compartilhada na comunidade nacional (controle judicial de constitucionalidade), na Corte Interamericana a leitura moral dos tratados internacionais de direitos humanos (controle judicial de convencionalidade) destina-se a dar vazão ao humanismo capturado pela comunidade internacional.

Em ambos os casos, leitura moral; em ambos os casos, intervenção judicial; em ambos os casos, restrição da vontade da maioria parlamentar em favor dos direitos fundamentais e dos direitos humanos.

2.2.1. Justiciabilidade dos Direitos Econômicos, Sociais, Ambientais e Culturais (DESCAs) pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e a plena intervenção judicial contra a omissão do Poder Legislativo

É muito comum que os direitos econômicos, sociais, ambientais e culturais (DESCAs) não alcancem a devida proteção nos Estados nacionais. A omissão em geral é atribuída ao Poder Executivo, que não executa as políticas públicas necessárias, bem assim ao Poder Legislativo, que não prevê mecanismos legais aptos a determinar a prestação material desses direitos.

Há uma corrente de pensamento que entende não ser possível a justiciabilidade dos DESCAs. No sistema regional interamericano de direitos humanos, sustenta-se que a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), no art. 26, estipula apenas o desenvolvimento progressivo desses direitos. Já o Protocolo de San Salvador (PSS) estipula, em seu art. 1º, que os DESCAs dependem não apenas do desenvolvimento progressivo, mas, também, de recursos disponíveis. Assim, não haveria obrigatoriedade de os Estados promoverem, de imediato, a efetivação desses direitos.

Os defensores desse entendimento parecem contrapor-se às ideias de Dworkin. Isso porque as políticas públicas não seriam passíveis de intervenção judicial. Tudo dependeria da

ação do Poder Executivo e das determinações provindas das deliberações políticas do Poder Legislativo. Não haveria espaço para a intervenção judicial.

Em outras palavras, o Poder Judiciário nacional não poderia fazer o controle de constitucionalidade por omissão. A soberania do Parlamento e do Executivo, em termos de definição e implementação de políticas públicas, seria plena. Nem mesmo assistiria à Corte Interamericana efetivar esses direitos.

Esse, porém, não é o entendimento que prevalece no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Esta última tem promovido um controle judicial de convencionalidade bem efetivo na proteção dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais.

Isso porque, do que se nota dos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, os direitos humanos são indivisíveis e interdependentes. É impossível garantir o direito à liberdade, sem se concretizar o direito social ao trabalho, à alimentação, à saúde (direitos sociais) e ao meio ambiente equilibrado.

Nota-se, daí, que a Corte Interamericana de Direitos Humanos promove uma leitura moral da Convenção Americana de Direitos Humanos. A legitimidade da atuação dos Estados Nacionais passa a depender da plena efetivação de todos os direitos humanos, incluindo os DESCAs.

Mas como vencer o argumento, aparentemente intransponível, segundo o qual o art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) apenas prevê o desenvolvimento progressivo desses direitos? Não haveria, aí, um impedimento à leitura moral da CADH pela Corte Interamericana (e, também, pelo Judiciário nacional), com a consequente supremacia do Poder Executivo e do Poder Legislativo nacionais?

A Corte Interamericana, contudo, superou esse impedimento interpretativo, de duas maneiras: pelo modo indireto de proteção dos DESCAs e, depois, pelo modo direto de proteção dos DESCAs (RAMOS: 2020, p. 111).

Por meio do modo indireto, os DESCAs devem ser protegidos por força de uma derivação dos direitos civis e políticos. O direito à saúde (direito social), por exemplo, revela-se por meio de uma derivação do direito à integridade física (direito individual). Em suma, os DESCAs não apresentam uma proteção autônoma. Eles derivam dos direitos civis e políticos.

