



O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE E O DIREITO À ADEQUADA EXECUÇÃO DA PENA NO BRASIL

THE JURISDICTIONAL CONTROL OF CONVENTIONALITY AND THE RIGHT TO THE APPROPRIATE EXECUTION OF THE PENALTY IN BRAZIL

Vinicius de Melo Lima¹
Marcelo Cacinotti Costa²

RESUMO

O estudo cuida do direito humano à adequada execução da pena no Brasil e a sua aplicação no mundo prático, à luz do controle jurisdicional de convencionalidade e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tendo como paradigma a Teoria Crítica dos Direitos Humanos, a relação entre o Direito e a Moral aponta para a (re)leitura das teorias das fontes, da norma e da interpretação jurídica, no que se refere aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, designadamente o Pacto de San José da Costa Rica. A convencionalidade das normas e a cooriginariedade entre o Direito e a Moral produzem consequências na execução (digna) da pena privativa de liberdade no Brasil.

Palavras-Chave: Direito à Adequada Execução da Pena. Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Teoria Crítica dos Direitos Humanos.

ABSTRACT

The study takes care of the human right to the adequate execution of the sentence in Brazil and its application in the practical world, in the light of the jurisdictional control of convention and the jurisprudence of the Supreme Court and the Inter-American Court of Human Rights. With the Critical Human Rights Theory as a paradigm, the relation between Law and Morality points to the (re) reading of the theories of the sources, of the norm and of the juridical interpretation, with regard to the International Treaties of Human Rights, namely the Pact of San José of Costa Rica. The conventionality of norms and the cooriginarity between the Law and the Moral have consequences in the (dignified) execution of the custodial sentence in Brazil.

KeyWords: Right to Adequate Execution of the Penalty. Constitution of the Federative Republic of Brazil. International Human Rights Treaties. Pact of San José of Costa Rica. Critical Theory of Human Rights. Right and Moral.

1. Breve intróito: O Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Estado Brasileiro

¹ Doutor e Mestre em Direito. Promotor de Justiça do Rio Grande do Sul e Professor universitário.
E-mail: vmelolima@hotmail.com.

² Doutor e Mestre em Direito. Advogado e Professor universitário. E-mail: mccacinotti@hotmail.com.



De que maneira é possível conciliar a soberania dos Estados com a proteção dos direitos humanos?

O simbólico e o real mantêm uma intrínseca conexão, assinalada por Castoriadis, em sua obra “A Instituição Imaginária da Sociedade”. Segundo o autor, as sentenças do tribunal “são simbólicas e suas consequências o são quase que integralmente, até o gesto do carrasco que, real por excelência, é imediatamente também simbólico em outro nível”³.

Em termos jurídico-políticos, a consolidação histórica do conceito de soberania teve grande influência da Paz de Westphalia, em 1648, com a assinatura de tratados internacionais que puserem termo à Guerra dos Trinta Anos (1618-1648), sendo que a secularização das relações internacionais fez da Paz de Westphalia “um marco na história do direito internacional, uma vez que deu origem à estrutura político-jurídica que é referência até hoje”⁴.

A ideia calcada no Direito Internacional Clássico, no sentido de uma defesa intransigente da soberania estatal, cede lugar à compreensão do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Vale destacar a importância da noção do *jus cogens*⁵ para o aperfeiçoamento e a evolução do Direito Internacional. Nesse sentido, deve-se observar a existência de certas normas internacionais de caráter inderrogável, exceto por outras da

³ CASTORIADIS, Cornelius. **A instituição imaginária da sociedade**. Tradução de Guy Reynauld. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982, p. 142.

⁴ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Teoria pluriversalista do direito internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 82-3. Salienta o autor que a “atual conjuntura internacional nos impõe a necessidade de uma expressão relativização da soberania do Estado em proveito exclusivo de instituições supranacionais capazes de transcender as vontades políticas circunstanciais das grandes potências e dar representatividade a indivíduos e países que atualmente se encontram excluídos tanto do mercado internacional quanto do cenário político internacional, sob pena de que o atual processo tácito termine por descaracterizar por completo a natureza e os propósitos do Estado-nação”. Sustenta um globalismo pluriversalista articulado em espaços regionais de Estado-nação, sendo que o escopo de sua proposta “é possibilitar que tradições culturais orientadas por axiologias *a priori* irreconciliáveis possam encontrar um espaço público para o debate político dentro de uma estrutura institucional em que este debate global venha ‘filtrado’ por debates anteriores exercidos no âmbito regional, no qual aquela abrangência que o valor como ‘bem-em-si’ apresenta torna possível que conflitos diversos no plano internacional sejam resolvidos a partir do diálogo entre culturas, povos e Estados distintos, mas unidos, em alguma medida, por uma comunhão de valores, concepções de bem e de mundo que legitimam os partícipes do debate público, atribuem identidade individual à coletividade e reconhecimento mútuo entre os envolvidos”. *Ibid.*, p. 145 e 271.

⁵ O *jus cogens* é caracterizado por um conjunto de normas de Direito Internacional de caráter imperativo e inderrogável, com aceitação e reconhecimento pela comunidade internacional, cuja violação importa em invalidade da norma jurídica contrária e responsabilidade internacional. Merecem referência, dentre outros instrumentos, a Carta das Nações Unidas, e, sobretudo, as Convenções de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados, de 1969, e sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais de 1986, cominando sanções de nulidade aos tratados que violam direitos fundamentais. Nesse sentido, ver MIRANDA, Jorge. “**Brevíssima nota sobre o jus cogens**”. *Revista Jurídica* n. 18/19, Lisboa: Nova Sede, out./dez. 1995, p. 7-17.



mesma espécie e características, que estabelecem o dever de respeito aos direitos fundamentais pelos Estados, o princípio da boa-fé, da cooperação, etc., vedando a realização de tratados que atentem contra a ordem pública internacional. As normas *iuris cogentis* não só têm aplicação direta e prevalência sobre quaisquer atos jurídicos internos, normativos ou individuais e concretos, como a sua violação não admite justificção com base no dever de cumprir alguns destes atos internos. Implica na nulidade do ato jurídico interno contrário ao *jus cogens*, com eficácia *erga omnes*⁶.

O Estado-Nação continua a ser a “forma mais comum de organização política, mesmo em um sistema político-global”; contudo, “a autoridade política, os vínculos coletivos e as fontes de legitimação do Estado-Nação estão perdendo sua exclusividade estrutural e simbólica”, de modo que o poder do Estado soberano passa a fazer parte das “estruturas de poder globais”, o que significa dizer que a soberania do Estado “é transformada em um conceito pluralístico e muito mais fluido de operações de tomada de decisão”⁷.

A soberania no mundo moderno, consoante a lição de Ferrajoli, reclama “levar a sério” o direito internacional, valendo-se da fórmula de Ronald Dworkin. Isso significa “assumir seus princípios como vinculadores e seu projeto normativo como perspectiva alternativa àquilo que de fato acontece; validá-los como chaves de interpretação e fontes de crítica e deslegitimação do existente”; planejar, enfim, as “formas institucionais, as garantias jurídicas e as estratégias políticas necessárias para realizá-los”⁸.

No Estado Brasileiro, depara-se, ainda, com uma espécie de “soberania bloqueada”, em razão da dicotomia centro/periferia, considerando os fatores externos e internos, além de uma constituição dirigente invertida, que blinda a constituição financeira em prejuízo da constituição econômica. Tal cenário revela a importância de um constitucionalismo

⁶ BAPTISTA, Eduardo Correia. **Ius cogens em direito internacional**. Lisboa: Lex, 1997, p. 515.

⁷ PRIBÁN, Jirí. “A questão da soberania no pluralismo jurídico global”. In: SCHWARTZ, Germano; PRIBÁN, Jirí; ROCHA, Leonel Severo. **Sociologia sistêmico-autopoiética das constituições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 134-5.

