

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
PIETRA CESTARO CRUZ DE ARAUJO**

**O CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL E A CONSTRUÇÃO DIALÓGICA
DE MECANISMOS EFETIVOS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: uma
análise do contexto brasileiro**

**JUIZ DE FORA
2022**

PIETRA CESTARO CRUZ DE ARAUJO

**O CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL E A CONSTRUÇÃO
DIALÓGICA DE MECANISMOS EFETIVOS DE PROTEÇÃO DOS
DIREITOS HUMANOS: uma análise do contexto brasileiro**

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel na área de concentração Direito Público Formal e Ética Profissional sob orientação do Professor Doutor Bruno Stigert.

Juiz de Fora

2022

FOLHA DE APROVAÇÃO

PIETRA CESTARO CRUZ DE ARAUJO

O CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL E A CONSTRUÇÃO DIALÓGICA DE MECANISMOS EFETIVOS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: uma análise do contexto brasileiro

Artigo apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Público Formal e Ética Profissional submetido à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. Dr. Bruno Stigert
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Wagner Rezende
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Camila Corrêa
Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

PARECER DA BANCA

APROVADO

REPROVADO

Juiz de Fora, 23 de fevereiro de 2022

Dedico este trabalho a Bruna Loures de Araujo, minha maior inspiração. Tudo que aprendi sobre justiça social e direitos humanos, aprendi com você. Talvez você não possa presenciar o fim desse ciclo, mas sem você ele nem teria começado. Te amo para sempre e mais que tudo!

RESUMO

O presente artigo pretendeu analisar o instituto do Constitucionalismo Multinível enquanto possibilitador de mecanismos mais efetivos para a proteção e a garantia dos direitos humanos. Para tanto, utilizou-se, quanto a metodologia, do método hipotético-dedutivo, embasando-se em extensa pesquisa bibliográfica, com a devida apresentação de casos exemplificativos em que a hipótese da efetividade do instituto foi comprovada. Em um primeiro momento, apresenta-se a definição do Constitucionalismo Multinível, destacando-se a importância dos diálogos em diferentes níveis, enquanto fomentadores da inclusão e da pluralidade de vozes, para enriquecer os mecanismos protetivos. Em seguida, busca-se demonstrar a figura do Constitucionalismo Multinível a partir da Constituição Federal de 1988, tendo como fulcro o disposto em seu art. 4º, inciso II e em seu art. 5º, §1º e 2º. Por fim, analisa-se as possíveis fontes de diálogo, com enfoque na atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos no contexto latino-americano e brasileiro, com exemplos marcantes do Constitucionalismo Multinível na prática, como os casos Damião Ximenes, Maria da Penha e Márcia Barbosa.

Palavras-chave: constitucionalismo multinível; direitos humanos; centralização da figura da vítima; diálogo; Corte Interamericana de Direitos Humanos.

ABSTRACT

This article intends to analyze the institute of Multilevel Constitutionalism as an enabler of more effective mechanisms for the protection and guarantee of human rights. For this purpose, the hypothetical-deductive method was used, based on extensive bibliographic research, with due presentation of exemplary cases in which the hypothesis of the institute's effectiveness was proven. At first, the definition of Multilevel Constitutionalism is presented, highlighting the importance of dialogues at different levels, as promoters of inclusion and plurality of voices, to enrich the protective mechanisms. Then, it seeks to demonstrate the figure of Multilevel Constitutionalism from the Federal Constitution of 1988, having as its fulcrum the provisions of its art. 4, item II and in its art. 5th, §1st and 2nd. Finally, the possible sources of dialogue are analyzed, focusing on the performance of the Inter-American Commission on Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights in the Latin American and Brazilian context, with striking examples of Multilevel Constitutionalism in practice, such as the cases Damião Ximenes, Maria da Penha and Marcia Barbosa.

Keywords: multilevel constitutionalism; human rights; centralization of the figure of the victim; dialogue; Inter-American Court of Human Rights.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
DIDH	Direito Internacional dos Direitos Humanos
OEA	Organização dos Estados Americanos
SIDH	Sistema Interamericano de Direitos Humanos

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 O CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL: A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS INCLUSIVA E DIALÓGICA	10
2.1 O princípio da dignidade da pessoa humana e a centralização da figura da vítima	10
2.2 O Constitucionalismo Multinível	12
3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988 E O CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL: O ART. 4º, INCISO II E O ART. 5º, §1º E §2º	14
3.1 A prevalência dos direitos humanos como princípio regente das relações internacionais ..	14
3.2 Os tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento brasileiro	15
3.3 A abertura promovida pelo art. 4º, inciso II e o art. 5º, §1º e §2º	18
4 AS FONTES DE DIÁLOGO: O PAPEL DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	19
4.1 A Organização dos Estados Americanos e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos	20
4.2 O papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos na promoção do Constitucionalismo Multinível	21
4.3 O Caso Damião Ximenes: A primeira condenação brasileira	24
4.4 Os casos Maria da Penha e Márcia Barbosa: a violência de gênero na perspectiva do Constitucionalismo Multinível	27
4.4.1 Maria da Penha	27
4.4.2 Márcia Barbosa	30
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	32
REFERÊNCIAS	32

1. INTRODUÇÃO

O cenário global atual de proteção aos direitos humanos é marcado pela interação entre os Sistemas Internacionais e o judiciário dos seus respectivos países signatários. Diante disso, busca-se melhores métodos para aperfeiçoar os institutos das garantias humanas, objetivando-se um sistema mais efetivo, que seja inclusivo e valorize a diversidade.

Nesse sentido, o presente artigo objetiva apresentar a figura do Constitucionalismo Multinível como instituto adequado para a proteção dos direitos, considerando a evolução do direito interno e sua necessária conexão com o direito internacional. Pretende-se buscar mecanismos de proteção que tenham como enfoque a inclusão de diversos grupos da sociedade, dando espaço à pluridade de vozes, de forma a construir uma jurisdição dialogada em diversos níveis.

Para isso, será apresentada, em um primeiro momento, a definição do Constitucionalismo Multinível e seu objetivo precípua de centralizar os institutos protetivos na figura da vítima, respeitando e aplicando o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, compreender-se-á que o diálogo entre Cortes e grupos diversos terá como fim a escolha do melhor mecanismo de proteção com base no *human centered approach*.

Em seguida, demonstrar-se-á a figura do Constitucionalismo Multinível a partir da Constituição Federal de 1988, tendo como fulcro o disposto em seu art. 4º, inciso II e em seu art. 5º, §1º e 2º. Por fim, serão analisadas as possíveis fontes de diálogo, com enfoque na atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos no contexto latino-americano e brasileiro, com exemplos marcantes do Constitucionalismo Multinível na prática, como os casos Damião Ximenes, Maria da Penha e Márcia Barbosa.

O marco teórico que orienta o trabalho são as ideias apresentadas pela professora Melina Fachin em seu artigo “Constitucionalismo Multinível: diálogos e(m) direitos humanos” (2020), em que é defendido o diálogo inclusivo como forma de aprimorar a proteção dos direitos humanos, por meio do instituto do Constitucionalismo Multinível.

Outrossim, a pesquisa se deu a partir de textos que tratam da temática e embasam a ideia aqui defendida. A partir disso, utilizou-se de um método hipotético dedutivo para atingir a conclusão, apresentando-se exemplos de casos concretos em que a hipótese formulada foi aplicada. A hipótese consiste justamente na ideia de que o diálogo inclusivo entre as Cortes e

diversos grupos permite a manifestação de mecanismos mais efetivos para a proteção de direitos humanos.

2. O CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS INCLUSIVA E DIALÓGICA

2.1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A CENTRALIZAÇÃO DA FIGURA DA VÍTIMA

A Constituição Federal de 1988 introduziu uma nova era de proteção aos direitos humanos no Estado Brasileiro. Segundo André de Carvalho Ramos, a CRFB/88 se manifesta como um marco na história constitucional brasileira, já que introduziu o mais extenso e abrangente rol de direitos, apresentando, em seu art. 5º, §2º, a previsão do princípio da não exaustividade dos direitos fundamentais, também denominado abertura da Constituição aos direitos humanos (2020, p. 519). Nesse sentido, entende-se que os direitos previstos na gama constitucional brasileira não excluem àqueles decorrentes do regime, dos princípios constitucionais e, principalmente, dos tratados celebrados pelo Brasil (RAMOS, 2020, p. 519).