Já, segundo o modo direto, os DESCAs são direitos autônomos, e não derivados dos direitos civis e políticos. A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) é caudalosa na previsão dos direitos civis e políticos, mas econômica na estipulação dos DESCAs. Estes

últimos foram previstos de forma bem genérica no art. 26. Como superar essa dificuldade interpretativa?

A Corte Interamericana argumenta que o art. 26 da CADH remete à Carta da Organização dos Estados Americanos. A Carta da OEA é rica na previsão e detalhamento dos direitos econômicos, sociais, ambientais e culturais.

Segue-se, portanto, que os DESCAs são direitos autônomos, com existência própria, sem a necessidade de se acudir à teoria da derivação dos direitos civis e políticos.

A primeira vez em que a Corte Interamericana previu a exigibilidade judicial direta dos DESCAs foi no *Caso Lagos Del Campos vs. Peru* (2017). Importante destacar que a referida Corte invocou, de ofício, isto é, sem provocação das vítimas e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o art. 26 – que estipula o desenvolvimento progressivo e se reporta à Carta da OEA.

O entendimento da justiciabilidade direta dos DESCAs foi mantido pela Corte Interamericana de Direitos, em julgados posteriores: *Caso dos Trabalhadores da Empresa Petroperu vs Peru* (2017), *Caso Poblete Vilches vs. Chile* (2018), *Caso San Miguel Sosa vs. Venezuela* (2018).

Não há dúvida, portanto, de que a Corte Interamericana de Direitos partilha o entendimento de Dworkin. É preciso que haja a intervenção judicial, para assegurar a integridade dos direitos das pessoas, sob pena de vilipendiar os diplomas normativos que asseguram os direitos. A supremacia é sempre dos direitos humanos, e não do Parlamento, que constitui, apenas, um instrumento para a garantia de direitos, e não um fim em si mesmo.

Creemos, aliás, que a Corte Interamericana avançou ainda mais em relação ao pensamento do professor da Universidade de Yale. Segundo Dworkin, nos argumentos de princípio, o Tribunal adota uma decisão política destinada à garantia de direitos no caso concreto. Já, nos argumentos de política, a decisão política destina-se a alcançar benefícios coletivos. Assim, aos Tribunais, cabe apenas proferir decisões baseadas em argumentos de princípios; ao Poder Legislativo, por outro lado, compete proferir decisões baseadas nos dois tipos de argumentos.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando condena internacionalmente um Estado por violação aos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, desenvolve, ao mesmo tempo, um argumento de princípio e um argumento de política.

Um argumento de princípio, porque, em geral, condena o Estado na reparação da vítima. Um argumento de política, porque estipula diversas obrigações ao Estado, com o

objetivo de que os DESCAs sejam plena e rapidamente assegurados a todos os destinatários desses direitos.

Não é possível tergiversar com os direitos humanos. Não é possível criar teorias argumentativas que relevam a vontade da maioria e rebaixam a vontade da minoria. A integridade do pacto social depende de que as políticas públicas sejam plenamente efetivadas. A maioria política, representada pelo Parlamento, não pode invocar o debate público como subterfúgio para deixar de aplicar o Direito Constitucional e o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Os tribunais internacionais de direitos humanos, portanto, vão a Dworkin, para permitir a intervenção judicial sobre os DESCAs, e superam Dworkin, para admitir a invocação de argumentos de política pelo Judiciário. Eis a nova Hermenêutica emancipatória que se nota nos julgados da Corte.

3- **JEREMY WALDRON FUNDAMENTOS CONTRÁRIOS AO *JUDICIAL REVIEW***

3.1. Leitura moral da Constituição pelo Poder Judiciário como violação do princípio democrático

Jeremy Waldron foi professor de Direito e Filosofia da Universidade de Oxford e também na Victoria University of Wellington. Atualmente, ocupa a cadeira de professor na Universidade de Nova York.