⁸FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do estado nacional**. Tradução de Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 46. Propugna o autor um constitucionalismo de direito internacional, em face da crise hodierna da noção de soberania, a partir de garantias jurídicas às cartas dos direitos fundamentais de que a comunidade internacional já dispõe, asseverando que levar a sério os “direitos humanos proclamados pelas cartas constitucionais, significa, conseqüentemente, ter a coragem de desancorá-los da cidadania, ou seja, desvencilhá-los do último privilégio de *status* que permaneceu no direito moderno. E isso significa reconhecer seu caráter supra-estatal, garanti-los não apenas dentro, mas também fora e contra todos os Estados, e assim dar um fim a esse grande *apartheid* que exclui do seu aproveitamento a maioria da humanidade”. *Ibid.*, p. 53, 58.



transformador no contexto latino-americano, mediante o contributo de outras experiências (África do Sul, por exemplo), mormente a participação comunitária nos processos de tomada de decisão⁹.

O conteúdo dos direitos humanos está alicerçado na dignidade humana, na liberdade e na igualdade, podendo ser aduzidos outros fundamentos: a paz, o pluralismo e a solidariedade, cuja concepção atual tende a compartilhar e identificar-se com as necessidades alheias (matriz ético-política), bem como supõe um compromisso do Poder Público para a efetivação da igualdade material (perspectiva jurídica)¹⁰.

No âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, em matéria de direitos sociais, destacam-se o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e o Protocolo Facultativo, aprovado em 2008.

No contexto latino-americano, em uma perspectiva crítica, Gallardo afirma a existência de uma estrutura estatal de aparato patrimonial e clientelista, destacando a violação sistemática e manipulação de direitos humanos, a cisão entre os direitos individuais e os direitos sociais, assinalando, ainda, que não houve uma sensibilidade cultural para os direitos humanos¹¹.

Por outro lado, as Cortes Regionais de Direitos Humanos têm utilizado a extensão dos direitos individuais para a tutela dos direitos sociais, em especial o direito à saúde, na perspectiva da proteção do direito à vida, nomeadamente a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

2. A Corte Interamericana de Direitos Humanos e o controle jurisdicional de convencionalidade

⁹ Cf. BERCOVICI, Gilberto. A Constituição brasileira de 1988, as “constituições transformadoras” e o “novo constitucionalismo latinoamericano”. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 7, n. 26, p. 285-305, maio/ago. 2013. Tal situação traz reflexos, por exemplo, na “flexibilização” das relações de trabalho, cuja ideia mascara a relação de poder e expropria o poder de resistência da mão de obra. Cf. BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução de Marcos Pechel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 112.

¹⁰ PÉREZ LUNO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2010, p. 594.

¹¹ GALLARDO, Helio. **Teoria Crítica: matriz e possibilidade de Direitos Humanos**. Trad. Patrícia Fernandes. 1. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2014, p. 96-98.



O potencial crítico dos direitos humanos aponta para a circunstância de que os eles “não podem ser reduzidos à categorização e à classificação; seu conteúdo não se presta à apresentação categórica. Temos uma sensação de estar cercados por injustiça sem saber onde a justiça reside. Os direitos humanos representam essa denúncia de injustiça [...]”¹².

No mesmo sentido, Höffe afirma que a tematização dos direitos humanos somente como direitos fundamentais escritos não somente ignora seu status jurídico-moral, senão reduz também seu potencial crítico. Para o autor, somente aquele que proceda separando claramente os direitos humanos dos fundamentais, e referindo-os logo uns a outros, poderá aportar, por um lado, a possibilidade de seguir desenvolvendo criticamente, em nome dos direitos humanos, aqueles outros direitos fundamentais que estejam em vigor dentro de um ente comum; e, por outro, formular a tarefa de ampliar a proteção dos direitos fundamentais, mais além de um ente comum particular, a coexistência de todos os entes comuns, a uma comunidade jurídica internacional¹³.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem pode decidir se uma lei está em conformidade com os direitos humanos, tal como dispostos na Convenção Europeia de Direitos Humanos, não tendo competência, todavia, para revogar uma lei nesse sentido, mas a sua “ilegalidade é determinada de maneira vinculante, e os Estados-Membros assumiram a obrigação internacional de seguir a decisão proferida pelo Tribunal”¹⁴.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) condenou o Brasil no caso conhecido como Gomes Lund (“Guerrilha do Araguaia”), assentando a incompatibilidade das anistias relativas a graves violações de direitos humanos com o Direito Internacional. Ressaltou que o Supremo Tribunal Federal deveria ter realizado um controle de convencionalidade, isto é, um cotejo da Lei da Anistia com a Convenção Americana de Direitos Humanos. A CIDH assinalou o caráter permanente do crime de desaparecimento forçado e a imprescritibilidade das violações de direitos humanos ocorridas durante o regime militar brasileiro, determinando a obrigação de o Estado adotar as medidas necessárias para a apuração dos crimes perpetrados pelos agentes do Estado. Assim, o Estado Brasileiro foi condenado a determinar os autores materiais e intelectuais do desaparecimento forçado das

¹² DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 373.

¹³ HÖFFE, Otfried. **Derecho intercultural**. Tradução de Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2008, p. 168-9.

¹⁴ DOEHRING, Karl. **Teoria do estado**. Tradução de Gustavo Castro Alves Araújo. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 355.



vítimas e da execução extrajudicial. Considerando o caráter permanente do desaparecimento forçado, destacou o Tribunal que o Estado Brasileiro não poderá aplicar a Lei de Anistia em benefício dos autores, bem como nenhuma outra disposição análoga, prescrição, irretroatividade da lei penal, coisa julgada, *ne bis in idem* ou qualquer excludente similar de responsabilidade para eximir-se dessa obrigação¹⁵.

Mister é registrar que “toda a evolução do direito internacional, nas últimas décadas, elevou o indivíduo a um patamar de direitos na ordem internacional, que não podem ser derogados pela ordem interna dos Estados”¹⁶.

No que se refere aos direitos sociais, em especial, a concepção em torno da “margem nacional de apreciação” tem servido para delimitar a atuação das Cortes Regionais de Direitos Humanos em face dos casos decididos pelos órgãos jurisdicionais internos, a fim de que a soberania estatal seja preservada. Por outro lado, o princípio *pro homine*, segundo o qual a melhor interpretação é aquela que prestigia a pessoa humana, consoante o artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos, serve como fundamental norma de parametricidade, superando, inclusive, a tese do nível hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-1, de 3 de dezembro de 2008¹⁷, assentou o entendimento de que os tratados internacionais incorporados ao sistema jurídico pátrio antes da Emenda Constitucional n.º 45/2004 tem status de supralegalidade, ou seja, situam-se acima das leis e aquém das normas constitucionais. Tal tese superou o vetusto posicionamento que conferia aos tratados

¹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em 5 de março de 2017. Os crimes perpetrados durante o regime militar brasileiro provocaram, para além da indignação cívica, um nítido sentimento de impunidade, nomeadamente com o advento da Lei da Anistia e a sua validade constitucional declarada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 153/2010. É preciso avançar para uma superação da decisão adotada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante o diálogo intercultural entre o Direito Interno e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Isso porquanto promove o respeito ao *jus cogens*, bem como a interpretação que melhor prestigia a pessoa humana, nos termos do artigo 29 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil (Pacto de São José da Costa Rica).

¹⁶ PEREIRA, Marcos Vinicius Torres. “Um epílogo das recentes ditaduras militares sul-americanas à luz do Direito Internacional. Breves considerações sobre os mecanismos de reparação dos crimes cometidos”. In: SABADELL, Ana Lúcia; SIMON, Jan-Michael; DIMOULIS, Dimitri. **Justiça de transição: das anistias às comissões de verdade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 216.

¹⁷ RE 466.343-1, Tribunal Pleno do STF, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 3-12-2008.



internacionais de direitos humanos o nível de leis ordinárias, porém não encampou a compreensão dos tratados como normas materialmente constitucionais, com respaldo em expressiva corrente doutrinária.

