

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
MESTRADO EM DIREITO

LUIZ FELIPE FLEURY CALAÇA

NORMAS GLOBAIS DE DIREITOS HUMANOS E A DEMOCRACIA NO BRASIL
UM ESTUDO DE CASO SOBRE A LEGALIDADE DAS AUDIÊNCIAS DE
CUSTÓDIA

BRASÍLIA
2023

LUIZ FELIPE FLEURY CALAÇA

NORMAS GLOBAIS DE DIREITOS HUMANOS E A DEMOCRACIA NO BRASIL
UM ESTUDO DE CASO SOBRE A LEGALIDADE DAS AUDIÊNCIAS DE
CUSTÓDIA

Dissertação de Mestrado, desenvolvida sob a orientação da professora doutora Roberta Amanajás, apresentada para obtenção do Título de Mestre em direito constitucional.

BRASÍLIA

2023

LUIZ FELIPE FLEURY CALAÇA

NORMAS GLOBAIS DE DIREITOS HUMANOS E A DEMOCRACIA NO BRASIL
UM ESTUDO DE CASO SOBRE A LEGALIDADE DAS AUDIÊNCIAS DE
CUSTÓDIA

Dissertação de Mestrado, desenvolvida sob a orientação da professora doutora Roberta Amanajás, apresentada para obtenção do Título de Mestre em direito constitucional.

Brasília, 22 de junho de 2023

BANCA EXAMINADORA

Roberta Amanajás Monteiro
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP)

Luciana Silva Garcia
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP)

Marcelo Dalmás Torelly
Universidade de Brasília (UnB)

Código de catalogação na publicação – CIP

C142 Calaça, Felipe Fleury

Normas globais de direitos humanos e a democracia no Brasil subtítulo: um estudo de caso sobre a legalidade das audiências de custódia/ Luiz Felipe Fleury Calaça. Brasília: Instituto Brasileiro Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, 2023.

175 f.

Dissertação - Instituto Brasileiro Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, Mestrado Acadêmico em Direito, 2023.

Orientador(a): Prof. Dra. Roberta Amanajás Monteiro

1. Audiências de custódia 2. Normas globais. 3. Direitos humanos. I.Título

CDD 345

Elaborada pela Biblioteca Ministro Moreira Alves

“O caminho mais adequado em matéria de direitos humanos parece ser o “modelo de articulação”, ou melhor, de entrelaçamento transversal entre ordens jurídicas, de tal maneira que todas se apresentem capazes de reconstituírem-se permanentemente mediante o aprendizado com as experiências de ordens jurídicas interessadas concomitantemente na solução dos mesmos problemas jurídicos”

NEVES, M. **Transconstitucionalismo**. 1 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 264

AGRADECIMENTOS

A dissertação, ao menos sua externalização na forma de um texto escrito, é fruto de um esforço eminentemente individual de reflexão, uma jornada, inclusive, excessivamente solitária. O mestrado, esses dois anos dos quais estas páginas são os frutos, é, sem dúvida, uma conquista coletiva, de cada um com quem pude partilhar esses momentos. Sem dúvidas, foram os dois anos de maior transformação em minha vida. Nesses dois anos, entre 2021 e 2023, eu me formei em direito, tornei-me sócio de pessoas que admiro bastante, tornei-me professor e advogado (evidentemente não nessa ordem). Parte considerável desses dois anos, logo, foram passados no mestrado: seja em aulas, em Brasília, em reuniões, na redação e, inclusive, em viagem.

Por tudo isso, minha gratidão não cabe neste texto. Tenho a ingrata missão de tentar reduzir, em poucas páginas e palavras, o que foram dois anos de minha vida. Faço, desde logo, o alerta de que as palavras serão insuficientes e que a ordem não necessariamente corresponde ao grau de importância, salvo, talvez, dos próximos cinco nomes que citarei.

A meus pais, Belchor e Simone, sem os quais eu, literalmente, não poderia ter cursado meu mestrado. Citar o apoio financeiro é inevitável, de modo que o título também a ambos pertence. No entanto, muito mais importante do que isso foi o apoio emocional – meus pais sonham comigo e, por isso, abraçaram também meu sonho de seguir na pesquisa e docência no direito. Foram meu porto seguro quando eu estava perdido, são fontes inesgotáveis de conselho, amparo e apoio. Terminar o mestrado é, logo, uma conquista nossa.