Defensor da preponderância do Poder Legislativo na teoria constitucional, Waldron atua de forma crítica à separação de argumentos de política e de princípios, considerando que essa distinção é superficial e viola o modelo constitucional de democracia adotada, bem como a representação da vontade do povo e, conseqüentemente, os direitos fundamentais.

Com o título “There are many of us, and we disagree about justice” (WALDRON, 2004, p. 1), propõe uma análise crítica e reafirmada na discussão acerca dos direitos morais, de modo que tais questões sejam tratadas com a máxima transparência e com equilíbrio entre as Cortes e o Parlamento.

Remetendo à ideia de que o processo legislativo é democrático, Waldron propôs que seja reconhecida a dignidade do Poder Legislativo, tratando-o com a mesma reverência dispensada ao Poder Judiciário.

Quero que vejamos o processo de legislação - na sua melhor forma - como algo assim: os representantes da comunidade unindo-se para estabelecer solene e explicitamente esquemas e medidas comuns, que se podem sustentar em nome de todos eles, e fazendo-o de uma maneira que reconheça abertamente e respeite (em vez de ocultar) as inevitáveis diferenças de opinião e princípio entre eles. Esse é o tipo de compreensão da legislação que eu gostaria de cultivar. E penso que, se capturássemos isso como a nossa imagem da legislação, haveria, por sua vez, uma saudável diferença no nosso conceito geral do direito. (WALDRON, 2003, p. 3)

3.2. Decisões sobre questões políticas – Poder Legislativo como o ambiente mais democrático para a tomada dessas decisões – inviabilidade democrática do controle judicial sobre tais decisões

Waldron considera que, mesmo em se tratando de uma comunidade composta por pessoas esclarecidas, bem-intencionadas e de boa-fé, é impossível que não existam conflitos e divergências a respeito de questões de interesse público e social. Logo, a invocação de argumentos de princípios não seria a melhor alternativa para a garantia de direitos, uma vez que é natural o desacordo moral na sociedade como um todo. Esse desacordo moral em definir direitos é matéria do Parlamento, e não do Judiciário.

Cita como exemplos as questões não pacificadas referentes ao aborto, uso de métodos contraceptivos, à eutanásia, o casamento homoafetivo e pesquisas científicas com utilização de células tronco embrionárias (WALDRON, 2010, p. 113-114).

Nomeando de circunstâncias da política, consubstanciada nos desacordos morais de forma coletiva, Waldron aponta que é necessária uma estrutura institucional que promova democraticamente os interesses coletivos, adotando posições importantes para a evolução da sociedade e decidindo questões de interesse público e social, muitas das vezes controversas, mas necessárias para a evolução.

Em decorrência da omissão do Poder Legislativo em tratar questões tão sensíveis, o Poder Judiciário vem ganhando protagonismo na atuação de decisões que, na visão de Waldron, deveriam ser dirimidas pela premissa majoritária no parlamento, democraticamente constituído para tanto.

Opondo-se ao *judicial review*, estabelece alguns requisitos e pressupostos que devem compor o cenário para que o Poder Legislativo seja por excelência o órgão de apreciação e deliberação acerca dos princípios e direitos.

Devemos imaginar uma sociedade que possua (1) instituições democráticas em condições de funcionamento razoavelmente boas, incluindo um legislativo representativo, eleito por sufrágio universal adulto; (2) um conjunto de instituições judiciais, também em boas condições de funcionamento, erigidas sobre uma base não representativa para conhecer de ações individuais, resolver controvérsias e defender o Estado de direito; (3) um comprometimento da parte da maioria dos membros da sociedade e da maioria de suas autoridades com a ideia de direitos individuais e de minorias e (4) discordância persistente, substancial e de boa-fé quanto a direitos (isto é, quanto ao que realmente significa o comprometimento com direitos e quais são suas implicações) entre os membros da sociedade que estão comprometidas com a ideia de direitos. (WALDRON, 2010, p. 116)

Garantir a participação igualitária tanto da comunidade como dos atores políticos é o mais importante na visão de Waldron para sustentar a cadeia democrática do processo político, bem como das decisões legislativas.