A cláusula de abertura do §2º do artigo 5º da Constituição revela, em realidade, que as normas de direitos fundamentais compõem um sistema autopoietico, normativamente fechado e cognitivamente aberto, conferindo a possibilidade de recepção de tratados internacionais de direitos humanos com status constitucional desde que seja observado o requisito procedimental do §3º do artigo 5º, idêntico à aprovação das emendas constitucionais – aprovação por 3/5 dos membros do Parlamento em sessão bicameral.

Contudo, a tese da supralegalidade tem uma nítida feição positivista, a partir da estrutura piramidal que foi sustentada por Hans Kelsen, com a Constituição no topo do ordenamento jurídico, cumprindo lembrar que a norma hipotética fundamental, segundo Kelsen, não era posta, mas sim, pressuposta.

Dá que a ideia subjacente ao princípio *pro homine* pode trazer à problemática dos direitos sociais um novo horizonte de compreensão, que não se cinge à hierarquia dos tratados, adentrando, pois, à substancialidade dos direitos sociais tutelados¹⁸. Reveste-se, pois, de singular relevo a possibilidade de um controle de convencionalidade, ou seja, uma verificação de compatibilidade entre o tratado internacional e a previsão normativa no âmbito interno, de modo a reforçar a justiciabilidade dos direitos sociais¹⁹.

¹⁸ Nesse sentido, Ferrajoli defende uma racionalidade substancial no paradigma garantista da validade, diferenciando-o da vigência: enquanto a vigência guarda relação com a *forma* dos atos normativos, a validade está associada ao *significado*, sendo uma questão de coerência ou compatibilidade das normas produzidas com as de caráter substancial sobre sua produção. FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. 2. ed. Madrid: Trotta, 2001, p. 21-2.

¹⁹ Segundo Mazzuoli, o princípio internacional *pro homine* “tem autorização constitucional para ser aplicado entre nós como resultado do diálogo entre fontes internacionais (tratados de direitos humanos) e de direito interno”, assumindo relevo o controle de convencionalidade, o qual pode ser definido como um “meio *judicial* de declaração de invalidade de leis incompatíveis com tais tratados, tanto por via de exceção (controle *difuso* ou *concreto*) como por meio de ação direta (controle *concentrado* ou *abstrato*)”. Assim, se “incorporados com *nível* constitucional, serão paradigma do controle *difuso* de convencionalidade; se incorporados com *equivalência* de emenda constitucional, serão paradigmas do controle *concentrado* de convencionalidade (para além do controle *difuso*); e se incorporados com *status* supralegal, serão paradigma do controle de *supralegalidade* (é o caso dos tratados *comuns* no Brasil). MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. “Teoria geral do controle de convencionalidade no Direito Brasileiro”. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coords.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 31, 36. Em relação ao critério hierárquico, Sarlet enfatiza que, embora o reconhecimento pelo STF da hierarquia supralegal dos tratados de direitos humanos, “a condição de direitos fundamentais é absolutamente incompatível com uma hierarquia normativa infraconstitucional, visto que direitos fundamentais são sempre direitos constitucionais e não podem estar à disposição plena do legislador ordinário”. SARLET, Ingo Wolfgang. “Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados



Podem sintetizar-se os elementos que compõem o controle de convencionalidade, a partir do desenho traçado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: a) a obrigação dos órgãos do Estado Parte, incluídos os juízes de todos os níveis, a velar para que os efeitos da Convenção não se vejam normados pela aplicação de leis contrárias ao objeto e finalidade, concretizando um controle de convencionalidade das normas jurídicas internas; b) o controle de convencionalidade deve ser efetuado pelos juízes nacionais e pelos demais órgãos estatais *ex officio*, conferindo-lhe um efeito útil que não seja anulado pela aplicação de leis contrárias ao objeto e finalidade; c) no controle de convencionalidade deve ter-se em consideração não somente o tratado, mas também a interpretação empreendida pela Corte Interamericana como seu intérprete autêntico e final; d) o controle de convencionalidade se exerce pelos órgãos estatais e pelos juízes dentro de suas respectivas competências e das regras processuais vigentes; e) as interpretações judiciais e administrativas e as garantias judiciais devem ser aplicadas adequando-as aos princípios estabelecidos pela Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH); f) no controle de convencionalidade não se aplica apenas a Convenção Americana de Direitos Humanos, mas também o *corpus juris* vinculante para o Estado Parte, consoante o art. 29 da CADH²⁰.

Sobre as novas funções conferidas em face do diálogo jurisdicional, vale colacionar o pensamento de Allard e Garapon, em especial a analogia feita com o “romance em cadeia”, de Dworkin:

internacionais de direitos humanos na perspectiva do assim chamado controle de convencionalidade”. In: MARINONI Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coords.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 105.

²⁰ ALCALÁ, Humberto Nogueira. “El diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; GOMES, Eduardo Biacchi; STRAPAZZON, Carlos Luiz (orgs.). **Direitos humanos e fundamentais na América do Sul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 23-4. Sublinha o autor que constitui um “desafio maior que os juízes nacionais assumam este controle de convencionalidade [...] produzindo seus melhores esforços na interpretação dos atributos e garantias dos direitos fundamentais assegurados por fonte constitucional e internacional, harmonizando ditas fontes e aplicando os postulados de ‘progressividade’ e ‘favor persona’, contribuindo a melhorar a qualidade de vida da comunidade nacional, um maior gozo efetivo dos direitos fundamentais, em definitivo, uma contribuição ao bem comum e ao desenvolvimento do conjunto da sociedade, passando a etapas mais humanas e a uma melhor qualidade de Estado constitucional democrático, que sempre implica uma elevação da qualidade de vida do conjunto da sociedade”. ALCALÁ, Humberto Nogueira. “El diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; GOMES, Eduardo Biacchi; STRAPAZZON, Carlos Luiz (orgs.). **Direitos humanos e fundamentais na América do Sul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 46.



O comércio entre juízes, quando essencialmente assente na *jurisdictio* e não no *imperium*, obedece, por conseguinte, à dupla exigência de eficácia concreta e de coerência argumentativa, reforçando ambas a legitimidade da decisão. O estabelecimento de relações entre os tribunais assemelha-se à famosa metáfora de Ronald Dworkin sobre a elaboração de um romance por vários autores: o “romance do direito”, afirma este último, é uma obra colectiva, uma sucessão de decisões que, pela sua função narrativa e argumentativa, procura alcançar uma forma de coerência, enriquecida gradualmente pelos casos particulares que precisam de ser resolvidos²¹.

Uma concepção de direitos humanos sociais mínimos é defendida por Gosepath, à luz do princípio da proteção fundamental prioritária, de maneira a compreendê-los como “compensação de determinados danos sociais, que devem ser impedidos, isto é, compensados com base em razões morais compartilhadas”. Dito de outro modo, os direitos sociais têm como objetivo e limite a “eliminação dos prejuízos desiguais, em relação aos quais o indivíduo não é responsável, e a produção de um estado de chances iguais, para a realização de reconhecidas funções e capacidades”. Assim, deve-se garantir a toda pessoa o direito à segurança básica e a um mínimo existencial, protegendo-se a integridade física em todas as suas dimensões, oferecendo a todos a medida de assistência social, em “situações de emergência para evitar o prejuízo, que as impede de estar em condições de realizar, em medida suficiente, todas as funções e capacidades reconhecidas em geral como valiosas”²².

No que se refere ao caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*²³, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sentença de 4 de julho de 2006, considerou que a falta do dever de

²¹ ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização**: a nova revolução do Direito. Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2006, p. 80.

²² GOSEPATH, Stefan. “Uma pretensão de direito humano à proteção fundamental”. TOLEDO, Cláudia (org.). **Direitos sociais em debate**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 73, 79.