É claro, agradeço também a minha agora noiva e eterna namorada Ana Carolina. Qualquer palavra que a ela dirigisse seria insuficiente. Ela quem revisou meu pré-projeto antes de enviar ao PPGD, ela quem me aconselhou nos momentos de muita dúvida, ela quem teve a infinita paciência de discutir a minha pesquisa, ela quem também acredita em meus sonhos (e luta por eles ao meu lado). Foram dois anos de sacrifícios seus também, foram momentos que tivemos que nos afastar, mas, ao final, pudemos vencer essa etapa juntos – obrigado por partilhar essa conquista comigo.

A meus irmãos, João Victor e Ana Luiza, também sou eternamente grato: os dois me aturaram nesses dois anos de mestrado. Destaco, em especial, as inúmeras conversas que tive com meu irmão, também advogado, sobre minha pesquisa e o cuidado inigualável e atenção de minha irmã, que, por vezes, davam alento nos momentos de solidão.

Devo agradecer a meus avós, Yvonise, Celina e Belchor. Cada um, a sua maneira, pode contribuir com a conclusão deste mestrado. Meu avô, que, mesmo em poucas palavras, não deixa de expressar o carinho, orgulho e o apoio que a ele são peculiares. Minha avó Celina, guia nas dúvidas acadêmicas e minha revisora extraoficial, com grande sabedoria. Minha avó Yvonise, dona das melhores palavras de motivação e fonte de um cuidado inigualável. Muito obrigado!

Se a família foi o esteio para cursar o mestrado acadêmico, o programa de pós-graduação me permitiu pesquisar da melhor forma que podia. Do programa, devo agradecer, em primeiro lugar, à minha orientadora, professora Roberta Amanajás, por ser uma verdadeira orientadora, a guia do meu trabalho e pesquisa. A investigação científica, afinal, não poderia ter se realizado sem sua orientação, que se faz perceptível em cada linha deste texto – essa, eu acredito, é sua grande qualidade, o cuidado com o texto, com a ciência e com a pesquisa em conjunto com a liberdade de escrita.

Destaco especial agradecimento, também, à professora Luciana Garcia. Minha professora de direitos humanos, de metodologia e parceira de viagem, essa dissertação é fruto das nossas aulas, conversas, bancas e alguns momentos descontraídos no Chile (que renderam excelentes reflexões). Aproveito, também, para agradecer ao professor Rodrigo Portela, dotado de um humor inigualável, com quem pude aprender bastante sobre humanidade e ciência.

Não posso terminar meu curso sem deixar agradecimento a alguns professores do IDP, em especial, aos professores Fernanda Martins, Felipe Freitas, João Paulo Bachur e André Rufino. A convivência no programa foi, sem dúvida, limitada em razão da pandemia de COVID-19, mas não menos rica e proveitosa, o que foi proporcionado, sem dúvida, pelos professores que lá lecionam. Do IDP, também guardo especial agradecimento ao Igor, quem sempre se mostrou pronto a nos auxiliar em cada desafio que envolve a pós-graduação.

O período de estudos no mestrado foi acompanhado, sem dúvidas, de amizades acadêmicas as quais, espero, carregarei para sempre comigo – especialmente em razão da sabedoria de cada um dos nomes citados. Agradeço, em especial, à turma de direitos humanos do mestrado no IDP, Ayune, Fernanda, Heloísa e Lorena – a dissertação é fruto dos nossos debates, pude aprender bastante com cada uma de vocês e, por isso, sou eternamente grato, Agradeço, também, ao Allam, colega de Goiás, um dos advogados mais inteligentes e dedicados com quem pude trocar algumas ideias e, também, excelente motorista, obrigado por tanto (principalmente pela carona!). Também agradeço aqui aos colegas Adriell, Nauê, Guilherme, Hélio, Paulo Capelotto e Eduardo. Muito obrigado!

A quem não pertence a este programa, destaco três professores especiais. Em primeiro lugar, o professor Marcelo Neves, de quem fui aluno no ano de 2021 de uma matéria que, definitivamente, me transformou – muitas das discussões sobre constitucionalismo global, que estão nesta dissertação, foram antes debatidas na disciplina. Em segundo lugar, o professor Marcelo Torelly, quem conheci pelo repositório institucional da Universidade de Brasília e cuja obra causou tanto impacto em meus escritos. Não bastasse, pude ainda aprender com Marcelo Torelly bastante em minhas bancas, afinal, o trabalho não estaria pronto não fosse as suas contribuições imprescindíveis. Em terceiro lugar, o professor Chris Thornhill, com quem pude aprender bastante nos seminários do IDP e cuja contribuição a este trabalho é, também, difícil de medir – afinal, a ideia de pesquisa surgiu, justamente, nos seminários lecionados pelo professor.