Ainda, entende-se que há um ineditismo na história constitucional brasileira ao enxergar que a referida abertura constitucional dos direitos humanos teve também como base os tratados internacionais celebrados pelo Brasil (RAMOS, 2020, p. 520). Destaca-se, dessa forma, que o art. 4º da CFRB/88, em seu inciso II, apresenta a determinação de que o Brasil deve reger-se, em suas relações internacionais, pela prevalência dos direitos humanos.

Diante dessa nova ótica constitucional, fica evidente que a proteção dos direitos humanos deixa de ser objetivo exclusivo da soberania estatal-constitucional, implementando uma nova esfera de responsabilidade (FACHIN, 2020, p. 54). Tal esfera se destaca pela importância dada aos diálogos dos diversos planos protetivos que se empenham para a realização dos direitos humanos, em que o direito constitucional torna-se um espaço de “coexistência produtiva entre diversas ordens paralelas e interlocutoras” (FACHIN, 2020, p. 54). Nesse sentido, as diferentes ordens constitucionais devem dialogar em torno do princípio da dignidade humana, de forma a construir um ambiente que tem como objetivo o engrandecimento dos participantes envolvidos nos mecanismos de proteção aos direitos humanos por meio da coexistência complementar (FACHIN, 2020, p.54).

Nesse sentido, necessário compreender a dignidade humana como princípio essencial e geral da gama de direitos humanos a serem garantidos e protegidos. A Constituição Federal, em seu art. 1º, inciso III, estabelece a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. No âmbito internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1945¹, em seu preâmbulo, destaca a necessidade do “reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis”, informando em seu artigo 1º que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Já a Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu artigo 5º, exige o “respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”.

Assim, a dignidade da pessoa humana pode ser compreendida como uma qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o afasta de toda discriminação e tratamento degradante, assegurando condições materiais mínimas de sobrevivência. Ou seja, ela é inerente à condição humana, manifestando-se como atributo de todos os indivíduos, sem que se leve em consideração nacionalidade, orientação sexual, gênero, credo ou qualquer outra condição diferenciadora (RAMOS, 2020, p. 82)

Diante disso, o professor Luís Roberto Barroso apresenta a ideia de que a

[...] dignidade humana e direitos humanos são duas faces de uma só moeda, ou, na imagem corrente, as duas faces de Jano: uma, voltada para a filosofia, expressa os valores morais que singularizam todas as pessoas, tornando-as merecedoras de igual respeito e consideração; a outra, voltada para o Direito, traduz posições jurídicas titularizadas pelos indivíduos, tuteladas por normas coercitivas e pela atuação judicial. (2010, p. 21)

Posto isso, entende-se que a sistemática de proteção de direitos humanos deve ser articulada por meio do princípio *pro persona* (FACHIN, 2020, p.56), em que a interpretação jurídica passa a ser pautada por meio da força expansiva da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos, o que confere prevalência à ideia do *human centered approach* (PIOVESAN, 2012, p.72). Ou seja, há uma centralização da figura humana - vítima das violações cometidas pelas diversas figuras do Direito – enquanto foco das discussões e da busca por mecanismos adequados de proteção e garantias. Nas palavras de Melina, “aqui são enfocadas as vítimas, os seres de carne e osso – encarnados – que vivem a fome, o medo, o ódio, o preconceito, a violência, a subjugação que são, muitas vezes, o anverso do discurso dos direitos” (2020, p.56).

¹ Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> . Acesso em: 15 nov. 2021.

Importante compreender o princípio *pro persona* enquanto àquele que estará sempre a favor do homem, trazendo a dimensão de que, diante de múltiplas interpretações possíveis de uma fonte jurídica, será aplicada a interpretação mais favorável à pessoa, sendo adotada a interpretação que seja mais extensiva ao reconhecimento dos direitos protegidos e que seja mais restritiva ao tratar de restringir direitos (BASTOS NETTO, 2017, p. 22). Dessa forma, no que se refere à proteção dos direitos da pessoa humana, ao escolher as fontes interpretativas, sendo ambas de Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) ou uma de DIDH e outra de direito interno, deverá ser aplicada a norma que seja mais benéfica àquele que terá seu direito protegido (BASTOS NETTO, 2017, p. 23).

2.2 O CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL

É dentro dessa nova ótica, em que se verifica a internacionalização dos direitos humanos², com enfoque nos princípios da dignidade da pessoa humana e *pro persona* e com a devida prevalência da centralização da figura da vítima por meio do *human centered approach*, que o Constitucionalismo Multinível se constrói. Nesse sentido, cria-se um espaço marcado por uma complexa e diversa rede integrada por instituições e sistemas jurídicos, que articular-se-á em distintos níveis normativos (FERRAJOLI, 2011, p.475).

Posto isso, entende-se que o pluralismo molda esse novo cenário, apresentando um plano interno que não reconhece apenas a autoridade estatal ao delimitar os sentidos da Constituição, e um plano internacional que supera as velhas discussões entre monismo e dualismo, concebendo diversas ordens sem hierarquia integradas entre si, de forma a coexistirem em um reforço mútuo ao formar um ordenamento plural e múltiplo (FACHIN, 2020, p. 56). Assim, sem o discurso de prevalência de uma ordem sobre a outra, é formada uma rede que se localiza em diversos níveis e possui vários planos, os quais alimentam-se e limitam-se reciprocamente, fazendo surgir, assim, a ideia do multinível (FACHIN, 2020, p. 57).

Fato é que o Constitucionalismo Multinível, utiliza-se do diálogo para se construir enquanto meio de estabelecer posturas que priorizem a vítima. Nesse sentido, o diálogo, no âmbito dos direitos, deverá levar em conta a compreensão, o reconhecimento da diversidade, a tolerância e o respeito ao exercício comunicativo (FACHIN, 2020, p.57). Ou seja, tem como objetivo a inclusão do excluído, confrontando, assim, posicionamentos distintos. Ora, objetiva-

² PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC, São Paulo, n.19, p.71, jan./jun. 2012.

se dar voz aos constitucionalismos locais, pertencentes à periferia do mundo, para que possam atuar conjuntamente com os sistemas internacionais de forma a construir um espaço propício à emancipação do ser humano (FACHIN, 2020, p. 58).

Dentro desse contexto, o Constitucionalismo Multinível deve ser entendido como mecanismo dialógico que inclua e dê espaço às vozes da periferia global, as quais dão cor, gênero e idade às violações de direitos humanos perpetradas. Ou seja, objetiva-se a pluralidade de conversações e funções constitucionais em um novo espaço, pautado logicamente no diálogo, mas, principalmente, tendo como enfoque central o ser humano, enquanto aquele que deve ter seus direitos resguardados (FACHIN, 2020, p. 58). Afirma Melina Fachin que

Os sentidos dos diálogos aqui tomados são, portanto, mais amplos; marcados pelas trocas e integração argumentativa livre entre os intérpretes e aplicadores do direito, pautados nos compartilhamentos constitucionais, assumindo contornos mais abertos e, portanto, mais democráticos porque não dependem apenas de um espaço estatal-institucional. (2020. p. 60)

Entende-se, dessa forma, que o diálogo abrange uma gama maior de grupos e representantes, não se limitando somente ao Judiciário e às Cortes Superiores, mas abrangendo a sociedade como um todo. Existem diversos exemplos brasileiros que trazem à tona o que se entende por diálogo, pluralidade e multinível, dentre eles destacam-se a condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Damião Ximenes e no Caso Márcia Barbosa de Souza e a recomendação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no Caso Maria da Penha.

Em ambos os casos, constatou-se a participação de diversos grupos da sociedade atuando como copeticionários ou *amicus curiae* e apresentando pareceres decisivos. Como será apresentado adiante, constata-se que a abertura dialógica e a valorização do pluralismo são necessárias para dar voz aos grupos minoritários, que mais sofrem com as violações de direitos humanos, principalmente no sul global.

