

**III JORNADA INTERAMERICANA DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS E I
SEMINÁRIO NACIONAL DA REDE
BRASILEIRA DE PESQUISA EM
DIREITOS FUNDAMENTAIS | RBPDF**

**ANAIS III JORNADA INTERAMERICANA DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS E I SEMINÁRIO
NACIONAL DA REDE BRASILEIRA DE PESQUISA
EM DIREITOS FUNDAMENTAIS | RBPDF**

COMISSÃO CIENTÍFICA

Profa. Dra. Ana Cândida da Cunha Ferraz (UNIFIEO)
Prof. Dr. Carlos Luiz Strapazzon (UNOESC)
Prof. Dr. Cesar Landa (PUC, Lima – Peru)
Prof. Dr. Cezar Bueno de Lima (PPGDH/PUCPR)
Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (UNIBRASIL)
Profa. Dra. Elda Coelho de Azevedo Bussinger (FDV)
Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu (Unifor)
Prof. Dr. Gonzalo Aguillar (Universidade de Talca - Chile)
Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet (PUCRS)
Prof. Dr. Luis Henrique Braga Madalena (ABDCONST)
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva (UFS)
Profa. Dra. Margareth Anne Leister (UNIFIEO)
Profa. Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal (UNISC)
Prof. Dr. Narciso Leandro Xavier Baez (UNOESC)
Prof. Dr. Pedro Paulino Grandez Castro (PUC, Lima – Peru)
Prof. Dr. Rubens Beçak (USP-Ribeirão Preto-SP)
Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira (PUCSP)

UNIVERSIDADES E INSTITUIÇÕES PARTICIPANTES

ABDCONST | Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, PR
CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - Brasil
FDV | Faculdade de Direito de Vitória, ES, Brasil
IDP | Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, Brasil
PUCP | Universidade Católica do Perú, Lima, Perú
PUCPR | Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil
PUCRS | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil
RBPFD | Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais
Rede Interamericana de Pesquisa em Direitos Fundamentais
UEXTERNADO | Universidad Externado, Colômbia
UFMS | Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil
UFMT | Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil
UFS | Universidade Federal de Sergipe, Aracaju, SE, Brasil
UNIBRASIL-PR | Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil
UNIFIEO | Centro Universitário FIEO – São Paulo, SP, Brasil
UNIFOR | Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil
UNISC | Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, RS, Brasil
UNINOVE | Universidade Nove de Julho, SP, Brasil
UNOESC | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, SC, Brasil
UPF | Universidade de Passo Fundo, RS, Brasil
USP | Universidade de São Paulo - Ribeirão Preto, SP, Brasil
UTALCA | Universidade de Talca, Chile

A532

Anais III Jornada Interamericana de Direitos Fundamentais e I Seminário Nacional da Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais [Recurso eletrônico on-line] organização Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais;

Coordenadores: Carlos Luiz Strapazzon, Lucas Gonçalves da Silva, Vladimir Oliveira da Silveira – São Paulo: RBPFD, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-384-9

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

11. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos internacionais. 2. Direitos humanos. 3. Direitos fundamentais. 4. Jurisdição constitucional. 5. Direitos Cíveis. 6. Direitos políticos. 7. Direitos sociais. 8. Direitos econômicos. 9. Direitos culturais. I. III Jornada Interamericana de Direitos Fundamentais e I Seminário Nacional da Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais (1:2016 : São Paulo, SP).

CDU: 34



Rede Brasileira de Pesquisa
em Direitos Fundamentais

III JORNADA INTERAMERICANA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E I SEMINÁRIO NACIONAL DA REDE BRASILEIRA DE PESQUISA EM DIREITOS FUNDAMENTAIS | RBPDF

ANAIS III JORNADA INTERAMERICANA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E I SEMINÁRIO NACIONAL DA REDE BRASILEIRA DE PESQUISA EM DIREITOS FUNDAMENTAIS | RBPDF

Apresentação

APRESENTAÇÃO

Os Anais da III Jornada Interamericana de Direitos Fundamentais e I Jornada Brasileira do Seminário da Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais, realizado entre os dias 26 a 28 de outubro do ano de 2016, na cidade de São Paulo, contou com a apresentação de artigos científicos nos Grupos de Trabalho Temáticos que analisaram os mais relevantes temas correlatos e conexos aos direitos fundamentais.

Os trabalhos foram avaliados pela Comissão Científica do Seminário, mediante o processo da dupla avaliação cega por pares, de forma a atender aos critérios Qualis Eventos da CAPES. Na presente publicação, foram selecionados os resumos dos trabalhos apresentados e que foram criteriosamente selecionados.

Conforme pode ser verificado, os resultados disponibilizados na publicação resultam de temas mais importantes da a Rede Brasileira da Pesquisa em Direitos Fundamentais e da Rede Latino Americana de Pesquisa em Direitos Fundamentais. Naturalmente, como se trata da primeira publicação, existe uma tendência de que as pesquisas venham a se consolidar e que para o próximo Seminário, os resultados possam trazer elementos mais concretos de análise, inclusive em relação ao aumento do fator de impacto dos trabalhos.

Vale destacar que os temas ligados aos direitos fundamentais, direitos sociais, acesso à justiça, tanto no plano interno como internacional, cada vez estão mais presentes em nossa sociedade, principalmente quando vivemos em tempos de reduções e de limitações dos direitos sociais e fundamentais.

Naturalmente debater os temas mais importantes que estão na pauta nacional e mundial são de extrema relevância para que possamos buscar dialogar, cada vez mais, com os meios acadêmicos e produtivo, englobando a própria sociedade civil.

Portanto, os resultados aqui publicados, demonstram parte das pesquisas realizadas dentro da Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais e que pretende-se consolidar, cada vez mais, como um espaço de referência e de debate sobre os mais importantes temas que ocupam as agendas nacional e internacional.

São Paulo, 15 de novembro de 2016.

Prof. Dr. Carlos Luiz Strapazzon

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva

Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira

**CONSTRUÇÃO DE CONSENSO COMO ELEMENTO EFICACIAL PARA
ADOÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO BRASIL**
**CONSENSUS BUILDING APPROACH AS EFFECTIVENESS FACTOR FOR
ADOPTION OF CONVENTIONALITY CONTROL IN BRAZIL**

Marcus Pinto Aguiar ¹

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo apresentar a construção de consenso como instrumento para favorecer a adoção do controle de convencionalidade no Brasil a partir de relações dialógicas entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal. Por meio de pesquisa bibliográfica, em especial na área de direito internacional de direitos humanos e de construção de consenso, justifica-se pelas dificuldades de aplicação do controle de convencionalidade, concluindo que podem ser superadas por uma hermenêutica dialógica e colaborativa, adequada para fomentar a eficácia da concretização de tais direitos na esfera estatal.