²³ A Corte decidiu se o Estado Brasileiro era responsável pela violação dos direitos humanos em detrimento do senhor Damião Ximenes Lopes, com deficiência mental, pelas “supostas condições desumanas e degradantes da sua hospitalização; pelos alegados golpes e ataques contra a integridade pessoal que se alega ter sido vítima por parte dos funcionários da Casa de Repouso Guararapes [...]; por sua morte enquanto se encontrava ali submetido a tratamento psiquiátrico; bem como pela suposta falta de investigação e garantias judiciais que caracterizam seu caso e o mantém na impunidade. A suposta vítima foi interna em 1º de outubro de 1999 para receber tratamento psiquiátrico na Casa de Repouso Guararapes, um centro de atendimento psiquiátrico privado, que operava no âmbito do sistema público de saúde do Brasil, chamado Sistema Único de Saúde [...], no Município de Sobral, Estado do Ceará. O senhor Damião Ximenes Lopes faleceu em 4 de outubro de 1999 na Casa de Repouso Guararapes, após três dias de internação”. Entendeu a CIDH que “na Casa de Repouso Guararapes existia um contexto de violência contra as pessoas ali internadas, que estavam sob a ameaça constante de serem agredidas diretamente pelos funcionários do hospital ou de que estes não impedissem as agressões entre os pacientes, uma vez que era frequente que os funcionários não fossem capacitados para trabalhar com pessoas portadoras de deficiência mental”. Ademais, “o armazenamento dos alimentos era inadequado; as condições higiênicas e sanitárias eram precárias, os banheiros se achavam danificados, sem chuveiro, lavatório ou cesta de lixo, e o serviço sanitário se encontrava sem cobertura nem higiene; não havia médico de plantão, o atendimento médico aos pacientes era frequentemente prestado na recepção do hospital e algumas vezes não havia medicação; faltavam aparelhos essenciais na sala de emergência, tais como tubos de oxigênio, ‘aspirador de secreção’ e



regular e fiscalizar “gera responsabilidade internacional em razão de serem os Estados responsáveis tanto pelos atos das entidades públicas quanto privadas que prestam atendimento de saúde”. Assinalou, também, que a prestação de serviços públicos implica a “proteção de bens públicos, que é uma das finalidades dos Estados. Embora os Estados possam delegar sua prestação através da chamada terceirização, mantêm a titularidade da obrigação de prestar os serviços públicos e de proteger o bem público respectivo”. No caso, a Casa de Repouso Guararapes, onde faleceu Damião Ximenes Lopes, era um hospital privado de saúde contratado pelo Estado para prestar serviços de atendimento psiquiátrico sob a direção do Sistema Único de Saúde, razão pela qual o Estado é “responsável pela conduta do pessoal da Casa de Repouso Guararapes, que exercia elementos de autoridade estatal ao prestar o serviço público de saúde sob a direção do Sistema Único de Saúde”. Ressaltou a atenção especial às pessoas acometidas de deficiências mentais em virtude de sua particular vulnerabilidade, consignando que “os Estados devem adotar as medidas de caráter legislativo, social, educativo, trabalhista ou de qualquer outra natureza, necessárias para eliminar toda discriminação relacionada com as deficiências mentais e propiciar a plena integração [...]”. Em suma, a Corte declarou que o Estado Brasileiro violou os direitos à vida e à integridade pessoal, determinando a investigação e o sancionamento dos responsáveis, o pagamento de indenização aos familiares da vítima, bem como o *estabelecimento de programas de capacitação* para os profissionais e às demais pessoas vinculadas ao atendimento de saúde mental, atentando aos princípios que devem reger o trato das pessoas com deficiência mental, conforme os padrões internacionais²⁴.

vaporizador; os prontuários médicos não registravam a evolução dos pacientes nem os relatórios circunstanciados de acompanhamento que deviam apresentar os profissionais de assistência social, psicologia, terapia ocupacional e enfermagem; o proprietário do hospital não se encontrava presente de maneira assídua, motivo por que era evidente a falta de administração. Em resumo, e conforme salientou a Comissão de Sindicância instaurada posteriormente à morte do senhor Damião Ximenes Lopes, a Casa de Repouso Guararapes ‘não oferece[ia] as condições exigíveis e [era] incompatível com o exercício ético-profissional da medicina’. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Sentença de 4 de julho de 2006. **Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014, p. 135, 171-2.

²⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Sentença de 4 de julho de 2006. **Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014, p. 135-97.



Há a necessidade, pois, de se reinventar o Direito Comum, como lembra Delmas-Marty, sustentando que a recomposição da paisagem jurídica e o pensar plural perpassam uma legitimação por um “direito dos direitos”, e que o “irredutível humano” é uma “exigência ética suprema e a proibição absoluta de ultrapassar ‘o ponto a partir do qual a violência já não pode ser resgatada por um voto de reciprocidade e se torna pura negação do humano’”²⁵.

3. A execução da pena no Brasil e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal²⁶

Em sua obra "Indignai-vos!", Stéphane Hessel afirma que, em sua época, o motivo da resistência era a indignação em face do nazismo. Na atualidade, é preciso que cada um de nós encontre o seu motivo de indignação, para nos unirmos à corrente da história, pois, conforme o autor, a pior das atitudes é a indiferença.

A indiferença no que se refere à crise carcerária no Brasil atingiu seu ápice no último dia 02 de janeiro de 2017 – e estendendo-se pelo país -, em razão de rebelião ocorrida no Complexo Penitenciário Anísio Jobim, em Manaus, tendo como consequência a morte de 60 (sessenta) presos. O massacre é motivo de indignação e, precipuamente, de vergonha da (in)eficiência do Estado no controle da criminalidade organizada que perpassa o interior dos estabelecimentos prisionais, sobretudo em face dos conflitos entre facções rivais. O Estado (des)organizado no enfrentamento ao crime organizado contribui para uma violação massiva aos direitos humanos e fundamentais dos presos.

O mal não está restrito às guerras e regimes totalitários, mas também se revela de maneira mais frequente quando deixamos de reagir ao sofrimento de outra pessoa, o que leva a uma espécie de “cegueira moral” (Bauman), ou seja, a (falta) de cuidado com as pessoas vulneráveis, sobretudo, um princípio que decorre da condição de humanidade. A preocupação com os membros mais vulneráveis de uma comunidade também está no centro da ideia de responsabilidade, de modo que aqueles que estão no poder devem agir com a responsabilidade que exprime preocupação igual por todos (Dworkin).

O Supremo Tribunal Federal já reconheceu, no âmbito da ADPF 347, a existência de um “estado de coisas inconstitucional”, determinando que os recursos contingenciados do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) sejam empregados na reforma e na construção de

²⁵ DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 185.

²⁶ O tema é debatido em LIMA, Vinicius de Melo. **Teoria Hermenêutica da Responsabilidade Decisória: Direitos Sociais entre Ativismo Judicial e Decisão Jurídica Democrática**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 304 e ss.



presídios, em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana. Vale registrar que o FUNPEN tem à disposição mais de 2 bilhões de reais, de modo que é preciso vontade política para a resolução da crise do sistema carcerário brasileiro.

Mediante o Recurso Extraordinário 592.581, interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul contra acórdão do Tribunal de Justiça, que reformou sentença de primeiro grau, seguindo o entendimento de que não compete ao Poder Judiciário intervir em políticas públicas do Poder Executivo, sob pena de violação ao princípio da Separação de Poderes. O Supremo Tribunal Federal deliberou sobre a possibilidade ou não de intervenção do Judiciário nas políticas públicas voltadas à execução da pena, no sentido de determinar ao Poder Executivo a melhoria das condições carcerárias. E aqui vale dizer que a Corte Suprema andou bem ao afirmar a legitimidade da intervenção jurisdicional do Estado na função de proteção dos direitos fundamentais.

Segundo o Relator Ministro Ricardo Lewandowski, compete ao Poder Judiciário fiscalizar e determinar ao Poder Público que promova obras urgentes em unidades prisionais, com fulcro no direito fundamental à integridade física e moral do preso, em face da péssima condição dos presídios, conforme as inspeções realizadas pelo Conselho Nacional de Justiça. Ressaltou que não há vontade política para resolver o problema dos presídios, em vista do contingenciamento dos recursos públicos federais, com a existência de condenações por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A omissão do Poder Executivo em relação à questão dos presídios foi salientada no voto do Relator, lembrando que o albergue do Presídio Estadual de Uruguaiana não dispunha de mínimas condições para o cumprimento da pena, inclusive com a morte de um detento eletrocutado. A premissa seguida foi a de que, se o Juiz, na execução da pena, pode mesmo determinar até a interdição do presídio, é viável também que possa obrigar o Poder Executivo à realização de obras em casa prisional em atenção às condições de cumprimento da pena.