Diante disso, compreende-se que o Constitucionalismo Multinível vai de encontro à perspectiva estatocêntrica do direito internacional e ao modelo ativo da jurisdição constitucional, que perpetuam o monopólio reflexivo do Poder Judiciário, cedendo pouco espaço de protagonismo aos demais grupos da sociedade (FACHIN, 2020, p.62).

Ou seja, é contrário a um ambiente marcado pela presença dos poderes judiciais, sem o verdadeiro diálogo inclusivo, já que o enfoque judicial como protagonista dessa conversação manifesta um diálogo entre elites, em que os juízes – tanto das Cortes Superiores, quanto das

Cortes Internacionais – são selecionados dentre os setores mais ricos da sociedade, em oposição aos setores sociais mais baixos dos quais provém os indivíduos que possuem seus direitos violados (FACHIN, 2020, p. 62-63).

A partir disso, entende-se que a busca por proteção dos direitos humanos deve abranger todos os tipos de setores em um espaço dialógico inclusivo e aberto, que efetivamente valorize os grupos minoritários em torno de suas demandas. Os exemplos trazidos por casos emblemáticos e marcantes para o direito brasileiro, como o supracitado caso Maria da Penha, possibilitam a criação de um espaço multinível, com a participação da sociedade, dos órgãos internacionais e dos órgãos nacionais.

Assim, é necessário observar que a própria Constituição Federal de 1988 apresenta mecanismos que não somente garantem o debate, como também ampliam a possibilidade de inclusão das minorias na busca pela proteção dos direitos humanos.

3. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988 E O CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL: O ART. 4º, INCISO II e o ART. 5º, §1º E §2º

3.1 A PREVALÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS COMO PRINCÍPIO REGENTE DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS

Ao considerar a evolução dos mecanismos de proteção dos direitos humanos em uma sociedade plural e multicultural, necessário compreender como os diálogos serão interpretados à luz da Constituição Federal Brasileira de 1988. Em análise detida, é possível identificar que a CRFB/88 estabelece, em seu artigo 4º, os princípios regentes nas suas relações internacionais, positivando, assim, o diálogo entre o direito internacional e o direito nacional.

O artigo 4º reflete o processo de redemocratização imprescindível à inserção do Brasil nas novas relações internacionais (COELHO FREITAS, 2012, p. 28). O referido dispositivo aproxima-se do que dispõe a Carta da ONU em seus artigos 1 e 2, a qual foi ratificada pelo Brasil e promulgada como Decreto Lei nº 19.841/1945. Nesse sentido, entende-se que o artigo 4º representa a complementariedade entre o direito constitucional e o direito internacional público, apontando para a irradiação no direito público interno dos conceitos elaborados no âmbito do direito das gentes (LAFER, 2005, p.14).

Diante disso, deve ser dada especial atenção ao princípio disposto no inciso II do artigo 4º da CRFB/88, que manifesta a prevalência dos direitos humanos. Ora, entende-se que o

mencionado princípio não implica somente no engajamento brasileiro no processo de elaboração das normas relacionadas ao direito internacional dos direitos humanos, mas também na busca pela integração plena dessas normas ao direito interno, culminando também no compromisso em adotar posição política contrária às violações de direitos humanos cometidas por outros Estados (COELHO FREITAS, 2012, p.30).

É diante dessa perspectiva que se defende uma abordagem em que o diálogo prevaleça nas tratativas de direitos humanos, sendo superada a ideia de soberania constitucional a todo custo. Fato é que a disposição do artigo 4º é clara e objetiva, sendo necessária, em uma interpretação coligada com o artigo 5º, §2º da CRFB/88, compreender a importância de um constitucionalismo multinível, desprendido da ideia de soberania da lei nacional, para fazer exercer o melhor mecanismo de proteção em prol da vítima. O que se pretende é aplicar a interpretação conforme o princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano, com a centralização da figura da vítima, diante da ótica do *human centered approach*.

3.2 OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Diante disso, necessário fazer breve análise sobre o artigo 5º e seus parágrafos, bem como as discussões jurisprudenciais e doutrinárias surgidas a partir dele. O §1º do art. 5º da CRFB/88, ao dispor que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, originou entendimentos destoantes, em que parte da doutrina interpretou o referido dispositivo como ordem de dispensa do decreto de promulgação e, conseqüentemente, adoção automática dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Nesse sentido, seria suficiente apenas a ratificação pelo Brasil e a entrada em vigor, no plano internacional, para que o tratado em matéria de direitos humanos se tornasse válido internamente. Contudo, o STF atribuiu interpretação restritiva ao §1º, entendendo sua aplicabilidade somente em relação à adoção interna dos direitos e garantias fundamentais (RAMOS, 2020, p.541).

Já o §2º, cuja disposição indica que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, introduziu a interpretação, por parte da doutrina, de que a CRFB/88 adotou a hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos (RAMOS, 2020, p.541). Evidentemente, a introdução do §3º ao art. 5º, por

meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, ampliou e intensificou o debate em relação ao *status* dos tratados de direitos humanos.

É de conhecimento que à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos que não forem aprovados pelo quórum qualificado previsto pelo §3º do art. 5º da CRFB/88 foi atribuído, por meio da decisão do STF no RE 466.343-SP, *status* supralegal. Nesse sentido, a alteração trazida pela Emenda de nº 45/2004, juntamente com o entendimento estabelecido pelo STF, estabeleceu dois *status* hierárquicos aos tratados de direitos humanos, quais sejam: os tratados não aprovados pelo quórum qualificado, que passam a possuir valor supralegal, mas infraconstitucional, e os tratados de direitos humanos aprovados com quórum qualificado pelo Congresso Nacional que, conforme dispõe a Lei, possuem valor de Emenda Constitucional (valor constitucional) (GOMES; MAZZUOLI, p.10, 2009).

A supralegalidade dos tratados de direitos humanos que não seguissem o procedimento estabelecido pelo §3º foi defendida pelo Ministro Gilmar Mendes no referido RE 466.343-SP, com voto acompanhado por outros quatro ministros. Em contrapartida, ainda que esse seja o entendimento que prevalece na Suprema Corte, existe uma forte corrente doutrinária, da qual faz parte ilustríssimos juristas como Antonio Cançado Trindade e Valério Mazzuoli, que defende a tese de que os tratados de direitos humanos possuem *status* constitucional, por força do art. 5º, §2º da CRFB/88 (GOMES; MAZZUOLI, 2009, p.12).

Destaca-se que tal tese, ainda que não majoritária no STF, já foi mencionada em julgados da Corte, inclusive no HC 87.585-TO, momento em que foi defendida pelo Ministro Celso de Mello, que afirmou que “os tratados internacionais de direitos humanos assumem, na ordem positiva interna brasileira, qualificação constitucional”³ (GOMES; MAZZUOLI, 2009, p.12-13).

Ora, ainda que o §3º tenha surgido como forma de balizar a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, os §1º e §2º do art. 5º já estabelecem o claro entendimento de que os referidos tratados, quando ratificados pelo Brasil, assumem nível constitucional, além de possuírem aplicação imediata. Segundo dispõem Luiz Flávio Gomes e Valério Mazzuoli em citação direta ao seu artigo “Valor dos tratados de direitos humanos no direito interno”, a cláusula aberta do §2º sempre admitiu o ingresso dos tratados internacionais de proteção dos

³“(…) acentuando, ainda, que as convenções internacionais em matéria de direitos humanos, celebradas pelo Brasil antes do advento da EC nº 45/2004, como ocorre com o Pacto de São José da Costa Rica, revestem-se de caráter materialmente constitucional, compondo, sob tal perspectiva, a noção conceitual de bloco de constitucionalidade.” (GOMES; MAZZUOLI, 2009, p.13)

direitos humanos em grau hierárquico idêntico ao das demais normas constitucionais (GOMES; MAZZUOLI, 2009, p.14).