Palavras-chave: Controle de convencionalidade, Construção de consenso, Relações dialógicas, Diálogo interjurisdicional

Abstract/Resumen/Résumé

This work aims to present the consensus building as a tool to promote the adoption of conventionality control in Brazil from dialogical relations between the Inter-American Court of Human Rights and the Supreme Federal Court. Through bibliographical research, particularly in international human rights law and consensus building, justify itself by the difficulties of conventionality control practices, concluding that they can be overcome by dialogical and collaborative hermeneutics appropriate to promote effectiveness of the implementation of such rights in the state sphere.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Conventionality control, Consensus building, Dialogical relations, Interjurisdictional dialogue

¹ Doutorando e mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR); bolsista PROSUP /CAPES; advogado, administrador e professor do curso de graduação em Direito da Universidade de Fortaleza.

INTRODUÇÃO

Uma das grandes conquistas do século XX tem sido o processo de universalização dos direitos humanos em torno do qual foram criadas estruturas transnacionais, formadas por arranjos institucionais e normativos, com a intenção de atuar conjunta, complementar e cooperativamente, com a finalidade principal de proteção e promoção da pessoa humana por meio da concretização dos direitos humanos, no âmbito global, e dos direitos fundamentais, localmente.

Observa-se, entretanto, que apesar da participação intensa do Estado brasileiro no processo de ratificação e incorporação interna de Tratados Internacionais de Direitos Humanos, há uma resistência muito grande do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, de utilizar tais instrumentos normativos como parâmetros de validade de atos dos agentes públicos internos, além da jurisprudência (contenciosa e consultiva) da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ou mesmo de decisões em matéria de direitos humanos produzidas por outras Cortes Supremas de Estados latino-americanos.

O presente trabalho entende que, apesar da relevância do desenvolvimento institucional e da busca de aplicação de elementos operacionais e normativos para garantir a eficácia da concretização dos direitos fundamentais no plano nacional é necessária a utilização de instrumentos que promovam relações dialógicas e colaborativas entre agentes públicos legitimados, com ampliação para a esfera privada, de modo a fortalecer práticas conjuntas que tenham a pessoa humana como fundamento e finalidade das ordens política e jurídica.

Assim, o objetivo desta pesquisa é propor a superação das dificuldades de adoção do controle de convencionalidade no Brasil, como instrumento de integração da normatividade em matéria de direitos humanos fundamentais com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a partir da aplicação prévia da metodologia da construção de consenso – *consensus building approach* – em busca da concepção de uma hermenêutica dialógica e colaborativa para garantir a eficácia da aplicabilidade dos tratados internacionais de direitos humanos e dos direitos fundamentais.

Dessa forma, a pesquisa adota como metodologia a utilização de pesquisa bibliográfica no âmbito do direito internacional dos direitos humanos, direitos fundamentais e da construção de consenso, para propor a adoção do controle de convencionalidade pelo Estado brasileiro, a partir também de uma reflexão crítica sobre

a concepção jurisprudencial unilateral da Corte Interamericana de Direitos Humanos em torno desse instrumento de controle judicial e da proposta de aplicação do método de construção de consenso.

Nessa perspectiva, a pesquisa conclui que a prática da aplicação da técnica da construção de consenso pode favorecer uma elaboração hermenêutica dialógica e colaborativa da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e demais tratados internacionais de direitos humanos, promovida ente as Cortes superiores dos Estados Membros do Sistema Interamericano – aqui, restrita ao Estado brasileiro - e a Corte Interamericana, e alcançar maior eficácia na adoção do controle de convencionalidade e de práticas operacionais cujas finalidades sejam a proteção e a promoção dos direitos fundamentais, além de difundir uma cultura jurídica nacional permeável e que valorize as contribuições de jurisdições supranacionais.

1 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO PROMOTOR DE RELAÇÕES DIALÓGICAS INTERJURISDICIONAIS

A interação das estruturas jurisdicionais transnacionais e nacionais pode ser considerada fundamental para reverter o processo de coisificação da realidade da vida humana (e não humana) e de desagregação social, além de possibilitar a disseminação de uma cultura global/local de promoção dos direitos humanos na qual as pessoas – individual e coletivamente - passem a agir no mundo com o sentimento e a racionalidade próprios que almejam a valorização e o respeito à igual dignidade existencial de cada ser, promovendo iguais oportunidades de acesso aos bens materiais e imateriais necessários à concretização de planos de vida individuais e ao bem-estar social, possíveis de serem alcançados por meio da proteção e promoção dos direitos humanos.

Nesse contexto, relações de cooperação entre jurisdições supranacionais e internas favorecem a disseminação de uma cultura de direitos humanos capaz de incrementar a eficácia das normas convencionais de direitos humanos e reforçar a aplicabilidade dos direitos constitucionais fundamentais ao trabalhar com a visão sistêmica de interdependência por meio do fortalecimento de vínculos estabelecidos em bases dialógicas que ensejem as melhores práticas jurisdicionais, retroalimentáveis e expansivas, aplicando, conjuntamente, uma hermenêutica construída colaborativamente com o objetivo comum bem delimitado em matéria de direitos humanos fundamentais,

qual seja: satisfazer as necessidades materiais e imateriais básicas da pessoa humana na busca de um patamar de máxima dignidade de vida para cada uma.

Desse modo, o controle de convencionalidade pode ser compreendido como instrumento de favorecimento de relações dialógicas interinstitucionais (interjurisdicionais), que busca fortalecer a interação entre os Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a ordem jurídica nacional, para garantir a eficácia da concretização dos direitos humanos fundamentais.

Reconhece-se, no entanto, pelas manifestações do Poder Judiciário brasileiro, em especial pelas decisões do Supremo Tribunal Federal, em matéria de direitos fundamentais, que há uma dificuldade grande para dialogar com as instâncias supranacionais da qual o Brasil é membro e parte em vários Tratados Internacionais de Direitos Humanos, mesmo que estes apresentem certa harmonia com os direitos constitucionais fundamentais, tendo em vista suas identidades substanciais.

Situação deveras paradoxal, uma vez que o Estado decide soberanamente se tornar membro do organismo internacional – no escopo deste trabalho, a Organização dos Estados Americanos (OEA) e a Organização das Nações Unidas (ONU) – e parte nos tratados internacionais propostos multilateralmente, para se tornar ao mesmo tempo violador destes instrumentos normativos e descumpridor de suas obrigações supranacionais assumidas em nome da boa fé e da cooperação internacional, além de não cumprir seus deveres constitucionais de assegurar a efetividades dos direitos sociais e individuais fundamentais.

Nesse sentido, para além da questão política e jurídica da dificuldade de aceitação de uma suposta intervenção de Cortes supranacionais na ordem interna, pode-se também considerar o desconhecimento no âmbito do judiciário e a deficiência de difusão interna do mecanismo de controle de convencionalidade; além dessas duas razões para não aplicação do referido controle, o presente trabalho critica o modelo assimétrico de construção da interpretação dos tratados internacionais anteriormente referidos.