Exemplifica que, ante os inegáveis desacordos morais de razoável pertinência, as leis não serão aprovadas por unanimidade. As vontades contrariadas ao texto aprovado acabam sendo representadas pela parcela de atores políticos que foram desfavoráveis à aprovação do projeto. Logo, contempla-se o direito de participação de toda a comunidade.

Infere-se, ainda, que a decisão adotada pelo Poder Legislativo nem sempre será mais acertada ao caso, no entanto, será a mais democrática estabelecida num modelo constitucional, sendo talvez não a melhor, mas a mais legítima, porque foi apreciada por representantes eleitos pelo povo.

3.3. Legitimidade democrática das decisões coletivas adotadas por maioria no Parlamento

Waldron propõe uma visão da legislação como fonte digna do direito elucidando que a técnica utilizada é tão antiga quanto a democracia. O professor da Universidade de Oxford rebate críticas dos defensores do *judicial review*, defensores, esses, que acusam de arbitrária a concepção majoritária, consequência de uma mera soma de números (MENDES, 2008, p. 91-92).

Discordando claramente de Dworkin, Waldron refuta a sustentação de que a concepção majoritária é mera soma aritmética. O Parlamento, ao contrário, desfruta de legitimidade constitucional para lidar com desacordos morais. Aliás, quando em jogo questões controvertidas, os próprios integrantes dos Tribunais adotam posições divergentes e, no final, vence a maioria dos votos convergentes, lavrados por juízes que não têm representação legítima do povo por meio de um processo democrático.

Em sua visão, se a aplicação da teoria da maioria é oportuna para decisão dos Tribunais, com maior razão há legitimidade para as decisões políticas do Poder Legislativo, tomadas num ambiente democrático e de consenso, por representantes eleitos pelo povo.

3.4. Por que a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos parece discordar das ideias de Waldron

As ideias de Waldron apontam a falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário na tomada de decisões que caberiam ao Parlamento. Aquele não poderia invalidar as decisões políticas adotadas por este último.

É que o Parlamento é composto de representantes eleitos democraticamente pelo povo. Mesmo as correntes minoritárias, ao participarem do processo legislativo, acabam tendo participação na aprovação das leis, ainda que os projetos das minorias não sejam aprovados.

O argumento talvez mais importante contra a concessão de direitos pelo Judiciário não reconhecidos pelo Parlamento é no sentido de que os tribunais também decidem por maioria. Nesse ponto, aproximam-se do Parlamento. A diferença é que o Poder Legislativo, ao contrário dos membros do Poder Judiciário, é composto por pessoas eleitas pelo povo. Logo, a solução das divergências políticas, inclusive na definição daquilo que é ou não direito, configura tarefa do Poder Legislativo, democraticamente legitimado para a tomada dessas decisões.

Esses argumentos não convencem a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Nos casos julgados pela Corte Interamericana, observa-se ser possível que uma deliberação majoritária do Poder Legislativo pode, em vez de ser democrática, servir para destruir os direitos das minorias.

É o caso da Lei da Anistia, aprovada no Brasil já nos últimos suspiros da ditadura militar. Agentes que participaram de graves violações de direitos humanos – como torturas, homicídios, desaparecimentos forçados – foram, em 1979, “perdoados” pela atividade legislativa. Isso gerou a responsabilidade internacional do Brasil, por meio de condenação proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. É o que veremos no próximo subtópico.

3.4.1. Lei da Anistia: sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos e pleno controle judicial de convencionalidade sobre as leis violadoras dos direitos humanos

No *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu pela responsabilidade internacional do Brasil.

Nosso País foi condenado a reparar as famílias das pessoas que foram vítimas do desaparecimento forçado por atos dos agentes da ditadura militar. A Corte Interamericana impôs ao Estado brasileiro obrigações de investigar os fatos, julgar e, se for o caso, punir os responsáveis e de determinar o paradeiro das vítimas.