Posto isso, entende-se que o §2º do art. 5º da Constituição Federal possui caráter eminentemente aberto, admitindo o ingresso dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico interno brasileiro em nível constitucional, possuindo, inclusive, efeito aditivo, já que adicionam mais direitos ao texto constitucional, além daqueles positivados pela letra da lei (MAZZUOLI, 2000, p. 91). Dessa maneira, quando os direitos enunciados em tratados internacionais são incluídos no catálogo dos direitos assegurados pela Constituição, lhes é atribuída uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional (PIOVESAN, 1997, p.82). Isso porque, os tratados de direitos humanos têm como objetivo primordial a proteção dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados (PIOVESAN, 1997, p. 94).

Em vista disso, importante destacar trecho referenciado pelo professor Valerio Mazzuoli que explica com clareza e perfeição o que vem sendo disposto:

[...] assim se expressou o Professor Antônio Augusto Cançado Trindade, juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em prefácio à coletânea Instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (p. 20-21):

“O disposto no artigo 5º, § 2º, da Constituição Brasileira de 1988 se insere na nova tendência de Constituições latino-americanas recentes, de conceder um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados. A especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se, com efeito, reconhecidos e sancionados pela Constituição Brasileira de 1988: se, para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação, pelo Poder Legislativo, de ato com força de lei, de modo a outorgar às suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente, no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte, os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os artigos 5º, § 2º e 5º, § 1º, da Constituição Brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno”. (MAZZUOLI, 2000, p. 96)

Em face do exposto, fica evidente que, ao estabelecer a prevalência dos direitos humanos em seu art. 4º, inciso II, como princípio regente das relações internacionais, a Carta Magna autoriza que seja incorporado o produto normativo mais benéfico à pessoa humana, por meio da abertura fornecida pelo §2º do seu art. 5º, considerando o seu caráter eminente de cláusula aberta à inclusão de direitos e garantias provenientes de tratados (MAZZUOLI, 2000, p. 97).

Não se pode olvidar da dignidade da pessoa humana como princípio norteador dos direitos fundamentais, o que somente fortalece a ideia de que a Constituição Federal de 1988 recepciona tratados internacionais de direitos humanos, já que o referido princípio, disposto no art. 1º, inciso III da CRFB/88, é cláusula pétrea que nos orienta para primazia da norma que mais protege os direitos da pessoa humana (MAZZUOLI, 2000, p.97).

3.3 A ABERTURA PROMOVIDA PELO ART. 4º, INCISO II e o ART. 5º, §1º E §2º

É com base no entendimento supra que defendemos o Constitucionalismo Multinível e sua rede de diálogos como fomentadores do já mencionado *human centered approach*. É nítido que a Constituição Federal de 1988, por meio dos artigos 4º, inciso II e 5º, §1º e §2º, possibilita uma abertura interpretativa para que se faça prevalecer o referido instituto. Como dispõe Mazzuoli, o princípio da primazia da norma mais favorável às vítimas, defendido pelo Professor Cançado Trindade, enquanto assegurado pelo artigo 4º, inciso II, indica que se deve aplicar a norma mais favorável à pessoa humana, seja ela disposta na Constituição, ou seja ela disposta por meio de tratados internacionais (MAZZUOLI, 2000, p.97-98).

Se é necessário que se encontre confirmação na Carta Magna da possibilidade do Constitucionalismo Multinível, a dignidade da pessoa humana, conjuntamente com a prevalência dos direitos humanos, enquanto cláusulas pétreas por força do art. 60, §4º, inciso IV da CRFB/88, corroboram a ideia de abertura para diálogos em diferentes níveis no que tange às matérias relativas aos direitos humanos.

Destaca-se, ainda, que, ao estabelecer, em seu artigo 4º, os princípios da igualdade entre os Estados (inciso V); do repúdio ao terrorismo e racismo (inciso VIII) e da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (inciso IX), como regentes de suas relações internacionais, a Constituição Federal de 1988 reafirma sua postura, enquanto garantidora do Estado Democrático de Direito, de ter a pessoa humana como foco, assegurando a existência de uma rede dialógica com diferentes ordens e grupos.

Assim, sugere-se a superação da ideia de hierarquia entre as normas, sejam elas de cunho nacional ou internacional, ao estabelecer um espaço multinível, que será enriquecido pelo diálogo entre diversos planos. Do que foi exposto, é possível compreender que a abordagem protetiva que centraliza a figura da vítima, não somente estabelece uma leitura ampla do texto

constitucional supramencionado, mas também permite um espaço verdadeiramente inclusivo, em que a pluralidade cultural e a diversidade é reconhecida e valorizada.

Entretanto, não se pode olvidar que, ainda que a ótica de adoção da norma mais favorável à pessoa humana seja essencial, defendemos a ideia de que não se pode manter as tratativas normativas restritas às Cortes superiores e internacionais. Esse espaço multinível que aqui se constrói, com o objetivo principal de proteger e assegurar direitos humanos, transforma as discussões estabelecidas nos tribunais em um verdadeiro ambiente dialógico inclusivo, que dá voz às minorias em prol de seus direitos.

Posto isso, necessário compreender algumas das possíveis fontes de diálogos, que fortalecem o instituto em comento, tendo como foco central o impacto da atuação e das decisões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, conseqüentemente, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, na construção do ambiente multinível que tenha como fim a proteção dos direitos humanos.

4. AS FONTES DE DIÁLOGO: O PAPEL DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Considerando que o Constitucionalismo Multinível funda-se na constitucionalização do direito internacional e na internacionalização do direito constitucional, tendo como enfoque a proteção dos direitos humanos⁴, torna-se necessária a análise detida das possíveis fontes de diálogo que instituem-se, principalmente, entre a jurisdição brasileira e a jurisdição internacional. Nesse sentido, tendo em vista a exposição feita em tópico anterior sobre o papel da Constituição Federal de 1988 para garantir a institucionalização do Constitucionalismo Multinível, nota-se a posição essencial assumida pelas Cortes Internacionais na aplicação de uma nova estrutura dialógica que valorize a pluralidade e a inclusão. Para tanto, necessário compreendermos a estrutura e organização do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), adotado pela Organização dos Estados Americanos (OEA).

⁴ Trecho de palestra ministrada pela professora Melina Fachin no XVIII Congresso Brasileiro de Direito Constitucional e Cidadania, cuja temática foi “Constitucionalismo Multinível e Jurisdição Convencional”. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Tt68RNexc0c&list=WL&index=45&t=1s>. Acesso em: 23 nov. 2021.

4.1 A ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS E O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

A Organização dos Estados Americanos foi fundada em 1948, por meio da assinatura da Carta da OEA, e tem como objetivo, com fulcro no art. 1º de sua Carta, promover uma ordem de paz e de justiça, bem como a solidariedade, intensificando sua colaboração e defendendo sua soberania, sua integridade territorial e sua independência. A OEA abrange os 35 Estados independentes americanos, manifestando-se como o principal fórum governamental, político, jurídico e social da região. Diante disso, a Organização define como principais pilares para conquistar seus objetivos a democracia, os direitos humanos, a segurança e o desenvolvimento⁵.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos foi fundado a partir da aprovação da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem - o primeiro documento internacional de direitos humanos de caráter geral -, em conferência realizada em 1948 na cidade de Bogotá, onde também foi criada a própria Carta da OEA. Ressalta-se que a referida Carta apresenta objetivo claro de respeito e proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, de forma a consolidar um regime de liberdade individual e de justiça social dentro das instituições democráticas. Diante disso, o SIDH compreende a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) ⁶.

A CIDH configura-se como um órgão autônomo da OEA, criada em 1959 e instalada juntamente com a Corte IDH em 1979, a qual foi encarregada de promover e proteger os direitos humanos no continente americano. É composta por sete membros independentes e possui três pilares de trabalhos, quais sejam o Sistema de Petição Individual; o monitoramento da situação dos direitos humanos nos Estados Membros e a atenção a linhas temáticas prioritárias. Dentre suas funções, destaca-se a de processar e receber denúncias ou petições sobre casos em que se alega violações dos direitos humanos, concedendo pareceres e determinações aos países réus. À frente, será apresentado o caso Maria da Penha, grande exemplo de responsabilização internacional do Brasil frente a CIDH ⁷.

⁵ Disponível em: < https://www.oas.org/pt/sobre/quem_somos.asp > . Acesso em: 25 dez. 2021.