Vale ressaltar que as relações dialógicas aqui delineadas não são concebidas com o propósito de afetar o âmbito de atuação e a competência específica quer do sistema supranacional quer do nacional, mas tão somente incrementar a visão sistêmica deste modelo para alcançar excelência operacional e a própria eficácia da concretização dos direitos humanos fundamentais no âmbito nacional, por meio da compatibilização dos atos internos dos agentes públicos com os Tratados Internacionais de Direitos

Humanos, em especial, no caso do Brasil, com a Declaração Americana sobre Direitos Humanos e demais instrumentos normativos – *corpus juris* - produzidos no âmbito do Sistema Interamericano, característica da existência de um autêntico bloco de convencionalidade.

Assim, espera-se fortalecer condutas preventivas e evitar futuras violações, como característica de uma política eficaz de garantia de direitos fundamentais cuja aplicabilidade deve ser necessariamente difusa, não apenas do ponto de vista da espécie de controle jurisdicional de validade das normas internas (“controle de convencionalidade difuso”) – manejado a partir da primeira instância do Poder Judiciário – que é essencial para a eficácia operacional do mecanismo, mas também que sua aplicação se dê pelos demais agentes públicos, tanto na esfera legislativa quanto administrativa, além do seu conhecimento no contexto social mais amplo, no qual a ação dos movimentos populares tende a fortalecer todo o processo de concretização de direitos.

Ao lembrar, entretanto, que a *raison d’être* desse processo de interação e colaboração entre a ordem jurídica nacional, especialmente o Supremo Tribunal Federal, e a Corte Interamericana, é garantir a proteção e promoção da pessoa humana, a partir de uma visão intersistêmica, pode-se compreender a necessidade de utilizar todos os institutos, instituições e demais expressões culturais existentes no âmbito territorial para garantir a eficácia de tal façanha, uma vez que as estruturas e estratégias, quer políticas, quer jurídicas, ou de qualquer outra ordem, devem ter como finalidade primeira a promoção do desenvolvimento da pessoa humana e de suas comunidades.

Nessa perspectiva, a justificativa da adoção do controle de convencionalidade pelo Brasil se fundamenta na possibilidade de sua utilização como instrumento de promoção e fortalecimento da eficácia da concretização interna dos direitos humanos fundamentais, e do fiel cumprimento dos deveres constitucionais e convencionais impostos ao Estado brasileiro nessa matéria, uma vez que ambos – direitos e deveres - têm como princípio de suas finalidades a concretização da dignidade da pessoa humana na realidade existencial de cada uma que se encontra no país.

Importa ressaltar o reconhecimento de que se fala aqui não de uma eficácia que se circunscreve apenas ao sentido jurídico, mas, de forma ampla, interessa verdadeiramente, a eficácia sociológica ou real, quer se realize autonomamente ou heteronomamente, isto é, a eficácia no sentido pragmático pode se dar por observância

da norma ou por imposição, de qualquer forma, em ambos os casos se fala de concreção da norma (NEVES, 2007).

Nesse contexto, dispõe o artigo 1º da Convenção Americana de Direitos Humanos, quando afirma que os Estados-partes têm a obrigação de respeitar os direitos e liberdades previstos na Convenção, além de garantir seu livre e pleno exercício a todas as pessoas que se encontram em seus territórios (OEA, 1969). E, desse modo, compreende-se que tal previsão se harmoniza plenamente com o Preâmbulo da Constituição Federal do Brasil que atesta ser a finalidade do Estado brasileiro, entre outras, “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais” (BRASIL, 2014). Logo, do ponto de vista pragmático, assegurar significa esforços para efetivá-los na concretude da vida humana, espaço no qual se dá o autêntico sentido para a prescrição de tais direitos.

Vale ressaltar, entretanto, que o Estado brasileiro, conforme disposição constitucional, está obrigado a se pautar pelo princípio da prevalência dos direitos humanos (artigo 4º, inciso II, da Constituição Federal), tanto em suas relações internacionais de cunho diplomático, como também no que se refere a seus compromissos convencionais, adicionados aos princípios da boa-fé e da cooperação internacional, com a finalidade de alcançar a máxima eficácia possível na aplicabilidade dos tratados de direitos humanos em vigor.

Assim, nesse contexto, pode-se afirmar que existe para o Estado brasileiro o dever de adotar instrumentos que garantam a concretização da prevalência anteriormente referida – dos direitos humanos - e, para tanto, aqui se tenta consolidar a ideia de que o controle de convencionalidade é um deles, aos moldes do que preconiza a Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu artigo 2º, quando atribui aos Estados-partes a obrigação de adotar “medidas de qualquer natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades” (OEA, 1969).

Sabe-se, todavia, que o controle de convencionalidade é primordialmente um instrumento criado por meio de construção jurisprudencial/hermenêutica da própria Corte Interamericana de forma unilateral, sem previsão específica no Pacto de São José ou qualquer outro tratado no âmbito do Sistema Interamericano, com a finalidade de fortalecer sua competência; decorrendo sua eficácia, entretanto, ainda do voluntarismo institucional, de modo que esta particularidade tem causado divergências para a aplicação do controle aqui defendido.

Daí se entender necessária uma crítica ao desenho atual de implementação do controle de convencionalidade, que se baseia preferencialmente na interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos para aferir a compatibilidade das normas nacionais com as convenções em matéria de direitos humanos.

Desse modo, apesar da Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu artigo 62.3, dispor que a Corte Interamericana é sua intérprete última, o referido controle pode ser feito tanto pelo Tribunal máximo local (controle de convencionalidade interno), como pela Corte Interamericana (controle de convencionalidade externo), desde que prevaleça a interpretação internacional (SAGUÉS, 2009).

Logo, diante de qualquer divergência entre os controles anteriormente citados, a interpretação internacionalista é a que se considera prevalente, desmerecendo a possibilidade de enriquecimento que uma hermenêutica dialógica e colaborativa, construída consensualmente, possa trazer para a eficácia do sistema em sua percepção aberta e ampliada. Isto sem se falar que o tema da hierarquia institucional ou normativa é considerado aqui como debate superado por conta da prevalência do princípio *pro persona* ou *pro homine*, cuja previsão é feita tanto pela Convenção Americana (artigo 29), como pela Constituição Federal brasileira, por exemplo, em seus artigos 1º, 4º e 5º.

Outro aspecto importante, no contexto de promoção do referido enriquecimento hermenêutico da normatividade do sistema, é a abertura da contribuição e comprometimento por parte dos agentes envolvidos, especialmente os do plano nacional, uma vez que estes têm melhores condições de atualizar a complexidade da realidade local em seus múltiplos aspectos: político, jurídico, econômico, social e cultural.

Daí a importância da adoção do controle de convencionalidade de forma colaborativa e dialógica entre as jurisdições, para que este instrumento encontre condições propícias para sua ampla aplicação e eficácia operacional como forma de garantir a difusão de uma cultura de direitos humanos que fortaleça a utilização de todos os mecanismos legítimos e adequados para a promoção da pessoa humana.

Assim, o trabalho entende que adoção do controle de convencionalidade como instrumento de ampliação eficaz da normatividade supranacional e da nacional em matéria de direitos humanos fundamentais, e sua operacionalidade, realizem-se, prevalentemente, a partir do fortalecimento das relações dialógicas entre a Corte Interamericana e o Supremo Tribunal Federal (STF), valorizadas pela participação dialógica e colaborativa de seus agentes legitimados.