As teses da reserva do possível e do princípio da Separação de Poderes foram rechaçadas no voto do Relator, diante da possibilidade de realização de convênios, mormente em situações graves que comprometem ou colocam em risco os direitos dos jurisdicionados, o



que não implica em substituição do administrador pelo juiz ou a admissão da discricionariedade judicial²⁷.

A Corte, então, à unanimidade de votos, deu provimento ao Recurso Extraordinário interposto pelo Ministério Público Gaúcho, com a reforma do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, para manter a sentença de primeiro grau, sendo enunciada a seguinte tese de repercussão geral: *É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, LXIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.*

²⁷ “É lícito ao Poder Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da CF, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes. Essa a conclusão do Plenário, que proveu recurso extraordinário em que discutida a possibilidade de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo estadual obrigação de fazer consistente na execução de obras em estabelecimentos prisionais, a fim de garantir a observância dos direitos fundamentais dos presos. O Colegiado assentou tratar-se, na espécie, de estabelecimento prisional cujas condições estruturais seriam efetivamente atentatórias à integridade física e moral dos detentos. Pontuou que a pena deveria ter caráter de ressocialização, e que impor ao condenado condições sub-humanas atentaria contra esse objetivo. Entretanto, o panorama nacional indicaria que o sistema carcerário como um todo estaria em quadro de total falência, tendo em vista a grande precariedade das instalações, bem assim episódios recorrentes de sevícias, torturas, execuções sumárias, revoltas, superlotação, condições precárias de higiene, entre outros problemas crônicos. Esse evidente caos institucional comprometeria a efetividade do sistema como instrumento de reabilitação social. Além disso, a questão afetaria também estabelecimentos destinados à internação de menores. O quadro revelaria desrespeito total ao postulado da dignidade da pessoa humana, em que haveria um processo de ‘coisificação’ de presos, a indicar retrocesso relativamente à lógica jurídica atual. A sujeição de presos a penas a ultrapassar mera privação de liberdade prevista na lei e na sentença seria um ato ilegal do Estado, e retiraria da sanção qualquer potencial de ressocialização. A temática envolveria a violação de normas constitucionais, infraconstitucionais e internacionais. Dessa forma, caberia ao Judiciário intervir para que o conteúdo do sistema constitucional fosse assegurado a qualquer jurisdicionado, de acordo com o postulado da inafastabilidade da jurisdição. Os juízes seriam assegurados do poder geral de cautela mediante o qual lhes seria permitido conceder medidas atípicas, sempre que se mostrassem necessárias para assegurar a efetividade do direito buscado. No caso, os direitos fundamentais em discussão não seriam normas meramente programáticas, sequer se trataria de hipótese em que o Judiciário estaria ingressando indevidamente em campo reservado à Administração. Não haveria falar em indevida implementação de políticas públicas na seara carcerária, à luz da separação dos poderes. Ressalvou que não seria dado ao Judiciário intervir, de ofício, em todas as situações em que direitos fundamentais fossem ameaçados. Outrossim, não caberia ao magistrado agir sem que fosse provocado, transmudando-se em administrador público. O juiz só poderia intervir nas situações em que se evidenciasse um ‘não fazer’ comissivo ou omissivo por parte das autoridades estatais que colocasse em risco, de maneira grave e iminente, os direitos dos jurisdicionados”. Informativo 794 do STF, RE 592581, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. 13-8-2015. (grifo nosso)



A intervenção judicial para a colmatação de omissões inconstitucionais fez com que o Supremo Tribunal Federal lançasse mão dos seguintes entendimentos: a) no RE 580.252, Rel. Min. Teori Zavascki, a responsabilidade civil do Estado em se tratando de preso por superlotação e em condições degradantes²⁸; b) no RE 641.320, Rel. Min. Gilmar Mendes, a possibilidade de cumprimento de pena em regime carcerário menos gravoso, em face da impossibilidade de o Estado disponibilizar vagas para o cumprimento da pena no regime previsto na condenação penal.

4. Qual é o “lugar da fala” do Direito pós viragem linguística? A preservação da clássica tripartição dos poderes e, por consequência, preservação da democracia ou preservação da efetividade do Direito como fenômeno co-originário da moral (política)?

Necessário estabelecer qual o “lugar da fala²⁹”, ou seja, determinar de onde provém o discurso? Este questionamento expressa a preocupação em estabelecer quais os níveis de compreensão do que se está abordando, isto é, pressuposto importante, e.g., para evitar confusões ao tratar de modo equivalente o Direito e a lei.

E isso se justifica na medida em que o Direito de há muito já transcendeu os velhos paradigmas do *positivismo exegético* e do *positivismo normativista*, para citar aqueles que mais impactam no dia a dia forense, tanto na perspectiva subjetivista como realista, pois, em grande medida, o senso comum dos juristas ainda trabalha nestas perspectivas. Principalmente

²⁸ No RE 580.252, o Ministro Roberto Barroso encaminhou voto vencido incorrendo na problemática do ativismo judicial, entendendo que a indenização ao preso tem caráter subsidiário, propondo, em realidade, a interferência judicial na esfera legislativa, com a possibilidade de remissão de 1 dia de pena por cada 3 a 7 dias de pena cumprida em condições de superlotação ou degradantes, em uma atitude judicial behaviorista que resulta em transferir para a sociedade o ônus decorrente da omissão dos poderes democraticamente eleitos (Executivo e Legislativo), os quais devem ser responsáveis pelas políticas públicas de direitos fundamentais, sobretudo diante da fundamentalidade do direito à segurança e do direito do preso ao tratamento penitenciário digno.

²⁹ Quando falamos em positivismos e pós-positivismos, torna-se necessário, já de início, deixar claro o “lugar da fala”, isto é, sobre “o quê” estamos falando. Com efeito, de há muito minhas críticas são dirigidas primordialmente ao positivismo normativista pós-kelseniano, isto é, ao positivismo que admite discricionariedades (ou decisionismos e protagonismos judiciais). Isso porque considero, no âmbito destas reflexões, *superado o velho positivismo exegético*. Ou seja, não é (mais) necessário dizer que o “juiz não é a boca da lei” etc.; enfim, podemos ser poupados, nessa quadra da história, dessas “descobertas polvulares”. Essa “descoberta” não pode implicar um império de decisões solipsistas, das quais são exemplos as posturas caudatárias da jurisprudência dos valores (que foi “importada” de forma equivocada da Alemanha), os diversos axiologismos, o realismo jurídico (que não passa de um “positivismo fático”), a ponderação de valores (pela qual o juiz literalmente escolhe um dos princípios que ele mesmo elege *prima facie*) etc. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 31.



porque, a partir destes paradigmas, a comunidade jurídica acredita na possibilidade de se adjudicar sentidos e no julgador com margem de liberdade para prestar a jurisdição.

Abordar os temas da convencionalidade e do direito à adequada execução da pena é importante porque significa saber qual o tratamento que o Estado confere a matéria de Direitos Humanos. Daí se desdobram algumas inquietações em torno da atuação do Poder Judiciário diante da inércia do Poder Legislativo/Poder Executivo, principalmente no Brasil, o que se denominou de “judicialização da política”. A seu turno, o ativismo judicial (“juristocracia”) vem a ser uma postura judicial behaviorista, alicerçada em argumentação metajurídica, como fator determinante para o enfraquecimento do Estado Democrático.

Dessa forma, o ponto fulcral ora proposto está em defender um direito democraticamente produzido sob o signo de uma Constituição normativa e da integridade da jurisdição.