⁶ Disponível em: < <https://www.oas.org/pt/CIDH/jsForm/?File=/pt/cidh/mandato/que.asp> > . Acesso em: 25 dez. 2021.

⁷ Disponível em: < <https://www.oas.org/pt/CIDH/jsForm/?File=/pt/cidh/mandato/que.asp> > . Acesso em: 25 dez. 2021.

4.2 O PAPEL DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NA PROMOÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL

Para compreender de forma aprofundada o diálogo entre Cortes internacionais e nacionais, nos deteremos nesse momento no papel assumido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no contexto latino-americano, mais especificamente, no seu impacto na jurisdição brasileira. O Relatório Anual de 2017⁸, apresentado pela Corte IDH, expõe brevemente sua formação, em 03 de setembro de 1979, logo após a entrada em vigor da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em 18 de julho de 1978 (2017, p. 11). Entende-se, através do Relatório, que o objetivo da Corte é aplicar e interpretar a Convenção Americana, conforme afere-se do seu artigo 33, letra b.

Na seção II do capítulo VIII da Convenção Americana, são definidas as competências e funções da Corte IDH, as quais, subdividem-se em três principais blocos, quais sejam a função contenciosa; a faculdade de expedir medidas provisórias e a função consultiva. A função contenciosa manifesta-se através das situações em que a Corte determinará, nos casos submetidos a sua jurisdição, se um Estado violou algum direito estabelecido na Convenção Americana ou em algum tratado de direitos humanos do Sistema Interamericano, tendo incorrido em responsabilidade internacional, dispondo sobre as medidas reparatorias das violações de direitos humanos (RELATÓRIO ANUAL, 2017, p.15).

As medidas provisórias, podem ser solicitadas pela Corte a qualquer momento, mesmo em casos que ainda não tenham sido submetidos à sua jurisdição, tendo como objetivo a garantia dos direitos de pessoas ou grupos de pessoas determináveis que se encontram em situações de extrema gravidade; urgência e dano irreparável. Já através da sua função consultiva, a Corte IDH atenderá às consultas dos Estados membros da OEA⁹ e seus órgãos no que se refere à interpretação da Convenção ou dos tratados concernentes à proteção de direitos humanos nos Estados Americanos (RELATÓRIO ANUAL, 2017, p. 22).

Posto isso, a Corte IDH e o SIDH (Sistema Interamericano de Direitos Humanos) apresentam ferramentas normativas e jurisprudenciais para orientar as cortes constitucionais, de forma a construir “uma rede de proteção multinível a funcionar por intermédio do diálogo

⁸ Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/POR/por_2017.pdf. Acesso em: 27 dez. 2021

⁹ Organização dos Estados Americanos

entre ordenamentos jurídicos múltiplos e juízes internacionais e nacionais, à luz do princípio da heterarquia normativa”, ou seja, é o “constitucionalismo em rede”, que estabelece diferentes abordagens empregadas na região para resolução dos problemas domésticos (MOURA; BARBOSA, 2021, p. 478).

No contexto aqui apresentado, a Corte Interamericana deve ter seu papel voltado para a construção dialogada de um direito comum latino-americano, em que se reconheça o pluralismo jurídico existente, com o objetivo de que as estruturas institucionais responsáveis pela violação de direitos humanos sejam transformadas a partir dessa rede de diálogos (OLSEN; KOZICKI, 2020, p. 303), ou seja, é a própria manifestação do Constitucionalismo Multinível.

A partir disso, entende-se que a Corte IDH, através de suas funções, deve estabelecer uma rede de diálogos com as cortes dos países latino-americanos membros, de forma que sejam adotados os mecanismos de proteção aos direitos humanos mais adequados a cada caso. Reitera-se, dessa forma, a compreensão de que esses diálogos estabelecidos entre a Corte Interamericana e as cortes constitucionais de cada país devem ser pautados pelo princípio *pro persona*.

Assim, assume-se uma posição “heterárquica”, em que se supera a hierarquia e a jurisdição do positivismo de sistemas jurídicos independentes, fazendo com que níveis jurídicos diversos se entrelacem na produção normativa e jurisdicional que tenha como objetivo a proteção dos direitos humanos (OLSEN; KOZICKI, 2020, p. 304) em formato multinível. A Corte atua, então, nesse aspecto, de forma a relativizar a soberania constitucional de cada país, em prol da figura da vítima, aplicando a abordagem dialógica que defendemos. Destaca-se, ainda, que, por meio disso, faz-se respeitar e reconhecer a diversidade e pluralidade cultural e jurídica dos povos latino-americanos, já que a Corte IDH passa a assumir papel inclusivo, ao dar voz e espaço para os mais diversos grupos da sociedade.

Importante notar que, a Corte IDH não estaria autorizada a atuar como uma corte de cassação, muito menos a jurisprudência formada seria a última palavra na interpretação das normas de direitos humanos, mas teria a Corte o papel de fornecer uma solução definitiva para cada caso submetido à sua jurisdição, fazendo com que o julgado oriente os diálogos, funcionando como um elo entre as diversas decisões judiciais que tratem da mesma matéria (OLSEN; KOZICKI, 2020, p.313).

Nesse sentido, entende-se que os padrões em direitos humanos preconizados pela Corte IDH não surgem para forçar as cortes nacionais a se submeterem cegamente à um cumprimento

estrito de uma ordem hierárquica, mas sim para “fomentar debates entre jurisdições, com conexões axiológicas e cooperação jurisdicional, numa busca convergente de fazer respeitar o princípio *pro persona* e na perspectiva de fortalecer a realização dos direitos humanos” (MOURA; BARBOSA, 2021, p. 477). Portanto, compreende-se que a coisa julgada interamericana deverá ser considerada pelas jurisdições constitucionais em um verdadeiro espaço dialógico (MOURA; BARBOSA, 2021, p.478).

À vista disso, nota-se, dentro do contexto latino-americano, que alguns Estados possuem uma experiência dialógica maior com a Corte IDH - como a Colômbia, o México e a Bolívia - , ampliando a possibilidade de absorção dos julgados da Corte, utilizando-os em suas próprias decisões e embasando-se em cláusulas mais abertas em suas Constituições (MOURA; BARBOSA, 2021, p. 480). A Constituição Colombiana, por exemplo, possui cláusulas constitucionais de admissão, como se vê em seu artigo 9º, que informa que o Estado colombiano tem como fundamento o reconhecimento dos princípios do direito internacional em suas relações exteriores. Da sua leitura, verifica-se que a Colômbia está aberta para os diálogos entre as cortes (MOURA; BARBOSA, 2021, p.481).

Em consideração a isso e percebendo o importante papel exercido pela Corte IDH no espaço multinível, necessário debruçarmo-nos na situação do Estado Brasileiro dentro desse contexto. Ora, considerando o Brasil enquanto país signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, entende-se que o disposto nela e nos demais tratados de direitos humanos, bem como na Constituição Federal de 1988, à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana e da primazia da norma mais favorável à pessoa humana e à luz do art. 4º, inciso II, orientam uma postura brasileira que valorize o diálogo.

Contudo, importante notar que o Estado brasileiro, ainda que com o devido embasamento legal, é resistente a adotar um posicionamento em que se relativize a soberania constitucional e a hierarquia em prol da proteção dos direitos humanos. Como mencionado em tópico anterior, o STF ainda adota o entendimento da soberania constitucional perante os tratados e as decisões sobre direitos humanos internacionais, o que dificulta a possibilidade de inclusão de diversos grupos da sociedade brasileira nas discussões e nas decisões que dizem respeito aos direitos humanos. A verdade é que o Brasil não possui um histórico amplo de recorrência à Corte IDH, possuindo, até o momento, 93 casos admitidos pela Corte, enquanto Colômbia e o México possuem, respectivamente, 282 e 122 petições apresentadas à Corte (MOURA; BARBOSA, 2021, p.487).