Nesse sentido, o controle de convencionalidade é entendido como metodologia de solução de conflitos aplicável interinstitucionalmente e que tem por finalidade a busca de soluções consensuais, por meio do fomento ao diálogo e à colaboração na construção de práticas operacionais e uma hermenêutica constitucional/internacional favorável à pessoa humana.

Assim, a proposta do presente trabalho não é tratar da dimensão do diálogo apenas no sentido que usualmente se faz neste campo de direitos humanos, isto é, referir-se ao intérprete/aplicador da norma que realiza isoladamente uma leitura – escuta - dos instrumentos normativos de fontes diferenciadas e que, subjetivamente, realiza um diálogo entre normas para, a partir deste momento, decidir pela que mais favorece a pessoa humana, em geral, o que sofre a violação de direitos.

Em que pese a importância deste procedimento decisório anteriormente referido que se dá a partir da construção hermenêutica empreendida pelo intérprete/aplicador da norma, o presente trabalho tem a finalidade de propor um mecanismo de promoção do diálogo entre pessoas, entre múltiplos intérpretes, quer os que proferirão a decisão final ou não, mas que, com base no processo de diálogo, possa ser criado um espaço colaborativo que contribua para uma elaboração jurisprudencial constitucional/internacional o mais consensual e dinâmica possível em torno da concretização dos direitos humanos fundamentais.

Desse modo, ao se partir do pressuposto que a Corte Interamericana tem interesses comuns com o Supremo Tribunal Federal em matéria de prevalência e aplicabilidade dos direitos humanos, o trabalho apresenta como método para fortalecer esses movimentos operacionais e jurisdicionais a construção de consenso ou *consensus building approach*.

Como se esclarece adequadamente a seguir, a metodologia da construção de consenso, para o caso específico deste trabalho, visa motivar e facilitar o diálogo entre pessoas que desejam construir uma solução consensual para superar um determinado conflito, no caso, a utilização do controle de convencionalidade para aplicação da norma mais favorável à pessoa humana frente às questões relativas aos direitos humanos. Para tanto, foca-se mais nos valores e interesses comuns – concretização dos direitos humanos e promoção da dignidade da pessoa humana - do que nas posições – hierarquia ou poder - que os envolvidos defendem no início do processo dialógico.

Não se trata assim, de aplicar o controle de convencionalidade conjuntamente entre intérpretes nacionais e supranacionais, mas de criar condições prévias (materiais e

imateriais) para adoção do referido controle de forma colaborativa e com responsabilidade, atitudes que nascem de movimentos dialógicos que se dão anteriormente e que disseminam uma racionalidade e uma disposição individual e coletiva de construir as melhores práticas operacionais e jurídicas possíveis para o incremento eficaz dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e dos direitos fundamentais no território brasileiro, instrumentos essenciais para a autêntica promoção de condições de vida propícias para a existência humana.

2 A CONSTRUÇÃO DE CONSENSO POR MEIO DE RELAÇÕES DIALÓGICAS

Dentro da proposta aqui expressa, pretende-se neste momento apontar um método não adversarial¹, denominado construção de consenso, que pode ser utilizado também como instrumento para promover o processo de adoção do controle de convencionalidade no Brasil e assegurar a eficácia da aplicabilidade dos direitos humanos na esfera estatal.

A construção de consenso, no âmbito desse trabalho, volta-se para as relações dialógicas interinstitucionais, no caso, entre os Tribunais ou Cortes Superiores do poder judiciário nacional – no Brasil, o Supremo Tribunal Federal - e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Nesse sentido, percebe-se que não é usual, nem profícua, a relação dialógica entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana, quando se leva em consideração as referências à corte supranacional que o primeiro faz em sua jurisprudência, e também pela necessidade de manutenção do seu *status* hierárquico superior, mesmo em matéria de direitos humanos no âmbito nacional, condições reveladoras também do valor que o Supremo atribui às decisões da Corte Interamericana e ao Sistema Interamericano como um todo.

Dessa forma, entende-se que as relações interinstitucionais ou interjurisdicionais não devem ser vistas apenas como referências cruzadas feitas pelos membros de determinada jurisdição às decisões e/ou argumentações advindas de outra jurisdição, mas, no escopo deste trabalho, refere-se principalmente a encontros pessoais

¹ A solução de conflitos baseada na técnica da Construção do Consenso está fundada em alguns princípios aplicáveis ao instituto da mediação, entre eles, o da “não competitividade”, que segundo Sales (2004, p.47), indica que “o conflito deve ser recebido de forma a não incentivar competição. As partes não estão em campos opostos, competindo, mas, sim, estão cooperando para que ambas sejam vencedoras”.

e por outros instrumentos comunicativos que permitam que os juízes e outros atores públicos e sociais, advindos da jurisdição nacional e supranacional, responsáveis e interessados pela concretização dos direitos humanos fundamentais no âmbito nacional, mantenham relações dialógicas com a finalidade de construir uma hermenêutica colaborativa para realizar as melhores práticas no campo de tais direitos. Nesse ponto, também é importante a utilização de uma metodologia de trabalho adequada para alcançar maior eficácia neste processo dialógico intersubjetivo e interjurisdicional.

Quer como direitos fundamentais, ou direitos humanos, ambos são reconhecidos como portadores dos mesmos conteúdos éticos capazes de realizar ideais de justiça social e essenciais para o desenvolvimento da pessoa humana, assim como para a promoção de sua dignidade nos diversos aspectos: físico, psíquico, espiritual, pessoal, civil, político, econômico e cultural. Entretanto, o fato de terem fontes normativas diferentes enseja algumas dificuldades, mais ideológicas, do que técnicas.

Assim, dentro da diferenciação aqui feita, os direitos humanos têm como fontes principais os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, e os direitos fundamentais, as Constituições dos Estados e sua normatividade interna; o que implica algumas vezes em confrontos pela supremacia hierárquica, hipótese que nasce do conflito de aplicabilidade entre direitos de fontes diferentes no mesmo território, como é o caso em questão. Vale ressaltar, que para o escopo deste trabalho, também se utilizará a expressão direitos humanos fundamentais como referentes as duas categorias, mas consideradas de modo interdependentes quando aplicadas na ordem interna nacional.

Para resolver o conflito de interação normativa – e entre jurisdições - propõe-se a utilização da técnica do diálogo internormativo ou entre fontes, que prescinde da disputa hierárquica entre estas, por conta da paridade substancial e teleológica dos direitos humanos e dos fundamentais, e se realiza por meio da aplicação da norma mais favorável à pessoa humana², quer seja a proveniente da fonte internacional ou da nacional, isto é, a aplicação da norma no caso concreto deve ser a daquela que “mais amplia o gozo de um direito ou liberdade ou de uma garantia à pessoa” (MAZZUOLI, 2010, p.142).

Entretanto, como máximo aplicador e intérprete da ordem jurídica brasileira, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem entendido que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos são acolhidos internamente em posição hierárquica inferior à

² Também conhecido como princípio *pro homine*. Sobre tal princípio, cf. Ramos (2012, p. 94) e Mazzuoli (2011, p.54).