Agradeço, também, aos meus amigos e colegas do GMPR Advogados. São muitas pessoas com quem convivo, não poderia citar todas. No entanto, gostaria de nomear três em especial – Carlos Márcio, Marcos César e Lorena Faleiros. Do dr. Carlos Márcio, tenho aprendizados infinitos, muitos dos quais compartilhados em nossas idas e vindas para Brasília, e admiração crescente a cada dia trabalhado – não poderia ter concluído este mestrado sem seu auxílio. Do dr. Marcos César, a instigação intelectual, a paciência e o cuidado, que também me permitiram continuar e perseverar. Por fim, da dra. Lorena, o cuidado e compreensão pelas inúmeras faltas ao trabalho, também não poderia ter finalizado esta etapa de minha vida sem isso.

Agradeço, também, a minha universidade do coração, à UFG, por me dar a capacidade de hoje realizar a pesquisa. Agradeço, em especial, a minha amiga Marcela Calixto (colega de labuta da USP), a Manuela Camargo (colega de labuta da UnB), ao Ricardo Spíndola (fundamental para minha aprovação no processo seletivo do mestrado) e a minha professora Fernanda Busanello, quem me apresentou na graduação aos direitos humanos e me inspirou a seguir carreira na docência universitária.

Agradeço também à UNIALFA pelo incentivo institucional, mas, principalmente, aos meus colegas de docência e aos meus alunos.

A lista de nomes apenas aumenta. Como afirmei anteriormente, não poderia citar todos que contribuíram com esta dissertação. De todo modo, gosto de pensar que trouxe um pouco de cada um para o texto, de modo que quero que o vejam também como fruto de um esforço coletivo. Muito obrigado a todas e a todos por permitirem essa construção!

RESUMO

Esta dissertação busca articular a dogmática jurídica do controle jurisdicional de convencionalidade com o campo sociopolítico da democracia constitucional para estabelecer um diálogo entre reconhecimento de direitos humanos no Brasil e a ideia de inclusão a partir do caso do julgamento da legalidade das audiências de custódia. A pergunta que orienta esta pesquisa é, portanto, de que forma o controle jurisdicional de convencionalidade, aplicado ao exame da constitucionalidade do programa de audiências de custódia, é um instrumento jurídico capaz de promover o fortalecimento da democracia constitucional, sob a perspectiva do reconhecimento na jurisdição constitucional das normas globais de direitos humanos. Adotou-se como marcos teóricos o transconstitucionalismo e a análise sociológica do direito a partir de Chris Thornhill. A análise do tema fundamenta-se, portanto, na metodologia do estudo de caso a partir de uma aproximação qualitativa de seu objeto, delimitado, assim, na ADI 5240, os autos do processo judicial. O estudo de caso se desenvolveu, portanto, a partir da seleção de unidades de análise no próprio processo submetidas, assim, ao exame de dois eixos estruturantes da pesquisa, construídos a partir do marco teórico: o aspecto da articulação normativa pelo reconhecimento do direito global, sua aplicabilidade, validade e sua relação com o direito local; o aspecto da inclusão pelo reconhecimento, enunciação e afirmação de direitos. Ao final, chegou-se à conclusão de que o controle de convencionalidade, entendido como critério para avaliação de validade de normas locais em face de normas globais de direitos humanos, foi empregado de maneira reflexa no caso, não observados os critérios convencionais para tanto, o que não repercutiu no resultado do julgamento, afinal, o STF reconheceu o direito às audiências e custódia com base no direito internacional dos direitos humanos, o que leva a uma maior inclusão social a partir de um incremento no aspecto normativo da cidadania constitucional.

Palavras-chave: audiências de custódia; transconstitucionalismo; análise sociológica do direito; normas globais; direitos humanos.