É interessante observar que o Brasil, no ano de 1979, aprovou a conhecida Lei da Anistia. Essa lei perdoou os crimes políticos e, também, os crimes conexos. É na qualidade de perdão dos crimes conexos que os agentes estatais que participaram de torturas e desaparecimentos forçados acabaram perdoados pelo Legislativo brasileiro.

Cai por terra, aí, o argumento de Waldron de que os atos do Poder Legislativo são sempre democráticos. Poderíamos até objetar que a Lei da Anistia foi aprovada em momento de ruptura democrática. No entanto, mesmo após o restabelecimento da ordem democrática em 1988, a arbitrariedade legislativa não foi anulada pelo Legislativo.

Não houve, então, outra alternativa, senão se socorrer do Poder Judiciário para invalidar a Lei de Anistia. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil assim o fez, na ADPF nº 153, julgada improcedente pelo Supremo Tribunal Federal.

Alguns meses depois é que sobreveio a condenação da Corte Interamericana.

É importante deixar claro que referido tribunal internacional entendeu que o Estado brasileiro descumpriu o art. 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos (§172 da sentença). É interessante notar que esse dispositivo determina que os Estados Partes na CADH se comprometem a garantir direitos e liberdades. Esse garantir direitos e liberdades envolve, nos termos do art. 2º da CADH, adotar “medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”.

Em outras palavras, para a Corte Interamericana, o Estado brasileiro deve adotar medidas legislativas e não legislativas para reprimir e reparar a violação dos direitos humanos vivida no período de exceção. Medidas não legislativas, é claro, envolvem até mesmo a invalidação da Lei da Anistia pelo Poder Judiciário brasileiro. Isso ficou muito claro na sentença da Corte Interamericana.

Assim, ao invocar o art. 2º da CADH, a Corte Interamericana demonstrou estarem superadas as ideias de Waldron, segundo as quais não compete ao Poder Judiciário intervir nos atos legislativos.

O Poder Legislativo é um instrumento – claro, importante – para a discussão e deliberação políticas. Mas essas deliberações podem muitas vezes implicar uma somatória de votos dos legisladores que conspurcam e aterrorizam os direitos humanos. Nesse caso, não resta

outra alternativa senão, em primeiro lugar, socorrer-se ao Poder Judiciário nacional. Se, mesmo assim, os direitos humanos não forem tutelados, emerge a competência plena da Corte Interamericana, para dar cabo da violação dos direitos humanos.

O controle de convencionalidade sobre as normas domésticas, aliás, constitui um dever do Poder Judiciário nacional, dos órgãos vinculados à administração da justiça e *de todos os órgãos e instituições e poderes estatais*. Esse o entendimento atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos, expresso

Nesse sentido, o controle de convencionalidade pode ser: a) interno: b) internacional. No interno, cabe a todos os órgãos e instituições e poderes nacionais verificar a incompatibilidade entre uma norma doméstica e os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil. No internacional, cabe à Corte Interamericana promover essa verificação, quando houver omissão ou falha pelo mecanismo de controle interno de convencionalidade.

Isso significa que, mesmo o Parlamento, quando aprova uma lei, deve fazer um controle prévio de convencionalidade. As Comissões de Constituição e Justiça, por exemplo, além de observar a constitucionalidade, devem verificar se o projeto de lei é compatível com os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Daí que uma lei – como se passou com a Lei da Anistia – se desprestar os direitos humanos, perderá toda e qualquer legitimidade jurídica, inclusive no plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Uma lei desse tipo pode ser invalidada pelo controle de convencionalidade, seja interno, ou internacional, realizado pelo Poder Judiciário ou pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Anota-se que, no *Caso Almonacid Arellano vs. Chile* (2006), a Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu a obrigatoriedade de o Poder Judiciário nacional exercer o controle de convencionalidade das normas internas em relação à Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). Eis aqui mais uma prova de que, no sistema regional interamericano de direitos, o controle judicial de convencionalidade sobre as leis é pleno – uma consequência básica e fundamental do Movimento Internacional de Direitos Humanos, deflagrado, fortemente, após os horrores da 2ª Guerra Mundial.