Constituição Federal³, determinando o *status* hierárquico como critério para solução de conflitos entre normas fundamentais; dessa forma, consagra seu espaço de poder supremo nacional, enquanto dificulta a efetivação do caráter expansivo dos direitos humanos, ao contrário do que dispõe o artigo 4º, inciso II, da Constituição brasileira vigente, que preconiza a “prevalência dos direitos humanos”.

Assim, a partir deste ponto, já se refere à postura da Corte Suprema brasileira nessa questão como tibia e retrógrada, uma vez que se entende por descabida a disputa de “prevalência” de hierarquia jurisdicional diante da necessária soberania da pessoa humana e da concretização dos direitos fundamentais como diretriz argumentativa – *ratio decidendi* – para decidir no caso concreto questões neste âmbito jurídico.

Outro tipo de conflito que nasce do choque de jurisdições se refere à interpretação dos Tratados Internacionais dos Direitos Humanos diante dos casos de violação de direitos no território nacional, pois o Estado pode ratificar tais Tratados, mas dar-lhes a interpretação que mais lhe convier, diferentemente do que foi acordado, ou como afirma Ramos (2012, p. 31), cair no “truque do ilusionista”, quer dizer: “as Estados ratificam tratados, os descumprem cabalmente, mas alegam que os estão cumprindo”. Nesse sentido, dispõe a lição de Silva (2010, p. 102) que:

O segundo tipo de colisão é **quadrilateral** e a ênfase recai na jurisdição: pode-se dizer que ele envolve a **colisão entre soluções jurisdicionais de colisões**. De um lado, tem-se a decisão de um tribunal nacional acerca de uma colisão entre dois direitos fundamentais; de outro, a solução de um tribunal supranacional para a colisão entre os mesmos direitos fundamentais (ainda que previstos em documento distinto). A questão aqui diz respeito, portanto, a esse choque entre jurisdições.

A questão da uniformidade de interpretação das normas é um dos pontos mais importantes observados pelos organismos de supervisão das condutas estatais em matéria de direitos humanos, pois esta prática contribui para afastar diferenças conceituais irreconciliáveis acerca destes direitos e para estabelecer os contornos e sentidos adequados das normas (RAMOS, 2012, p.71). Vale ainda a referência de que a não aplicação da interpretação internacional por parte do Supremo Tribunal Federal não implica necessariamente na violação de direitos humanos, mas que apenas se valorizou prioritariamente a interpretação constitucional.

³ Salvo na hipótese do parágrafo 3º, do artigo 5º da Constituição Federal: “§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (BRASIL, 2014).

Assim, em relação à convergência hermenêutica, fundamental para a funcionalidade do Sistema, é preciso atentar aqui para o fato de que, de acordo com o artigo 62.1, da Convenção Americana de Direitos Humanos, fazem parte da competência da Corte Interamericana “todos os casos relativos à interpretação e aplicação desta Convenção”. Daí o entendimento de que a interpretação a ser seguida é a determinada pela instância supranacional (OEA, 1969).

No âmbito deste trabalho se entende que as relações entre os atores jurídicos nacionais e supranacionais que operam em torno do Sistema Interamericano devem se dar preferencialmente na forma de diálogo, colaboração e de busca de consenso, principalmente no campo da hermenêutica da normatividade internacional/constitucional, até porque não há vínculo hierárquico verticalizado entre as referidas jurisdições, e, como anteriormente referido, em que pesem as obrigações provenientes das adesões às convenções internacionais, as sanções morais – *power of embarrassment* – não são suficientes para demover o Estado do não cumprimento do que fora pactuado.

Daí entender este trabalho que apesar do reconhecimento da importância da interpretação supranacional em torno do *corpus iuris* em matéria de direitos humanos, é preciso lembrar o caráter complementar do sistema internacional e que a aplicabilidade das normas se dá no âmbito nacional, ainda em respeito à soberania do Estado, que também tem a sua disposição um plexo normativo interno adequado à concretização dos direitos humanos fundamentais.

Assim, não se trata apenas de reconhecer e integrar mais direitos, uma vez que a grande maioria já tem previsão constitucional, mas sim de valorização e desejo de efetivá-los plenamente. Nesse sentido é que se criticam posicionamentos extremados relativos a questões de superioridade hierárquica, tanto para um lado como para o outro, aos moldes da proposta de Bobbio (2004, p.39), quando afirma que:

Mas só será possível falar legitimamente de tutela internacional dos direitos do homem quando uma jurisdição internacional conseguir impor-se e superpor-se às jurisdições nacionais, e quando se realizar a passagem da garantia *dentro* do Estado – que é ainda a característica predominante da atual fase – para a garantia *contra* o Estado.

Quem poderá garantir que uma estrutura burocrático-jurídica supranacional terá condições de atuar com eficácia em tantas realidades estatais dotadas de expressões culturais tão distintas como as que se encontram na América Latina? Por isso se reforça a ideia e a busca de uma práxis dialógica e colaborativa para superar o déficit de

concretização dos direitos humanos fundamentais e que tenha o controle de convencionalidade como ponto de articulação.

Desse modo, como meio de superar esta visão limitada e verticalizada, alimentada também pela própria Corte Interamericana, e que tantas dificuldades tem causado no relacionamento entre os Estados e este tribunal internacional para a efetivação de direitos, em que pesem também inúmeras conquistas, alertam Abramovich e Courtis (2006) que:

O dever de cumprir com as decisões dos tribunais internacionais não deveria conduzir à aplicação cega da jurisprudência internacional; corresponde também aos juízes nacionais e, em especial, aos tribunais superiores, apontar suas discordâncias e observações [...] com a finalidade de ajustar e aperfeiçoar suas decisões. A plena integração da justiça argentina a uma ordem jurídica internacional requer, precisamente, do tipo de **diálogo crítico** que a Corte Suprema sugere à Corte Interamericana neste caso⁴. (grifo nosso)

Obviamente, a aceitação cega e integral das decisões e interpretações da Corte Interamericana, por mais que previstos convencionalmente, gera, naturalmente, uma postura defensiva do Estado, especialmente ao longo do tempo, no caso de não existir política de Estado apropriada para a matéria (e simples dependência da vontade política de governos), além das críticas de ativismo judicial deste tribunal supranacional.

Dessa forma, ressalta-se nesta pesquisa, primeiramente, que apesar de não haver vínculo hierárquico entre as jurisdições nacional e supranacional, o Estado que integra em sua ordem jurídica instrumentos convencionais em matéria de direitos humanos está vinculado às disposições desta normatividade, com base nos princípios da boa-fé, cooperação internacional e mesmo do *pacta sunt servanda*.

Dito isto, entretanto, não se deixa de reconhecer que, na prática, estes elementos não têm sido suficientes para alcançar um nível de efetividade adequada dos direitos fundamentais na ordem nacional e que se faz necessário o uso de metodologias que animem o diálogo interpessoal e presencial entre agentes públicos interessados e legitimados a contribuir com o incremento eficaz dos sistemas de proteção e promoção de direitos humanos.