ABSTRACT

This dissertation seeks to articulate the legal dogmatics of judicial control of conventionality with the sociopolitical field of constitutional democracy to establish a dialogue between the recognition of human rights in Brazil and the idea of inclusion based on the case of the trial of the legality of custody hearings. The question that guides this research is, therefore, in what way the jurisdictional control of conventionality, applied to the examination of the constitutionality of the custody hearings program, is a legal instrument capable of promoting the strengthening of constitutional democracy, from the perspective of recognition in the constitutional jurisdiction of global human rights standards. The theoretical frameworks adopted are transconstitutionalism and the sociological analysis of law based on Chris Thornhill. The analysis of the theme is based, therefore, on the methodology of the case study from a qualitative approach of its object, thus delimited in ADI 5240, the records of the judicial process. The case study was developed, therefore, from the selection of units of analysis in the lawsuit itself, which were submitted to the examination of two structuring axes of the research, constructed from the theoretical framework: the aspect of normative articulation through the recognition of global law, its applicability, validity, and its relationship with local law; the aspect of inclusion through the recognition, enunciation, and affirmation of rights. At the end, we reached the conclusion that the control of conventionality, understood as a criterion for assessing the validity of local norms in the face of global human rights norms, was used reflexively in the case, without observing the conventional criteria for this, which had no repercussions on the result of the trial. After all, the STF recognized the right to custody hearings based on international human rights law, which leads to greater social inclusion from an increase in the normative aspect of constitutional citizenship.

Keywords: custody hearings; transconstitutionalism; sociology of law; global norms; human rights.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADEPOL – Associação dos Delegados de Polícia do Brasil

ADI - Ação direta de inconstitucionalidade

AGU – Advocacia-Geral da União

CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos

CmIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CrIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

OEA – Organização dos Estados Americanos

PIDCP – Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos

PGR – Procuradoria-Geral da República

TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	14
O percurso metodológico	22
1. A EMERGÊNCIA DE NORMAS GLOBAIS DE DIREITOS HUMANOS E O CRESCENTE ENTRELAÇAMENTO ENTRE ORDENS JURÍDICAS	30
1.1 O transconstitucionalismo enquanto descrição da globalização de problemas tipicamente constitucionais na sociedade mundial.....	31
1.2 A emergência das normas globais de direitos humanos.....	41
1.3 A proteção pluridimensional dos direitos humanos e o entrelaçamento normativo entre ordens jurídicas	50
2 INTEGRAÇÃO DEMOCRÁTICA, CIDADANIA CONSTITUCIONAL E DIREITOS HUMANOS	58
2.1 Cidadania enquanto integração: sua dupla função	60
2.2 O aspecto normativo da cidadania e a inclusão democrática a partir dos direitos humanos	67
2.3 Jurisdição constitucional, direitos humanos e inclusão democrática .	74
2.4 Controle jurisdicional de convencionalidade: aspectos dogmáticos ..	81
3. O STF E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE A PARTIR DO CASO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA: TÉCNICA JURÍDICA VOLTADA À INCLUSÃO DEMOCRÁTICA?.....	95
3.1 Audiências de custódia: o caso, o contexto e o processo.....	98
3.2 A jurisdição constitucional e as audiências de custódia: os atores do sistema de justiça	107
3.3 O julgamento: a inclusão normativa a partir da avaliação da validade do Provimento n. 03/2015 e o reconhecimento do direito à audiência de custódia	115
CONCLUSÃO	126
REFERÊNCIAS	134
APÊNDICES	139

Apêndice A – Tabela de processos selecionados.....	139
Apêndice B.1 – Relatório de estudo de caso da Petição Inicial da ADEPOL	142
Apêndice B.2 – Relatório de estudo de caso das informações do TJSP	144
Apêndice B.3 – Relatório de estudo de caso da petição para ingresso no feito da FENAPEF	148
Apêndice B.4 – Relatório de estudo de caso da petição da AGU.....	150
Apêndice B.5 – Relatório de estudo de caso da petição para ingresso no feito da Defensoria Pública da União	152
Apêndice B.6 – Relatório de estudo de caso da petição para ingresso no feito da Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo.....	154
Apêndice B.7 – Relatório de estudo de caso da petição da PGR.....	156
Apêndice B.8 – Relatório de estudo de caso da petição de memoriais da Defensoria Pública da União.....	159
Apêndice B.9 – Relatório de estudo de caso da petição para ingresso no feito da das Defensorias Públicas do Distrito Federal e dos Estados do Rio Grande do Sul, do Rio de Janeiro, de São Paulo e do Tocantins.....	161
Apêndice B.10 – Relatório de estudo de caso da petição para ingresso no feito da Associação Nacional dos Defensores Públicos	165
Apêndice B.11 – Relatório de estudo de caso da petição para ingresso no feito da Associação dos Magistrados do Espírito Santo	166
Apêndice B.12 – Relatório de estudo de caso da petição para ingresso no feito do Instituto de Defesa do Direito de Defesa.....	167
Apêndice B.13 – Relatório de estudo de caso do acórdão de julgamento da ADI n. 5240	171