Ainda assim, existem casos paradigmáticos em que o Brasil foi condenado pela Corte IDH e responsabilizado pela CIDH, que exemplificam de forma contundente a influência e o impacto do diálogo entre a jurisdição nacional e internacional. Dentre as condenações, destacam-se o caso Damião Ximenes Lopes, a primeira condenação internacional do Brasil na Corte IDH; o caso Maria da Penha e o caso Márcia Barbosa de Souza, última condenação brasileira na Corte, em que o país foi responsabilizado internacionalmente pelo feminicídio de Márcia Barbosa.

4.3 O CASO DAMIÃO XIMENES: A PRIMEIRA CONDENAÇÃO BRASILEIRA

O caso Ximenes Lopes *versus* Brasil foi a primeira condenação brasileira na Corte Interamericana de Direitos Humanos. A vítima, o senhor Damião Ximenes, era pessoa com deficiência mental que, ao ser hospitalizado na Casa de Repouso Guararapes, no estado do Ceará, foi submetido à tratamento desumano e degradante, ocasionando a sua morte. Ainda que com marcas evidentes de tortura em seu corpo, o laudo necroscópico indicou morte natural¹⁰.

A família de Damião acionou entidades e organizações públicas, bem como instaurou processo para responsabilizar os culpados penalmente e administrativamente. Entretanto, só obtiveram êxito quando o caso foi levado à Corte IDH. Segundo informações apresentadas pelo Núcleo Interamericano de Direitos Humanos, da Faculdade de Direito da UFRJ¹¹, a CIDH iniciou a tramitação da petição do caso, solicitando ao Estado Brasileiro que informasse sobre a situação em nível interno. O Brasil, porém, não se manifestou. A CIDH, então, disponibilizou a possibilidade de acordo entre as partes, mas o Estado brasileiro se manteve inerte. A partir disso, o Relatório de Admissibilidade foi aprovado, constando da petição contra o país a violação aos direitos dispostos nos artigos 4 (direito à vida), 5 (direito à integridade pessoal), 8 (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial) da Convenção Americana (NÚCLEO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS, 2020).

Após o descumprimento pelo Brasil das recomendações feitas pela CIDH, o caso foi encaminhado para a Corte IDH. A sentença de mérito, proferida em 2006, responsabiliza o Brasil pela violação de todos os direitos mencionados em petição. Conforme entendimento apresentado pela Corte, a Casa de Repouso de Guararapes atuava em complementariedade ao

¹⁰ Disponível em: < https://nidh.com.br/damiao/#_ftn2> . Acesso em: 29 dez. 2021.

¹¹ Disponível em: < https://nidh.com.br/damiao/#_ftn2> . Acesso em: 29 dez. 2021.

Sistema Único de Saúde (SUS), o que indica a responsabilidade do Brasil em criar mecanismos adequados para vistoriar as instituições psiquiátricas de sua alçada (NÚCLEO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS, 2020).

Além disso, afirmou que o Estado deve tutelar de forma especial os direitos da pessoa deficiente, considerando sua vulnerabilidade; bem como indicou o dever do Estado à uma investigação imparcial e efetiva e à tutelar a integridade psíquica dos familiares da vítima. Nesse sentido, o Brasil foi condenado a pagar indenização aos familiares da vítima; publicar a sentença no Diário Oficial ou em jornal de circulação nacional e garantir a celeridade da justiça para que os responsáveis pela morte de Damião fossem responsabilizados (NÚCLEO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS, 2020).

Diante da condenação brasileira, importantes medidas foram tomadas internamente para cumprir o determinado em sentença, dentre as quais destaca-se a condenação cível do proprietário da clínica psiquiátrica, bem como dos diretores clínico e administrativo, pelo Tribunal de Justiça do Ceará, a pagar indenização à mãe de Damião. A referida condenação é exemplo nítido do diálogo entre direito internacional e direito interno, já que nos autos do processo existe uma cópia do Informe da CIDH, o qual ocasionou a condenação do Brasil (ROSATO; CORREIA, 2011, p.103). Além disso, os responsáveis pela morte e tortura de Damião foram condenados criminalmente em 2009 a uma pena de seis anos de reclusão em regime semiaberto (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, 2009).

Nota-se que o caso em comento repercutiu de forma significativa e extremamente positiva nacionalmente. A condenação proferida pela Corte impactou não somente o direito interno brasileiro, mas também as políticas públicas do país, já que, ao reconhecer a vulnerabilidade das pessoas com transtornos mental, possibilitou-se o fortalecimento das ações das organizações do Movimento da Luta Antimanicomial, que objetivam denunciar violações de direitos humanos em instituições psiquiátricas (ROSATO; CORREIA, 2011, p. 102).

A verdade é que o caso Damião Ximenes se tornou exemplo de que o diálogo entre as cortes internacionais e nacionais não somente é efetivo, como também necessário, insurgindo-se em uma complementariedade que enrique os mecanismos de proteção aos direitos humanos. Como se afere do exposto, a condenação brasileira ocasionou reparação cível e criminal nos tribunais internos, submetendo-os aos parâmetros de proteção da Convenção Americana. Mas

não somente isso, o impacto gerado nas políticas públicas demonstra claramente a inclusão de diversos setores da sociedade em um espaço multinível.

Em 06 de abril de 2001 foi aprovada a Lei nº 10.216, que dispõe sobre “a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais”, redirecionando o modelo assistencial em saúde mental. A referida Lei surgiu como forma de trazer a responsabilidade ao Estado e à sociedade para que o modelo assistencial vigente fosse superado (ROSATO; CORREIA, 2011, p. 105). Ainda que tenha sido aprovada em momento anterior à sentença de mérito da Corte IDH, o Caso Damião Ximenes, que já havia sido apresentado à CIDH em momento anterior à promulgação da Lei, notoriamente contribuiu para que sua aprovação fosse acelerada (ROSATO; CORREIA, 2011, p.105).

Destaca-se, ainda, que o município de Sobral, localidade da Clínica de Guararapes, se tornou referência em saúde mental, sendo modelo de política de saúde mental no Brasil, ao abandonar os tratamentos que envolvem privação de liberdade, priorizando atendimentos residenciais e em regime ambulatorio (CORREIA, 2005, p.15).

Por último, destacamos o papel do Centro Justiça Global¹² enquanto exemplo nítido de manifestação da discussão multinível que defendemos. A referida ONG, ainda em fase de recomendações feitas pela CIDH, passou a atuar como copeticionária no processo, se responsabilizando a monitorar as medidas tomadas pelo Estado Brasileiro. A sua atuação manifesta inclusão de grupo da sociedade que pretende promover mecanismos de proteção aos direitos humanos das mais diversas minorias, permitindo que outras vozes sejam ouvidas e fortalecendo um processo de inclusão e diversidade que se busca atingir com o Constitucionalismo Multinível. A interação entre a ONG, as vítimas, a Corte IDH e as cortes brasileiras no Caso Damião Ximenes, representou um grande primeiro passo nesse ambiente dialógico e multinível que se pretende construir.

Contudo, não se pode olvidar que a responsabilidade do Estado Brasileiro é constante. Infelizmente, em período de retrocesso na luta pelos direitos humanos no Brasil, verificou-se, através de monitoramento da Justiça Global, que, após 15 anos de sua condenação, o país não cumpriu com todos os pontos da sentença de mérito, atuando no desmonte da política de saúde mental. A referida organização enviou documento à Corte em que destaca os retrocessos nas políticas públicas de saúde mental e as condições desumanas dos hospitais psiquiátricos,

¹² Organização não governamental de direito humanos. Disponível em: <http://www.global.org.br/> . Acesso em: 30 dez.2021.

ressaltando a necessidade de implementação integral da sentença¹³. Foi solicitada audiência com a Corte, que ocorreu em abril de 2021.

Nota-se que, mesmo depois de proferida a sentença, o diálogo e as interações se perpetuam no tempo. O monitoramento realizado pela Justiça Global, bem como as políticas públicas, demonstra claramente o impacto que a decisão de uma corte internacional em matéria de direitos humanos possui na sociedade de um país. A primeira condenação do Brasil na Corte IDH é exemplo efetivo do Constitucionalismo Multinível e da possibilidade da proteção dialogada entre direito interno e internacional, com a participação necessária das minorias.