O que se percebe da jurisprudência pátria é que as autoridades competentes não têm nem ao menos levado em consideração a possibilidade de enfrentar o “ônus

⁴ Cf. Abramovich e Courtis (2006), na Introdução, p. VII. No original: “El deber de cumplir con las decisiones de los tribunales internacionales no debería conducir a la aplicación ciega de la jurisprudencia internacional; corresponde también a los jueces nacionales, y en especial a los tribunales superiores, señalar sus disidencias y observaciones [...] a fin de ajustar y perfeccionar sus decisiones. La plena integración de la justicia argentina en un orden jurídico internacional requiere, precisamente, del tipo de diálogo crítico que la Corte Suprema sugiere a la Corte Interamericana en este caso”.

argumentativo”, espécie de controle de argumentação de suas decisões que pode fortalecer o diálogo intersubjetivo, por meio do qual as autoridades competentes deveriam, no mínimo, segundo Silva (2010, p.109), “fundamentar de forma consistente por que não seguem a interpretação supranacional”.

Nesse sentido, o método da construção de consenso leva os participantes envolvidos na solução de conflitos a justificar suas posições para que o diálogo possa conduzir todos a superar questões de autoridade para alcançar os interesses e valores comuns que de fato existem no âmbito dos sistemas e que precisam se tornar transparentes para que os acordos alcançados sejam efetivados consciente e responsabilmente por todas as partes.

Além disso, não há dúvidas que o controle de convencionalidade das leis internas quando aplicado pelos juízes nacionais, também enseja uma conduta preventiva que evita que o Estado seja responsabilizado na esfera transnacional por violação de direitos humanos expressos nos instrumentos convencionais do Sistema Interamericano – e mesmo de um *corpus iuris* mais amplo - fruto de uma visão contemporânea apoiada em nova hermenêutica constitucional/internacional, de cunho mais principiológico, baseada no espírito de valorização da dignidade humana, de eticidade e de justiça social que os direitos humanos portam.

Entende-se, no entanto, que a perspectiva dialógica e colaborativa entre Cortes pode ajudar também a superar posicionamentos da Corte Interamericana entendidos como politizados e/ou ativistas, do ponto de vista judicial, e que são considerados capazes de reconhecer novos direitos das vítimas não escritos na Convenção Americana (*punitivización*), e de intrometer, por meio de suas sentenças de reparação, nas condutas dos agentes públicos dos diversos poderes nacionais, considerando estas “antidemocráticas e antiliberais” (MALARINO, 2010, p.53).

Nesse sentido, o entendimento que o Tribunal Europeu tem, e aqui se pode estender tal pensamento à Corte Interamericana, que a Convenção Europeia para a proteção de Direitos Humanos – assim como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos - são *living instruments* (instrumentos vivos), favorece uma interpretação dinâmico-teleológica, isto é, no entender de Ambos e Böhm (2011, p.52) que “o Tribunal considera o sentido e o fim atuais da norma, levando em conta as mudanças (econômicas, sociais e/ou éticas) que ocorreram desde a ratificação da Convenção até os nossos dias”.

É preciso mais uma vez recordar que estes Tribunais internacionais e os Sistemas de Proteção dos Direitos Humanos surgiram da incapacidade dos Estados de garantir interna e autonomamente tais direitos aos seus cidadãos e da vontade e interesse daqueles, através da cessão parcial de suas soberanias, de realizar tamanha façanha. Daí afirmarem Ambos e Böhm (2011, p. 67) apropriadamente que:

Um tribunal de direitos humanos pode – e deve, talvez? – atuar de forma audaciosa se for para ampliar o âmbito de proteção dos indivíduos mediante interpretações *pro individuo* e contra o poder estatal, já que suas decisões não acarretam consequências imediatas aos indivíduos julgados, uma vez que os Estados, não os indivíduos, se encontram em face do processo, nem estão restritos aos princípios reconhecidos (no mundo ocidental) do direito penal, dado que não se trata de processos penais, mas de processos próprios do direito internacional, que tem por fim a limitação do poder estatal em favor do respeito aos direitos individuais⁵.

De qualquer forma, ressalta-se aqui mais uma vez a necessidade de se estabelecer um diálogo interjurisdicional crítico para também evitar riscos de abuso de poder (ou simplesmente insensibilidade) pela Corte Interamericana e de negligência (ou afronta) dos tribunais nacionais, pois é desta relação dialógica e da disposição da vontade pessoal dos agentes políticos e sociais envolvidos neste processo de efetivação dos direitos humanos que a finalidade e a eficácia do Sistema e da Constituição estatal serão alcançadas.

Desse modo, sugere-se como forma de superar estes conflitos, a aplicação do diálogo interinstitucional (ou interjurisdicional, ou entre Cortes), a partir da abordagem da construção do consenso, capaz de facilitar a adoção do controle de convencionalidade e promover a eficácia do Sistema por meio de uma estrutura que proporcione a contínua comunicação entre as Cortes Supremas e Tribunais Constitucionais nacionais - aqui especificamente, a Corte Suprema brasileira - juntamente com a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Nesse contexto, é necessário, como primeiro passo na aplicação da técnica da construção de consenso, atentar para a importância das pessoas⁶ – e suas disposições -

⁵ No original: “Un tribunal de derechos humanos puede —¿y debe, tal vez?— actuar en forma audaz si amplía el ámbito de protección de los individuos mediante interpretaciones *pro individuo*, y contra el poder estatal, ya que sus decisiones no acarrear consecuencias inmediatas a individuos juzgados —puesto que los Estados, no los individuos, se encuentran en proceso— ni están restringidas por los principios reconocidos (en el mundo occidental) del derecho penal —dado que no se trata de procesos penales, sino de procesos propios del derecho internacional, que tienen precisamente por fin la limitación del poder estatal en favor del respeto de los derechos individuales”.

⁶ De acordo com Susskind e Cruikshank (2006, p.23): “O primeiro passo no processo de Construção de Consenso é conseguir as pessoas certas com as expectativas certas para sentar à mesa”. No original: “The first step in any process of consensus building is getting the right people to the table with the right expectations”. Os mesmos autores apresentam um modelo de construção de consenso a partir de cinco

que sentam para tratar das questões relativas à concretização dos direitos humanos. Assim, desde o âmbito estatal, a partir de um processo de interação intersubjetiva entre os membros do próprio judiciário nacional – entre outros órgãos - a promoção de espaços dialógicos permite a superação de obstáculos internos individuais para alcançar o consenso em torno da interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, vencendo a prática negativa de se apurar a soma de decisões individuais isoladas em um espaço colegiado para alcançar soluções colaborativas e mais eficazes.

Assim, quando o diálogo se estender à esfera supranacional, uma vez que estas pessoas vão dialogar em nome de seus países em um processo bastante delicado no qual a diversidade cultural os condiciona por meio de uma racionalidade e afetividade que lhes é inerente, tais representantes podem se considerar e se sentir participantes de um processo de relações simétricas para buscar a colaboração pacífica em torno de valores comuns.