A efetivação dos direitos fundamentais previstos expressamente ou em razão da cláusula de abertura (“bloco de constitucionalidade”)³⁰ pode operar-se pela jurisdição constitucional ou, subsidiariamente, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a fim de “assegurar um tratamento especial e diferenciado aos direitos e garantias internacionalmente consagrados”³¹, capaz, inclusive, de impor sanções aos Estados diante de grave violação de direitos humanos, como no caso do Brasil³².

Na verdade, fruto da herança metafísica responsável pela formação básica do positivismo jurídico, o formalismo jurídico proporciona uma falsa percepção de autossuficiência e completude das normas jurídicas, situação que aparentemente justifica no Direito que o amoral possa ser aceitável como justo. Como lembra Carlos Santiago Nino,

Isso significa que, quando um juiz tenta justificar sua decisão dizendo: ‘o direito vigente dispõe a solução que estou adotando’, considerando, como os positivistas, que essa proposição é meramente descritiva de certos fatos e não implica valoração, devemos concluir que o juiz não conseguiu justificar sua decisão, a menos que se proponha, de modo implícito – como em geral ocorre –, um princípio moral como o que diz ‘deve-se observar o que o direito positivo dispõe’. Os juízes, como todos nós, não podemos evitar a adoção de posturas morais em matérias moralmente relevantes³³.

³⁰ Conforme prevê a Constituição da República Federativa do Brasil, no seu artigo 5º, § 2º.

³¹ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 155.

³² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em 5 de março de 2017.

³³ NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito**. Tradução Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.39.



No mesmo fio, Habermas afirma que o “sistema global possui um grau maior de legitimidade do que normas jurídicas singulares”³⁴, pois, para que se tenha a validade jurídica de um sistema de direitos, “em primeiro lugar, ele precisa ter eficácia na sociedade e, em segundo, tem que ser justificado eticamente (...)”³⁵.

Portanto, já se tendo identificado o lugar da fala, isto é, situada a transcendência do Direito na viragem linguística pós-Auschwitz, não cabe mais ao jurista se perguntar sobre a (in)aplicabilidade dos direitos humanos, principalmente lançando mão de fundamentos exegéticos ou de caráter meramente formal³⁶.

A denominada judicialização da política³⁷ reclama a adoção de pautas de controle hermenêutico da atividade judicante, de tal modo a que o poder contramajoritário assuma a

³⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, vol. I. 2ª ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p.51.

³⁵ HABERMAS, Jürgen. *Op. Cit.*, p. 51.

³⁶ Cabe esclarecer que inexistente ou não deve existir uma queda de braço entre procedimentalismo e substancialismo, porque, embora se constituam em coisas bastante distintas, uma não é sem a outra (diferença ontológica), como ressalta Lenio Streck: “Aliás, aqui cabe um esclarecimento, para novamente evitar mal-entendidos. A elaboração legislativa não esgota – nem de longe – o problema do conteúdo do direito. Quando concordamos que as questões morais, políticas etc. fazem parte da “tarefa legislativa”, isso não quer dizer que haja, de minha parte – e, por certo, dos adeptos das posições substancialistas – uma viravolta na questão “procedimentalismo-substancialismo”. Se as posturas procedimentalistas pretendem esgotar essa discussão a partir da garantia do processo democrático de formação das leis, isso, no entanto, não esgota a discussão da concreta normatividade, *locus* do sentido hermenêutico do direito. De fato, mais do que apostar na formulação democrática do direito, há que se fazer uma aposta paradigmática, isto é, acreditar na perspectiva pós-positivista do constitucionalismo contemporâneo e sua materialidade principiológica. A virtude soberana não se dá simplesmente na formulação legislativa e na “vontade geral”. Fundamentalmente, ela será encontrada na Constituição, que estabeleceu uma ruptura com a discricionariedade política que sempre sustentou o positivismo. E tudo

isso está ancorado no contramajoritarismo, que vai além do mero controle da aferição da correção dos procedimentos democráticos utilizados na feitura das leis. Também é na Constituição que encontraremos os mecanismos de controle da aferição substancial dos textos legislados e da aplicação destes textos (nunca esqueçamos: o substancialismo não abre mão do procedimentalismo). STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 511.

³⁷ Como bem assinalam Vianna *et all*, “a judicialização da política e das relações sociais, se significar a delegação da vontade do soberano a um corpo especializado de peritos na interpretação do direito e a ‘substituição’ de um Estado *benefactor*’ por uma justiça providencial e de moldes assistencialistas, não será propícia à formação de homens livres e nem à construção de uma democracia de cidadãos ativos. Contudo, a mobilização de uma sociedade para a defesa dos seus interesses e direitos, em um contexto institucional em que as maiorias efetivas da população são reduzidas, por uma estranha alquimia eleitoral, em minorias parlamentares, não pode desconhecer os recursos que lhe são disponíveis a fim de conquistar uma democracia de cidadãos. Do mesmo modo, uma vida associativa ainda incipiente, por décadas reprimida no seu nascedouro, não se pode recusar a perceber as novas possibilidades, para a reconstituição do tecido da sociabilidade, dos lugares institucionais que lhe são facultados pelas novas vias de acesso à justiça”. VIANNA, Luiz Werneck *et all*. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 43.



responsabilidade política por suas decisões, na perspectiva de Dworkin. Por óbvio, a judicialização não se confunde com o ativismo judicial, haja vista que este implica na aceitação de um voluntarismo ou um decisionismo por parte dos juízes, ou seja, uma espécie de “governo dos juízes”.

Pensar o Direito e as suas nuances de aplicabilidade significa pensar o sentido das coisas. Nesse contexto, não pairam dúvidas acerca do pensamento heideggeriano estar centrado no problema decorrente da interpretação dissociada da faticidade. Daí a justificativa de um *método fenomenológico*³⁸, capaz de superar o pensamento metafísico encobridor de sentido (que entifica o sentido do ser), lançando mão, portanto, do método das indicações formais³⁹. Concomitantemente a isto, e com um caráter complementar, sem desconsiderar a formação do sentido interpretativo das coisas calcado no entrelaçamento da tradição com a visão daquilo que se apresenta no caso concreto, exsurge o sentido moral. O sentido moral de que se fala provém da natureza das pessoas (existencial) que está acima de qualquer racionalidade, como cooriginário à vida humana e, conseqüentemente, ao Direito⁴⁰. Notadamente que o aspecto moral a que se refere se difere de um sentido moral prático, pois, ao se “criar” padrões de moralidade ou sentidos para serem colados às coisas, ao nível da subjetividade interpretativa, como quando alguém escolhe o que irá vestir ou o que irá comer,

³⁸ Mas será que a fenomenologia examina tudo o que se mostra, até mesmo as manchas e o próprio sarampo? Não, ela não considera entes particulares, mas aspectos do ser dos entes, aspectos que embora normalmente se mostrem de forma implícita e, não-tematizada”, podem chegar a mostrar-se tematicamente. Espaço e tempo mostram-se mas, em geral, não-tematicamente. A fenomenologia os põe em foco. A fenomenologia só é necessária porque alguns temas, especialmente o próprio ser, estão velados. Velados não porque ainda não os descobrimos ou simplesmente os esquecemos, mas porque ou estão muito próximos e familiares para que os notemos ou estão enterrados sob conceitos e doutrinas tradicionais.” Cf. INWOOD, Michael. **Dicionário Heidegger**. Tradução Luísa Buarque de Holanda. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 66.

³⁹ Vide: COSTA, Marcelo Cacinotti. **O Método dos Índícios Formais de Martin Heidegger e a Contribuição da Moral como Condição de Possibilidade para uma Adequada Aplicação do Direito**. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2015.