4.4 OS CASOS MARIA DA PENHA E MÁRCIA BARBOSA: A VIOLÊNCIA DE GÊNERO NA PERSPECTIVA DO CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL

4.4.1 MARIA DA PENHA

A responsabilização internacional brasileira no caso Maria da Penha sem dúvida é o maior exemplo do impacto prático do Constitucionalismo Multinível, tanto no direito interno, quanto no direito internacional. Maria da Penha foi vítima de violência doméstica e de dupla tentativa de feminicídio pelo marido, Marco Antônio Heredia Viveros. Em sua primeira tentativa de feminicídio, Marco Antônio deu um tiro nas costas da esposa, o que resultou na paraplegia de Maria da Penha. Quatro meses depois, ao retornar para casa, a vítima foi mantida em cárcere privado durante quinze dias, tendo sofrido uma tentativa de eletrocutamento¹⁴.

Diante dos atentados à sua vida, ao seu corpo e ao seu psicológico, Maria da Penha procurou a justiça para ver seus direitos serem protegidos. Contudo, como se extrai de seu próprio relato, a vítima de violência doméstica e de tentativa de feminicídio sofreu diversas violências institucionais por parte do Poder Judiciário. Marco Antônio foi julgado somente em 1991, oito anos após seus crimes, tendo sido sentenciado a quinze anos de prisão. No entanto, devido a recursos solicitados pela defesa, saiu do fórum em liberdade. O segundo julgamento, ocorrido em 1996, sentenciou o agressor a dez anos e seis meses de prisão, mas, devido a

¹³ Disponível em: <http://www.global.org.br/blog/corte-interamericana-estado-brasileiro-sera-questionado-em-audiencia-por-descumprimento-de-sentenca-do-caso-ximenes-lobes-vs-brasil/> . Acesso em: 30 dez.2021.

¹⁴ Disponível em: < <https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>> . Acesso em: 03 jan. 2022.

alegações de irregularidades processuais por parte da defesa, a sentença novamente não foi cumprida¹⁵.

Após as tentativas de busca por justiça no judiciário interno, em 1998, o caso foi denunciado à CIDH pelo Centro para a Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM). Ainda assim, o Estado brasileiro permaneceu omissos.

Em 2001, após receber quatro ofícios da CIDH, o Brasil foi responsabilizado por negligência, omissão e tolerância à violência doméstica praticada contra as mulheres. Nesse sentido, foram feitas as seguintes recomendações: completar de forma rápida e efetiva o processamento penal do agressor; proceder uma investigação séria, imparcial e exaustiva para determinar os responsáveis pelas irregularidades e atrasos que impediram um processo célere, tomando as medidas necessárias; adotar as medidas necessárias para a reparação simbólica e material pelas violações sofridas pela vítima; e prosseguir e intensificar o processo de reforma, evitando tolerância estatal e tratamento discriminatório em relação à violência contra as mulheres no Brasil¹⁶.

Diante do quadro, considerando a violência em razão do gênero, sem medidas legais e ações efetivas para proteção dos direitos da mulher, tendo em vista a falta de acesso à justiça e proteção e garantia dos direitos humanos das vítimas, iniciou-se o processo de elaboração de uma lei de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. Em 07 de agosto de 2006, foi sancionada a Lei nº 11.340/2006, comumente denominada Lei Maria da Penha¹⁷.

A Lei Maria da Penha impactou fortemente a perspectiva da violência de gênero no país, bem como o contexto de proteção de direitos humanos das minorias. O cenário internacional de proteção aos direitos humanos da mulher ampliou-se nos anos anteriores à Lei, já que, diferentemente do Brasil, dezessete países latino-americanos já possuíam leis nesse formato

¹⁵ Disponível em: < <https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html> > . Acesso em: 03 jan. 2022.

¹⁶ Disponível em: < <https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html> > . Acesso em: 03 jan. 2022.

¹⁷ Disponível em: < <https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html> > . Acesso em: 03 jan.2022.

(PIOVESAN; PIMENTEL, 2011, p.112), inspirados pela Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a mulher, ocorrida em Belém do Pará em 1994¹⁸.

A referida Lei, então, apresentou inovações extraordinárias para a luta de gênero brasileira, já que apresentou uma inovação do paradigma no enfrentamento da violência contra a mulher, tendo em vista que antes de sua existência a violência de gênero era tratada como infração penal de menor potencial ofensivo, conforme a Lei nº 9.099/95. A partir da nova lei, a violência doméstica e familiar passa a ser reconhecida como uma forma de violação dos direitos humanos, conforme dispõe o seu artigo 6º (PIOVESAN; PIMENTEL, 2011, p.113).

Além disso, incorporou a perspectiva de gênero para tratar da violência contra a mulher, em que as condições específicas da mulher em situação de violência doméstica e familiar devam ser levadas em consideração, instituindo-se a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher e do atendimento policial especializado para mulheres. Também houve a incorporação da perspectiva preventiva para o enfrentamento da violência contra a mulher e o fortalecimento da ótica repressiva (PIOVESAN; PIMENTEL, 2011, p.113-114).

Destaca-se, ainda, que a Lei Maria da Penha representou uma harmonização com a Convenção de Belém do Pará (PIOVESAN; PIMENTEL, 2011, p.114), já que surgiu com o propósito de regulamentar a determinação da OEA, de forma a resguardar direitos que, inclusive, estão positivados pela Constituição Federal de 1988 (CARDOSO, 2019, p.46).

É evidente que o caso Maria da Penha, que resultou na promulgação da lei que leva seu nome, é um marco para a luta dos direitos humanos da mulher no país. Ao analisar seu histórico, é possível perceber que a promulgação da Lei e a consequente mudança da perspectiva de gênero no Brasil são consequências do diálogo instituído entre diversos setores da sociedade, quais sejam ONG's que protegem o direito da mulher e demais grupos, e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Fato é que a atuação da CIDH, dialogada com a inclusão de outros grupos, novamente resultou em consequências extraordinárias para os mecanismos de proteção dos direitos humanos brasileiro. Observa-se verdadeiramente a construção de um ambiente multinível, que não somente possibilitou a promulgação da Lei, mas também políticas públicas voltadas para a proteção e prevenção das violações sofridas pelas mulheres, estabelecendo-se uma rede de

¹⁸ Disponível em: < <http://www.cidh.org/basicos/portugues/m.belem.do.para.htm> > . Acesso em: 03 jan.2022.

suporte que não se limita ao Poder Judiciário. É notório o diálogo inclusivo estabelecido por meio da responsabilização internacional do Brasil. Assim, compreende-se que a Lei Maria da Penha, conforme afirmado, é um dos exemplos mais exitosos do Constitucionalismo Multinível.

4.4.2 MÁRCIA BARBOSA

Diante dos exemplos acima mencionados, necessário trazer à tona a mais recente condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em 24 de novembro de 2021, a Corte IDH proferiu sentença condenando o país internacionalmente pelo crime de feminicídio pela primeira vez em sua história. Márcia Barbosa foi morta por asfixia, aos 20 anos de idade, em 1998, tendo seu corpo sido encontrado sem vida em um terreno baldio na cidade de João Pessoa, no estado da Paraíba.

Após investigação realizada pela polícia local, o então deputado estadual Aécio Pereira de Lima foi identificado como o principal suspeito do crime. Considerando sua posição parlamentar, o deputado não pode ser julgado imediatamente. Com a Emenda Constitucional nº 35/2001, que determinou que a ação penal contra parlamentares poderia ser admitida independente de autorização da Assembleia Legislativa, possibilitou-se o início do processo contra o acusado. Contudo, as autoridades competentes só iniciaram a ação penal em março de 2003¹⁹.

Aécio somente foi condenado pelo Estado brasileiro em 2007, nove anos depois da morte da vítima, tendo sido sentenciado a dezesseis anos de prisão por homicídio e ocultação de cadáver. Entretanto, não chegou a ser preso e foi encontrado morto, devido à um infarto, meses depois²⁰.

A Corte IDH entendeu que, durante os procedimentos de investigação e julgamento, foi possível verificar a intenção de descredibilizar a vítima, enfatizando sua sexualidade, de forma a construir a imagem da vítima como culpada ou merecedora do fato²¹. Dessa forma, concluiu que o processo penal, como um todo, teve “um caráter discriminatório por razão de gênero”,

¹⁹ Disponível em: <http://cidh.org/annualrep/2007port/Brasil12.263port.htm> . Acesso em: 8 jan. 2022.