Dessa forma, a construção de consenso é uma metodologia para se alcançar um acordo no qual todos os presentes se sintam contemplados com a solução proposta em um processo dialógico e colaborativo que pressupõe a participação de um mediador (ou mediadores) com as competências necessárias para promover relações interpessoais nestas bases, podendo o(s) mesmo(s) ser escolhidos de instituições que não sejam partes envolvidas, mas que tenham a confiança de todos para conduzir o processo que finda com a concretização do acordo alcançado.

Nesse contexto, os mediadores internos trabalham inicialmente para formar o grupo de trabalho nacional que posteriormente irá representar o Estado brasileiro nas relações dialógicas com a Corte Interamericana para os fins aqui descritos, que poderá conter representantes dos diversos poderes, membros de conselhos institucionais, ativistas de direitos humanos, representantes de órgãos de classe, enfim, pessoas verdadeiramente comprometidas com o desenvolvimento pleno da pessoa humana e da sociedade e que tenham a competência e a legitimidade necessárias para traduzir os acordos em ações operacionais eficazes para a promoção dos direitos fundamentais.

Assim, a utilização da construção do consenso no Brasil, em questões de efetivação de direitos humanos, já ensejaria a abertura para a interação com a jurisdição

passos, a saber: (1) formação do grupo de trabalho (*convening*); (2) estabelecimento de papéis e responsabilidades (*assigning roles and responsibilities*); (3) facilitação da resolução de problemas em grupo (*facilitating group problem solving*); (4) alcançando o acordo (*reaching agreement*); e (5) segurando pessoas a seus compromissos (*holding people to their commitments*) (SUSSKIND; CRUIKSHANK, 2006, p.22).

supranacional, por meio da difusão de uma cultura jurídica – e geral – que compreende sua limitação interna e, colaborativamente, abre-se ao diálogo como outros que também se reconhecem limitados, mas que juntos podem melhorar e expandir suas práticas em favor da pessoa humana.

Para que a promoção do diálogo entre Cortes se dê colaborativamente e se possa alcançar maior efetividade dos direitos humanos fundamentais, a partir da adoção do controle de convencionalidade, a utilização do método de construção de consenso (*consensus building*)⁷ supera posicionamentos de maioria, pois o foco está na relação dialógica que alcança resultados que vão além da escolha feita por uma maioria vitoriosa, que por si mesma gera insatisfação para os minoritários, pois o consenso, como afirmam Susskind e Cruikshank (2006, p.19), permite que “todos que se afastaram da mesa tenham clareza não apenas do que foi prometido para eles, mas também clareza do que eles prometeram para os outros”⁸.

Dessa forma, a abordagem de construção de consenso (*consensus building approach*) permite a possibilidade de diálogo⁹ em torno de múltiplas opções para a solução do conflito em questão, inclusive a geração de diversas combinações entre as propostas, alargando e enriquecendo o espectro de alternativas. Assim, a leitura hermenêutica dos documentos normativos em matéria de direitos humanos fundamentais pode escapar da armadilha da concepção de uma única possibilidade jurídica para a solução de casos de violação de direitos humanos.

Reconhece-se, desse modo, a influência da subjetividade no papel interpretativo e não se tem a pretensão de rechaçá-la ou, simplesmente, negá-la, mas propor a ampliação dos espaços de promoção do diálogo intersubjetivo como forma de fortalecer os sistemas nacional e supranacional.

Nesse sentido, no âmbito do Sistema Interamericano, cada ordem constitucional dispõe sobre os valores mais importantes para sua sociedade e Estado,

⁷ A definição da técnica de “construção de consenso” é a seguinte, de acordo com Susskind e Cruikshank (2006, p.3): “Construção de Consenso é um meio para um grupo ou organização alcançar um acordo praticamente por unanimidade, e implementá-lo com sucesso”⁷. No original: “Consensus building is a way for a group or organization to reach a nearly unanimous agreement, and then implement that agreement successfully”.

⁸ De acordo com a redação original: “[...] that everyone walks away from the table not just clear about what’s been promised to them but also clear about what they’ve promised to others”.

⁹ Afirmam Susskind e Cruikshank (2006, p.46) que: “A abordagem de Construção de Consenso se refere acima de tudo a escutar pessoas, ajudar pessoas a entender melhor uma questão, bem o suficiente para inventar uma boa solução, e então implementar esta solução”. No original: “CBA is all about *listening* to people, *helping* people understand an issue well enough to invent a good solution and then implementing commitment with who is open to creative problem solving”.

principalmente no formato de direitos fundamentais, além de poderem ser considerados como representativos do universo regional, mesmo com as peculiaridades próprias de cada local. Logo, não se desconhece que os direitos previstos constitucionalmente, assim como os dispostos pela ordem transnacional, não garantem sua efetividade pela simples razão de estarem expressos, mas necessitam de ações humanas – interpretativas e operativas – que reconheçam o valor e as vantagens de sua realização na vida humana concreta.

Daí a relevância de se enfatizar que a construção de consenso é uma técnica de solução de conflitos que implica em ganhos mútuos (*mutual gains*), uma vez que a cooperação estabelecida tem a finalidade comum de alcançar os patamares adequados de concretização de direitos fundamentais na ordem estatal, ou, como afirma Susskind e Cruikshank (2006, p.112): “Abordagem de Construção de Consenso (CBA) é sobre exercitar a criatividade do grupo para achar as melhores soluções para todos os membros do grupo”¹⁰.

Assim, é sobre estes valores comuns, expressos na Constituição Federal, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e demais normas relativas aos direitos humanos, que a construção do consenso vai procurar orientar os participantes do processo dialógico a buscar a resignificação de seus próprios valores e elaboração de acordos que permitam a eficaz efetivação dos direitos humanos.

Nesse sentido, a construção de consenso, como aqui disposta, não é uma proposta meramente promotora de diálogo, mas tem uma finalidade bem delimitada - um acordo consensual¹¹ sobre as práticas comuns – no caso, principalmente, as políticas e as jurídicas - que evitem violações de direitos humanos em cada Estado, além de sua promoção, por meio da conscientização e concretização de condutas dos agentes estatais e demais atores sociais aptos a tal objetivo; além disso, aporta também como consequência, a diminuição dos processos judiciais que tramitam na Corte Interamericana (e mesmo no poder judiciário dos Estados), e diminuição de custos e sofrimentos que o processo de judicialização de conflitos geralmente proporciona.

No contexto deste trabalho, o acordo alcançado também se refere ao estabelecimento de balizas que permitam uma hermenêutica convergente – ou a menos divergente possível - entre a normatividade do Sistema e do Estado, podendo-se fazer

¹⁰ No original: “CBA is about drawing on the creativity of the group to find better solutions for all members of the group”.