⁴⁰ Falar em moral sempre se apresenta como uma temática bastante movediça e perigosa. Entretanto, não é possível abordar o tema da moral sem considerá-la como uma espécie de mola propulsora da humanidade, independentemente de qualquer área do conhecimento, pois ela se estabelece como o objeto intencional das coisas. Inexoravelmente, os homens têm maiores inclinações para a autopreservação de si e dos outros do que o contrário, o que permite seja dito que há uma intencionalidade voltada para a preservação da vida, para evitar sofrimentos. François Jullien, ao registrar o diálogo de Mêncio com um filósofo das Luzes sobre a (a)moralidade do homem, propõe principalmente fundar a moral sobre a relação espontânea do homem diante do insuportável. E, também, ao comentar as teses defendidas pelo interlocutor e adversário de Mêncio que sustenta a maldade natural do homem, indaga: “Entretanto, há um ponto sobre o qual o adversário de Mêncio permanece evasivo: se a natureza do homem é má, de onde os sábios-reis do passado puderam tirar a moralidade?” Cf. JULIAN, François. **Fundar a Moral: Diálogo de Mêncio com um filósofo das Luzes**. Tradução de Maria das Graças de Souza. São Paulo: Discurso Editorial 2001, p. 72.



é inexorável o autoritarismo arraigado em qualquer uma dessas escolhas, cuja padronização irá afetar sobremaneira novas e futuras escolhas, ou seja, fecha-se a capacidade de surgimento da diferença. Inexistindo a diferença, que é ontológica, fere-se de morte a capacidade de pensar o sentido das coisas, do modo como denuncia Martin Heidegger.

O Direito dissociado da moral tende a não dar conta do seu papel, que é mínimo, pois, na medida em que o paradigma se volta para o agir responsável e para a ética do cuidado, a tradicional tensão do cidadão com o dever ser se atenua no desenvolvimento do sentimento da alteridade, que não se resume tão-somente em colocar-se no lugar do outro, mas, principalmente, em estar ciente de que todos os atos comissivos ou omissivos terão algum reflexo no mundo. O agir moral não admite, por exemplo, que o intérprete não tenha compromisso com o agir responsável, impossibilitando que sequer se pergunte acerca de tal encargo.

Nessa perspectiva, não há como tratar de temas como o do *Controle de Convencionalidade* sem o compromisso ético que acompanha os temas de Direitos Humanos. Suspender o reconhecimento à proteção de direitos humanos e fundamentais em face da omissão do Estado a partir de argumentos de cariz procedimentalista, não parece ser o melhor caminho.

O Supremo Tribunal Federal confere natureza *supralegal*⁴¹ aos temas da *prisão civil do depositário infiel* e das *audiências de custódia*⁴², ambos contidos no artigo 7º, itens 7 e 5,

⁴¹ "Esse caráter supralegal do tratado devidamente ratificado e internalizado na ordem jurídica brasileira - porém não submetido ao processo legislativo estipulado pelo artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal - foi reafirmado pela edição da Súmula Vinculante 25, segundo a qual 'é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito'. Tal verbete sumular consolidou o entendimento deste tribunal de que o artigo 7º, item 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos teria ingressado no sistema jurídico nacional com status supralegal, inferior à Constituição Federal, mas superior à legislação interna, a qual não mais produziria qualquer efeito naquilo que conflitasse com a sua disposição de vedar a prisão civil do depositário infiel. Tratados e convenções internacionais com conteúdo de direitos humanos, uma vez ratificados e internalizados, ao mesmo passo em que criam diretamente direitos para os indivíduos, operam a supressão de efeitos de outros atos estatais infraconstitucionais que se contrapõem à sua plena efetivação." (ADI 5240, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgamento em 20.8.2015, DJe de 1.2.2016).

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268>. Acessado em 03-03-2017.

⁴² A Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que dispõe, em seu artigo 7º, item 5, que "toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz". O ministro Fux afirmou que a realização das audiências de custódia – que em sua opinião devem passar a ser chamadas de "audiências de apresentação", tem se revelado extremamente eficiente como forma de dar efetividade a um direito básico do preso, impedindo prisões ilegais e desnecessárias, com reflexo positivo direto no problema da superpopulação carcerária. "Não é por acaso que o Código de Processo Penal brasileiro consagra a regra de pouco uso na prática forense, mas ainda assim fundamental, no seu artigo 656, segundo o qual, recebida a petição de habeas corpus, o



respectivamente, do Pacto San José da Costa Rica⁴³. Isto é, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o referido Tratado Internacional sobre Direitos Humanos está num plano acima das regras jurídicas, mas hierarquicamente abaixo das disposições constitucionais.

Desde a entrada em vigor da Constituição da República de 1988, estabeleceu-se na doutrina uma acirrada discussão a respeito da posição hierárquica dos tratados sobre direitos humanos assinados pelo Brasil em face da previsão contida no parágrafo 2º do art. 5º da CF. Com o intuito de dirimir tais controvérsias, o legislador aprovou a EC nº 45 e inseriu o parágrafo 3º⁴⁴ ao artigo 5º da CF, não pairando dúvidas a respeito da posição hierárquica dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 349.703-1, que envolvia a prisão civil do devedor-fiduciante, decidiu a partir do voto do Relator Ministro Gilmar Mendes⁴⁵, que desde a adesão do Brasil sem qualquer reserva ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), ambos em 1992, inexistir base legal para a prisão civil do depositário infiel, considerando o caráter especial dos tratados internacionais

juiz, se julgar necessário e estiver preso o paciente, mandará que este lhe seja imediatamente apresentado em data e hora que designar. Verifico aqui que não houve, por parte da portaria do Tribunal de Justiça, nenhuma extrapolação daquilo que já consta da Convenção Americana, que é ordem supralegal, e do próprio CPP, numa interpretação teleológica dos seus dispositivos”, afirmou o ministro Luiz Fux em seu voto. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298112>. Acessado em 03-03-2017.

⁴³ A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH; também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica) é um tratado internacional entre os países-membros da Organização dos Estados Americanos e que foi subscrita durante a Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos, em 22 de novembro de 1969, na cidade de San José da Costa Rica. Entrou em vigor em 18 de julho de 1978, sendo atualmente uma das bases do sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos.

⁴⁴ CF, Art. 5º, § 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”.

⁴⁵ *Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 262 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), que reproduz disposição idêntica ao art. 1287 do Código Civil de 1916. Enfim, desde a adesão do Brasil, ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel. De qualquer forma, o legislador constitucional não fica impedido de submeter o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, além de outros tratados de direitos humanos, ao procedimento especial de aprovação previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição, tal como definido pela EC nº 45/2004, conferindo-lhes status de emenda constitucional”.*



sobre direitos humanos com natureza supralegal, estando abaixo da Constituição e acima da legislação interna.

Dessa forma, pela interpretação da Suprema Corte do Brasil, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, aprovados em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, equivalem a emendas constitucionais; os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, aprovados antes da EC nº 45, gozam de natureza supralegal; os tratados e convenções internacionais de outra natureza terão força de lei ordinária (art. 47 da CF/88).

Assim, o julgamento do STF sobre a natureza hierárquica dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, assinados antes da E.C. nº 45, como é o caso do Pacto San José da Costa Rica, contém inadequações de caráter técnico e de caráter hermenêutico.

De um lado, o STF simplesmente ignora as espécies legislativas primárias previstas no art. 59 da CF, buscando um fundamento de validade que inexistente na clássica pirâmide normativa kelseniana que inspirou a Constituição da República de 1988. Ao considerar a posição hierárquica dos tratados internacionais sobre direitos humanos exclusivamente em função do seu processo de ratificação, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal fragiliza sobremaneira o sistema de defesa dos direitos fundamentais, desconsiderando, ainda, a vontade do Poder Constituinte expressa no § 1º do artigo 5º da Constituição da República Brasileira, acerca da aplicação imediata e irrestrita das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.

Na atual quadra, não é mais possível que a lógica formal se sobreponha à lógica material, principalmente diante da relevante temática envolvendo a proteção dos Direitos Humanos. No ponto, Flavia Piovesan assevera que

Reitere-se que, por força do art. 5º, §2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do *quórum* de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O *quórum* qualificado está tão somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a ‘constitucionalização formal’ dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno. Como já defendido por este trabalho, na hermenêutica emancipatória dos direitos há que imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana. À hierarquia de valores deve corresponder uma hierarquia de normas, e não o oposto. Vale dizer, a preponderância material de um bem jurídico,



como é o caso de um direito fundamental, deve condicionar a forma no plano jurídico-normativo, e não ser condicionado por ela⁴⁶.