No caso específico da Lei da Anistia, a Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu que o Poder Judiciário brasileiro não realizou o controle de convencionalidade. Estabeleceu a Corte Interamericana que os juízes e tribunais internos têm o dever de efetuar referido controle, principalmente quando já existe coisa julgada internacional sobre a matéria. Nesse sentido, “o órgão judicial tem a função de fazer prevalecer a Convenção Americana e as

decisões desta Corte sobre a normatividade interna, interpretações e práticas que obstruam o cumprimento do disposto em um determinado caso” (§19 da sentença).

Assim, a leitura moral da Convenção Americana de Direitos Humanos, com o objetivo de assegurar direitos negados pelo Poder Legislativo, configura atividade indispensável do Poder Judiciário nacional e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Caem por terra os argumentos de Waldron. O Poder Legislativo, quando é capturado por interesses escusos e por forças antipopulares, perde a legitimidade democrática que lhe confere a Constituição e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Se é normal o desacordo nas sociedades, e se esses desacordos podem, realmente, ser objeto de debate no Parlamento, isso não significa que o Parlamento esteja autorizado a violar os direitos humanos.

Essas violações só podem encontrar respostas, nesses casos, na atividade judicial. Entender que o Poder Legislativo é o senhor na última palavra em matéria de concessão de direitos pode significar um passo perigoso contra a democracia, principalmente quando o Parlamento é capturado por interesses econômicos e pelo poder incontrolável da força bruta e dos componentes ditatoriais que insistem em corromper a democracia.

Não se podem impedir as discussões parlamentares. Elas, de fato, são essenciais numa democracia. Mas, sozinhas, as discussões parlamentares nem sempre atingem as finalidades que hão de governar uma democracia. Maiorias, muitas vezes, são simples números. E números, muitas vezes, servem para contar, mas não para sentir e perceber e resolver as angústias que se escondem no subterrâneo das violações dos direitos humanos.

Mas por que o Judiciário e a Corte Interamericana estão autorizadas a agir, quando há omissão legislativa? Onde se encontra a legitimidade democrática dos dois primeiros?

Essa legitimidade está na Constituição e na Convenção Americana de Direitos Humanos. É a Constituição que estabelece à Magistratura garantias de independência e que investe a Magistratura na função de ator importante na proteção direitos humanos. É a CADH que exige do Judiciário nacional e da Corte Interamericana uma forte intervenção na proteção dos direitos humanos – contra, inclusive, atos e omissões domésticas providas do Legislativo.

O Legislativo é produto da Constituição, cria do poder constituinte e vassalo dos direitos humanos. Se quiser superar os seus criadores, o Parlamento perde sua razão de ser. A correção dos rumos, aí, dependerá da atuação judicial.

4- CONCLUSÃO

Se, para Dworkin, a intervenção judicial sobre atos do Parlamento conspira para o aperfeiçoamento da democracia, para Waldron, ao contrário, referida intervenção concorre para a destruição da democracia.

Para o primeiro, a supremacia do Judiciário na tarefa de controlar a constitucionalidade das leis; para o segundo, a supremacia do Parlamento para definir a higidez e a constitucionalidade das leis.

Provou-se que a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos inclina-se fortemente pela intervenção judicial, no caso de omissão ou atuação legislativa contra os direitos humanos.

Se o Parlamento é a casa do povo, o povo não se sente em casa quando é desamparado pelo Parlamento.