¹¹ Um “acordo consensual” não significa acordo alcançado pela unanimidade, mas principalmente, que todos se sintam satisfeitos e responsáveis por sua exequibilidade.

referência a uma “hermenêutica dialógica” (participativa, colaborativa e aberta), através da qual a construção de consenso permite melhor interação e enriquecimento do sentido e aplicabilidade das normas internacionais e constitucionais, ao estabelecer parâmetros objetivos, a partir de um processo colaborativo (*collaborative process*) gerado, mantido e difundido pelas instituições de ambas as estruturas.

A proposta de uma “hermenêutica dialógica” que permita a integração de fontes normativas de direitos humanos (e fundamentais) de diferentes ordens jurídicas (nacional e supranacional), por meio da ampliação dos atores/intérpretes em busca da construção do consenso para uma efetivação eficaz de tais direitos, está plenamente em consonância com a sugestão de Häberle acerca da participação plural no processo de interpretação constitucional.

Assim, no Estado democrático constitucional, cuja sociedade contemporânea se manifesta cada vez mais dentro de um contexto multicultural, a busca deve ser pelo diálogo colaborativo e participativo para que os diversos interesses e valores possam ser harmonizados e realizados eficaz e pacificamente, não cabendo uma postura autocrática e centralizadora acerca dos processos de concretização dos direitos fundamentais, pois se estes assim o são considerados, é porque são reconhecidos política, jurídica e socialmente como essenciais para a existência digna de cada pessoa humana. Daí afirmar Häberle (2002, p. 36 e 42) que:

[A democracia] se desenvolve também por meio de formas refinadas de **mediação** do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais [...], mediante a controvérsia sobre alternativas, sobre possibilidades e sobre necessidades da realidade [...]. Colocado no tempo, o processo de interpretação constitucional é infinito, o constitucionalista é apenas um **mediador** (*Zwischenträger*). (grifo nosso)

Entende-se ainda que ampliação dos atores da hermenêutica constitucional/internacional, amparada por uma hermenêutica dialógica, deve ser disseminada a partir desta prática consensual no plano supranacional e no nacional de forma concomitante, em um movimento de expansão dentro dos Estados (e retroalimentado) por meio de processos de educação de direitos humanos e de práticas que fortaleçam processos de cidadania ativa para capacitar e empoderar indivíduos a assumirem, pessoal e coletivamente, a responsabilidade pelas decisões que os afetam diretamente quanto ao seu desenvolvimento para uma vida digna e dotada de sentido.

Assim, frente à realidade plural e de interdependência que a comunidade internacional e a “família humana” se encontram atualmente, o fomento de práticas

dialógicas e colaborativas para busca de soluções de problemas locais e/ou globais se faz cada vez mais importante.

Nesse âmbito, o Direito Internacional dos Direitos Humanos tem indubitavelmente promovido instrumentos fundamentais para solucionar questões acerca da aplicabilidade prática dos direitos humanos, em que pese a força da ordem política como pressuposto de garantia da eficácia do sistema. Daí a necessidade de princípios, valores e institutos que possam também refletir a solidariedade entre os Estados, até quando interpretam as normas de direitos humanos, e que poderia dar passos positivos com a aplicação da técnica da construção do consenso, respeitando relações verticais e horizontais entre as partes, mas primordialmente, considerando a pessoa humana e a humanidade como valores supremos.

3 CONCLUSÕES

Em que pesem a importância das instituições e dos arranjos normativos e operacionais que são criados para interação dos sistemas nacionais e supranacionais com o fim de garantir a efetividade dos direitos humanos fundamentais, aqueles continuam dependentes do voluntarismo estatal e da disposição das ações humanas para promover tal finalidade.

Nesse contexto, os tratados internacionais de direitos humanos por mais que promovidos pelo espírito de colaboração internacional e embasados na boa-fé, carecem de maior eficácia quando de sua implementação por conta da multiplicidade de interesses pessoais e institucionais que se encontram dispersos e que permeiam as relações interjurisdicionais, entre eles a disputa de hierarquia e poder, além do desconhecimento acerca do mecanismo de controle de convencionalidade e maior compromisso pessoal com a concretização prática dos direitos fundamentais.

Assim, este trabalho conclui que o controle de convencionalidade pode ser entendido como instrumento de concatenação hermenêutica a partir do fomento de relações dialógicas entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana com a finalidade de elaborar conjuntamente práticas jurisdicionais que integrem a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos no âmbito do Sistema Interamericano e dos direitos fundamentais na jurisdição constitucional.

Desse modo, para superar as dificuldades aqui relatadas para a utilização do controle de convencionalidade no Brasil, o presente trabalho apresenta a metodologia da

construção de consenso como instrumento de promoção e fortalecimento de relações dialógicas e colaborativas com a finalidade de superar a concepção jurisprudencial unilateral elaborada pela Corte Interamericana em torno do referido controle; e conclui ainda que a construção de consenso pode contribuir para a elaboração de uma hermenêutica convergente em matéria de direitos humanos fundamentais e melhores práticas de operacionalização das ações dos agentes públicos e demais atores sociais para garantir a concretização de tais direitos.

Além disso, a construção de consenso promove o controle de convencionalidade também a partir da superação de uma cultura jurídica que tem focado em uma concepção de diálogo amparada na leitura individualmente polarizada que o intérprete/aplicador nacional ou supranacional fazem da interação das normas constitucionais e supranacionais em matéria de direitos humanos, ao promover a aproximação interpessoal – na realidade da vida das pessoas - com base em uma metodologia adequada ao diálogo mais transparente e consciente que permite a ressignificação de valores individuais e coletivos em busca de uma eficaz concretização dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor; BOVINO, Alberto; COURTIS, Christian (comp.). **La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local: la experiencia de una década.** Buenos Aires: Del Porto, 2006.

AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. **Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿tribunal tímido y tribunal audaz?** Grupo Latinoamericano de Estudios en Derecho Penal Internacional – Tomo II. Konrad-Adenauer-Stiftung e.V, Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional, p.43-70, 2011. Montevideo: Mastergraf, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. 10 reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Código civil, código de processo civil, código comercial, constituição federal, legislação federal, legislação civil, processual civil e empresarial.** Obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais. Organização de Yussef Said Cahali. 16 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição – contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição.** Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1997.

MALARINO, Pedro. **Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.** Grupo Latinoamericano de Estudios en Derecho Penal Internacional. Konrad-Adenauer-Stiftung e.V, Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional, v. 1, p.25-62, 2010. Montevideo: Mastergraf, 2010.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno.** São Paulo; Saraiva, 2010.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis.** 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.thm>. Acesso em: 10.out.2016.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos.** 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

SALES, Lilia Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SAGÜÉS, Nestor. **El "control de convencionalidad", en particular sobre las constituciones nacionales.** Publicado en: LA LEY 19/02/2009. Disponível em: <http://www.joseperezcorti.com.ar/Archivos/DC/Articulos/Sagues_Control_de_Convencionalidad_LL_2009.pdf>. Acesso em: 12.out.2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional. In: NEVES, Marcelo. **Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas.** São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SUSSKIND, Lawrence E.; CRUIKSHANK, Jeffrey L. **Breaking Robert's rules: the new way to run your meeting, build consensus, and get results.** New York: Oxford University Press, 2006.