Portanto, o tema dos Direitos Humanos não pode ser negligenciado da forma como criticamente se aborda neste trabalho a respeito da posição judicial adotada pela Suprema Corte brasileira, que parece não ter compreendido adequadamente à transcendência do Direito, principalmente no que tange a força normativa da Constituição e a proteção dos direitos fundamentais como núcleo central de todo o sistema jurídico democrático que leva a sério os Direitos Humanos.

5. Conclusão

Diante das graves violações de direitos humanos nos presídios brasileiros, em razão da superlotação carcerária, das precárias condições de infraestrutura e do incremento da criminalidade organizada, é preciso a reversão, com urgência, da lógica do encarceramento massivo.

Com efeito, a vedação das penas desumanas e cruéis, tal como previsto na Constituição da República Federativa do Brasil e no Pacto de San José da Costa Rica, bem como a implantação das audiências de custódia, nos termos do que prevê o referido Tratado Internacional de Direitos Humanos, devem ser levadas a sério na construção das políticas públicas prisionais.

Há um direito humano à adequada execução da pena, que possui uma tríplice dimensão: a) de respeito, diante da vedação da tortura e do cumprimento de penas perpétuas, desumanas e cruéis; b) de proteção, voltada à defesa do direito à vida, à integridade e à saúde dos presos, sobretudo em se tratando de pessoas idosas e gestantes; c) de promoção, consistente no dever de o Estado reformar ou construir novas unidades prisionais, além de promover a interdição em casos de superlotação, déficit de estrutura (recursos humanos e materiais) e outras situações que importem em dano/violação.

Além da construção de novos presídios, federais e estaduais, com a utilização dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional, a revisão da política criminal em matéria de drogas é fundamental, pois a mera proibição penal do consumo tem efeito mais simbólico do que real no controle da violência. Impõe-se o tratamento da dependência química pelo Direito da

⁴⁶ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 9. ed.. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 73-74.



Saúde e com o apoio das Fazendas Terapêuticas e dos Centros de Atenção Psicossocial com especialidade em álcool e drogas (CAPS-AD).

A experiência dos programas de Justiça Restaurativa (mediação), na fase da execução da pena, além da remição pelo trabalho e pelo estudo, mediante convênios com cooperativas e universidades, contribuem para o empoderamento da sociedade sobre o problema comunitário da violência.

A efetiva fiscalização das medidas cautelares diversas da prisão preventiva pelo Sistema de Justiça em parceria com o Poder Público é medida imperativa, de modo a que o encarceramento cautelar seja resguardado, em regra, aos autores de crimes praticados com violência ou grave ameaça à pessoa.

A tese da suprallegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados anteriormente à EC nº 45/2004, consoante a interpretação dada pela Suprema Corte Brasileira, não mais encontra sustentação jurídica, pois os direitos humanos e fundamentais são constitucionais. Vale sublinhar os argumentos a seguir: i) os §§ 2º e 3º do artigo 5º da Constituição da República Brasileira devem ser interpretados de modo sistemático e dialógico; ii) a hermenêutica plural e que mais proteja a pessoa humana é a que deve reger os temas de Direitos Humanos; iii) toda interpretação constitucional deve evitar o retrocesso e o anacronismo da ordem jurídica; iv) a teoria geral da recepção do Direito brasileiro⁴⁷.

O debate não pode ser reducionista ou com viés ideológico, mas científico, tendo como base os estudos⁴⁸ e a prática. A interpretação dos fatos também é composta por preconceitos e uma carga de valores, sendo que expressões como "combate ao crime" são falaciosas. O crime é um fato social (Durkheim) e deve ser alvo de um efetivo controle, isto sim, com o apoio da sociedade e das universidades.

Por conseguinte, o contributo da teoria crítica dos Direitos Humanos e a cooriginariedade entre o Direito e a Moral apontam para a necessidade de uma (re)leitura das teorias das fontes, da norma e da interpretação jurídica. O intérprete deve promover um justo equilíbrio entre a funcionalidade do sistema punitivo no Estado Brasileiro e os deveres de

⁴⁷ Vide: PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 9ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 74.

⁴⁸ Ver, entre outros, ALBRECHT, Hans-Jörg. **Prison overcrowding - finding effective solutions**, 2012. Disponível em <www.mpicc.de>. Instituto Max-Planck. Acesso em 5 de março de 2017.



respeito, de proteção e de promoção dos direitos humanos e fundamentais dos presos. Sabe-se, contudo, que não é bom hermenêuta quem quer ter a última palavra (Gadamer). O problema é, justamente, a indiferença diante da crise dos presídios no Brasil, a demandar soluções efetivas para o controle da criminalidade!

REFERÊNCIAS

ALBRECHT, Hans-Jörg. **Prison overcrowding - finding effective solutions**, 2012. Disponível em <www.mpicc.de>. Instituto Max-Planck. Acesso em 5 de março de 2017.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. “El diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; GOMES, Eduardo Biacchi; STRAPAZZON, Carlos Luiz (orgs.). **Direitos humanos e fundamentais na América do Sul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 11-46.

ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização: a nova revolução do Direito**. Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2006.

BAPTISTA, Eduardo Correia. **Ius cogens em direito internacional**. Lisboa: Lex, 1997.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução de Marcos Pechel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição brasileira de 1988, as “constituições transformadoras” e o “novo constitucionalismo latinoamericano”. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 7, n. 26, maio/ago. 2013.

CASTORIADIS, Cornelius. **A instituição imaginária da sociedade**. Tradução de Guy Reynauld. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Sentença de 4 de julho de 2006. **Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.



COSTA, Marcelo Cacinotti. **O Método dos Índícios Formais de Martin Heidegger e a Contribuição da Moral como Condição de Possibilidade para uma Adequada Aplicação do Direito**. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2015.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DOEHRING, Karl. **Teoria do estado**. Tradução de Gustavo Castro Alves Araújo. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do estado nacional**. Tradução de Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. 2. ed. Madrid: Trotta, 2001.

GALLARDO, Helio. **Teoria Crítica: matriz e possibilidade de Direitos Humanos**. Trad. Patrícia Fernandes. 1. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

GOSEPATH, Stefan. “Uma pretensão de direito humano à proteção fundamental”. TOLEDO, Cláudia (org.). **Direitos sociais em debate**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, vol. I. 2ª ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

HÖFFE, Otfried. **Derecho intercultural**. Tradução de Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2008.

INWOOD, Michael. **Dicionário Heidegger**. Tradução Luísa Buarque de Holanda. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.



JULIAN, François. **Fundar a Moral: Diálogo de Mêncio com um filósofo das Luzes**. Tradução de Maria das Graças de Souza. São Paulo: Discurso Editorial 2001.

LIMA, Vinicius de Melo. **Teoria Hermenêutica da Responsabilidade Decisória: Direitos Sociais entre Ativismo Judicial e Decisão Jurídica Democrática**. Curitiba: Juruá, 2016.

MARINONI Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coords.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

MIRANDA, Jorge. “Brevíssima nota sobre o jus cogens”. **Revista Jurídica** n. 18/19, Lisboa: Nova Sede, out./dez. 1995.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito**. Tradução Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

PEREIRA, Marcos Vinicius Torres. “Um epílogo das recentes ditaduras militares sul-americanas à luz do Direito Internacional. Breves considerações sobre os mecanismos de reparação dos crimes cometidos”. In: SABADELL, Ana Lúcia; SIMON, Jan-Michael; DIMOULIS, Dimitri. **Justiça de transição: das anistias às comissões de verdade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PÉREZ LUNO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PRIBÁN, Jirí. “A questão da soberania no pluralismo jurídico global”. In: SCHWARTZ, Germano; PRIBÁN, Jirí; ROCHA, Leonel Severo. **Sociologia sistêmico-autopoiética das constituições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Teoria pluriversalista do direito internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.



VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.