E Parlamento é instituição do Estado. Se falhar, a falha é do Estado. Se o Estado naufraga na proteção dos direitos humanos, o Estado é condenado internacionalmente. É que, para a comunidade internacional, direitos humanos não é tema restrito às fronteiras nacionais.

Por isso, a intangibilidade das decisões políticas do Parlamento é assunto ultrapassado no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, conforme demonstramos ao analisar precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Se pudéssemos falar em amizade ideológica, a Corte ficaria com Dworkin, curtindo uma grande inimizade com o absentismo judicial de Waldron.

Os direitos humanos são uma ourivesaria com vários artífices. O Parlamento não é o único produtor do ouro. Por isso, falhando o artífice legislativo, entra o artífice judicial. É sempre mais importante, para os adquirentes, o ouro do que os artífices. É sempre mais importante para o povo os direitos humanos do que a atividade do legislador ou do juiz. Em tema de ourivesaria e de direitos humanos, o produto é sempre mais importante do que o produtor: metal precioso, para os adquirentes do produto da ourivesaria; direitos humanos, para os receptores da atividade legislativa e judicial.

Os direitos humanos são uma joia rara que deve ser encontrada na luz do dia ou, mesmo, no recôndito dos diplomas legais. Se a joia rara não for encontrada na lei, a joia rara deve ser captada sensivelmente pela obra do intérprete judicial (LIMA: 2021, sem páginas).

A democracia é sempre a mãe; os direitos humanos, o alimento; os filhos, os poderes estatais. Cada filho, com uma tarefa. O Poder Executivo e o Poder Legislativo, na linha de frente; o Poder Judiciário, na linha de trás. A linha da frente, com a roçagem primária; a linha

de trás, com a roçagem corretiva. Falhando a roçagem primária, indispensável a roçagem corretiva, para a produção do alimento, para a concretização dos direitos humanos.

Por isso, dúvida não há: se os direitos humanos forem esquecidos pelo Legislativo, não o poderão ser pelo Judiciário. A distração de um, em matéria de direitos humanos, exige sempre o desvelo e o devotamento do outro. Esse o marco institucional traçado pela democracia; essa a configuração institucional exigida pela Corte Interamericana. Menos Waldron e mais Dworkin.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DWORKIN, Ronald. **Casos constitucionais.** In: *Levando os direitos a sério.* São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Law as interpretation.** In: *Arguing about law.* Edited by Aileen Kavanagh and John Oberdiek. London and New York: Rotledge, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de Princípio.** Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana.** Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica: Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito.** 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LIMA, Fernando Antônio de. **Sentimentos em pequenas frases.** No prelo: 2021.

MENDES, Conrado H. **Controle de constitucionalidade e democracia.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores.** São Paulo: Saraiva, 2009.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade.** 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, Jeremy. **A essência da oposição ao *judicial review*.** Tradução: Adauto Villela. Revisão da tradução: Eliana Valadares Santos. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino;

MOREIRA, Luiz (Org.). Legitimidade da jurisdição constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 2004.
REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS NACIONAIS E INTERNACIONAIS.

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS INTERNACIONAIS

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Almonacid Arellano e outros (2016)**. Sentença de 26 de setembro de 2006. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/almonacidarellano.pdf>. Acesso: 2/10/2021.

_____ **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso: 2/10/2021.

_____ **Caso Lagos Del Campo vs. Peru**. Sentença de 31 de agosto de 2017. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/corteidh/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf. Acesso: 2/10/2021.

_____ **Caso dos Trabalhadores da Empresa Petroperu e outros vs Peru (2017)**. Sentença de 23 de novembro de 2017. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_344_esp.pdf. Acesso: 2/10/2021.

_____ **Caso Poblete Vilches vs. Chile (2018)**. Sentença de 8 de março de 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf. Acesso: 2/10/2021.

_____ **Caso San Miguel Sosa vs. Venezuela (2018)**. Sentença de 8 de fevereiro de 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_348_esp.pdf. Acesso: 2/10/2021.