²⁰ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-06/brasil-condenado-corte-idh-feminicidio> . Acesso em: 8 jan. 2022.

²¹ Disponível em: <https://g1.globo.com/pb/paraiba/noticia/2021/11/29/caso-marcia-barbosa-condenacao-internacional-do-brasil-e-marco-na-luta-contr-a-impunidade-de-feminicidios-diz-advogado-da-familia.ghtml> Acesso em: 8 jan. 2022.

tendo sido conduzido a partir de uma perspectiva de gênero. Além disso, a Corte indicou que a imunidade parlamentar foi fator decisivo na morosidade do julgamento, o que evidentemente ocasionou violação de direitos e garantias judiciais²².

Em sua sentença, além da indenização à família da vítima pelos danos sofridos, foi determinado que a aplicação de imunidade parlamentar formal se dê conforme o determinado na Convenção Americana, de forma a seguir um procedimento célere, com respeito ao devido processo legal e de forma a incluir um teste de proporcionalidade estrito que leve em consideração a gravidade da acusação. Também determinou medidas de não repetição como a elaboração pelo Brasil de um sistema nacional de recopilação de dados sobre a violência contra a mulher, bem como a implementação de um plano de capacitação para os responsáveis por investigações a partir da perspectiva de gênero²³.

Da decisão proferida extrai-se condenação histórica do Estado brasileiro que atuará como precedente para casos que envolvam imunidade parlamentar e feminicídio na comunidade latino-americana. O cumprimento da sentença evidentemente será de suma importância para avanços na proteção dos direitos humanos diante da perspectiva de gênero do país. Assim, importante destacar mais uma vez o diálogo multinível incorporado não somente na referida decisão, como também em seu cumprimento.

Nota-se que a omissão e morosidade da justiça brasileira para processar o caso de Márcia Barbosa viola diversos direitos e garantias humanas. Não somente isso, mas a postura assumida pelos representantes do judiciário no Brasil, machista e preconceituosa, representa profunda mazela a ser tratada. Nesse sentido, a partir das determinações da referida sentença, notar-se-á um diálogo entre diversos grupos da sociedade, em diferentes níveis, para o combate à violência de gênero e a proteção dos direitos humanos. A partir desse momento, necessário mantermos nos vigilantes quanto ao cumprimento da sentença.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

²² Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-06/brasil-condenado-corte-idh-feminicidio> . Acesso em: 8 jan. 2022.

²³ Disponível em: <https://g1.globo.com/pb/paraiba/noticia/2021/11/29/caso-marcia-barbosa-condenacao-internacional-do-brasil-e-marco-na-luta-contr-a-impunidade-de-feminicidios-diz-advogado-da-familia.ghtml> Acesso em: 8 jan. 2022.

Diante do exposto, entende-se que o Constitucionalismo Multinível se manifesta como instituto necessário aos mecanismos de proteção dos direitos humanos no mundo atual. Nota-se que, ao pautarmos-nos apenas no direito interno, ou aplicarmos a soberania constitucional em detrimento do direito internacional, cria-se institutos de proteção fracos e poucos efetivos. Fato é que, sem o diálogo de Cortes nacionais e internacionais e grupos, é construído um espaço propício para as mais diversas violações dos direitos mais caros aos seres humanos.

Dos casos apresentados percebe-se exatamente isso, já que as vítimas de violações, na maioria das vezes, não veem seus direitos sendo resguardados pelo Estado, que atua de forma omissa, preconceituosa e violadora da Constituição Federal e dos tratados internacionais de direitos humanos. A proteção torna-se mais abrangente e efetiva ao incluirmos diversos grupos, em diversos níveis, em ambientes dialógicos que favoreçam e centralizem a figura da vítima, com base na efetivação da dignidade da pessoa humana em seu mais puro estado.

Por isso, compreender o papel das Cortes Internacionais, bem como da importância de dar voz à diversidade social, é de suma importância para uma sociedade que verdadeiramente pretenda assegurar garantias aos indivíduos. Posto isso, a partir da demonstração prática das fontes de diálogo e das garantias constitucionais que possibilitam a construção de um espaço dialógico multinível, urge-se por uma abertura do direito interno maior e pela aplicação do Constitucionalismo Multinível.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. **Princípio pro-persona: conceito, aplicação e análise de casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos/Cláudio Cerqueira Bastos Netto** - 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 14 nov. 2021.

CARDOSO, Claudia Bropp et al. **A Influência do Caso “Maria Da Penha” na Eficácia da Implementação das Recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. 2019.

COELHO FREITAS, Andressa. **Constitucionalismo e Relações Internacionais:** Interpretação dos Princípios do Artigo 4º da Constituição Brasileira à Luz da Jurisprudência do STF. Monografia de graduação, 17 de dezembro de 2012. Disponível em: <https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/2884/MONOGRAFIA%20FINAL.pdf?sequencia=1&isAllowed=y> . Acesso em: 20 dez. 2021.

CORREIA, Ludmila Cerqueira. **Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos:** o Brasil e o caso Damião Ximenes. Prim@ Facie (UFPB), v. 7, p. 79-94, 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2009. **Caso Ximenes Lopes vs. Brasil.** Resolução de 21 de setembro de 2009. Supervisão de cumprimento de sentença. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/ximenesp.pdf> . Acesso em: 30 dez. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2017. **Relatório Anual da Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Disponível em: < https://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/POR/por_2017.pdf> . Acesso em: 30 dez. 2021.

FACHIN, Melina Girardi. **Constitucionalismo multinível:** diálogos e(m) direitos humanos. Revista Ibérica do Direito. Volume 1, Número 1, Ano 1, 2020.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Tratados Internacionais:** valor legal, supralegal, constitucional ou supraconstitucional?. Revista de Direito. Volume XII, Número 15, Ano 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris:** teoría del derecho y de la democracia. Teoría de la democracia. V. 2. Madrid: Editorial Trotta, 2011. p. 475.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos:** Constituição, Racismos e Relações Internacionais. Barueri, SP: Manole, 2005. p. 14.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **A influência dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos no direito interno brasileiro e a primazia da norma mais favorável como regra de hermenêutica internacional.** Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo, SP, Brasil. Número 53, junho de 2000. p.83-106.

MERLI, Isadora Marques; RIANELLI, Luiza Lima. **Caso Ximenes Lopes vs. Brasil (2006):** O assassinato de um deficiente e o modelo hospitalocêntrico. Casoteca do NIDH – UFRJ. Disponível em : < https://nidh.com.br/damiao/#_ftn5> . Acesso em: 29 dez. 2021.

MOURA, Rafael Osvaldo Machado; BARBOSA, Claudia Maria. **Caminhos latino-americanos a inspirar a jurisdição constitucional brasileira no diálogo multinível do constitucionalismo regional transformador**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 11, n. 2. p.475-497, 2021. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/7822> . Acesso em: 27 dez. 2021.

OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. **O papel da corte interamericana de direitos humanos na construção dialogada do Ius Constitutionale Commune na América Latina**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 9, n. 2, p. 302-363, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6005> Acesso em: 27 dez. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> . Acesso em: 15 nov. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Carta da Organização dos Estados Americanos**, 1951. Disponível em: < http://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm> . Acesso em: 25 dez. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**, 1969. Disponível: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm . Acesso em: 26 dez. 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, 3. ed., São Paulo: Max Limonad, 1997.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e diálogo entre jurisdições**. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC, São Paulo, n.19, jan./jun. 2012.

PIOVESAN, Flávia; PIMENTEL, Silvia. **A Lei Maria da Penha na perspectiva da responsabilidade internacional do Brasil**. Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 101-118, 2011.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 7. Ed – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

ROSATO, Cássia Maria; CORREIA, Ludmila Cerqueira. **Caso Damião Ximenes Lopes:** mudanças e desafios após a primeira condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. SUR–Revista Internacional de Direitos Humanos, v. 8, n. 5, p. 93-113, 2011.