INTRODUÇÃO

Esta dissertação, em linhas gerais, busca compreender a relação entre inclusão, democracia e direitos humanos sob a perspectiva das normas globais de direitos humanos e sua inserção no contexto democrático brasileiro. Para tanto, parte de um caso específico a fim de buscar uma generalização indutiva: a constitucionalidade das audiências de custódia no ordenamento jurídico brasileiro. Esses pontos, outrossim, se inserem no contexto em que a própria democracia foi modificada por um constitucionalismo agora afetado pela globalização durante os séculos XX e XXI, de modo que a noção de inclusão se deslocou do próprio Estado para a sociedade global.

Como ponto de partida para a análise desenvolvida, no entanto, deve-se voltar, primeiro, para a própria Constituição, afinal, trata-se de conceito em constante disputa cuja falta de clareza conceitual leva a interpretações equivocadas sobre a política e o direito.

Nesse sentido, esta dissertação parte do fato de que as constituições são frutos de processos de crescente centralização institucional decorrentes da pressão do próprio constitucionalismo para a diferenciação funcional, de forma que a Constituição é, exatamente, o que permite essa diferenciação funcional: é um acoplamento estrutural entre o direito e a política para a formação de uma racionalidade transversal entre ambos os sistemas (NEVES, 2009). Ainda, característica fundamental das constituições do constitucionalismo é exatamente sua semântica: essencialmente voltada à limitação do exercício do poder político/estatal e a proteção de direitos fundamentais. Essas constituições, no entanto, fazem parte de um contexto multicêntrico no qual direito e política buscam se diferenciar cada vez mais, uma demanda da própria sociedade mundial.

O que se verifica, nesse contexto, é a emergência de regimes constitucionais globais relativos a problemas de natureza constitucional que são comuns a diversas ordens jurídicas. Assim, passa a se exigir dos sistemas jurídicos uma articulação para o enfrentamento desses problemas comuns, já que deixam eles de ser privilégio apenas do Estado. A questão torna-se especialmente relevante quando analisada sob o ponto de vista dos direitos humanos. Em verdade,

considerando seu caráter multifacetado, o grande desafio que se apresenta para esses direitos é exatamente uma aplicação articulada, heterárquica, a qual deixa de lado desigualdades estruturais para o afastamento do aspecto colonizador desses direitos.

A esse fato se relaciona também uma mudança na própria legitimidade do exercício do poder político. É que esses regimes constitucionais globais formam um contexto propício para a emergência de normas globais em matéria de direitos humanos, de forma a dar maior importância aos processos de inclusão democrática judiciais de aplicação das normas globais de direitos humanos do que propriamente pelas vias tradicionais parlamentares, já que a formação da governança global em direitos humanos leva a essa consequência – um constitucionalismo inclusivo judicial.

A figura do cidadão, fundamental para a própria democracia constitucional, transforma-se e deixa de ser um privilégio, uma exclusividade do Estado-nação, uma vez que seu conteúdo e suas funções passam a ser transnacionalmente determinadas, já que se trata de um problema eminentemente constitucional. A legitimidade do Estado, dentro desse contexto, não é mais localmente determinada, mas sim transnacionalmente construída. Além disso, a noção de legitimidade democrática torna-se consequência importante da noção de cidadania em uma democracia constitucional precisamente por ser um fator que tanto possibilita a integração funcional do indivíduo ao Estado quanto possibilita uma implicação dos indivíduos na produção política do Direito.

Dentro desse cenário, a incorporação de normas globais de direitos humanos, no contexto brasileiro, ganha forte expressão pela técnica do controle jurisdicional de convencionalidade, o que, conseqüentemente, impacta a própria legitimidade do exercício do poder estatal em razão da maior expectativa de inclusão que gera sobre os indivíduos.

O controle de convencionalidade decorre do fato de que a proteção dos direitos humanos transcendeu o direito estatal, passando a integrar objetivos da comunidade internacional, manifestando-se, primordialmente, por meio dos tratados celebrados entre os Estados. Tal complementação pressupõe, para tanto, uma coerência na aplicação deste direito de proteção, o que se daria a partir da supervisão internacional da compatibilidade dos atos internos dos Estados com suas obrigações

internacionais de proteção. A essa supervisão, compatibilização, fundada na necessidade de coerência na aplicação do direito, dá-se o nome de controle de convencionalidade, o que significa técnica jurídica de aferição da compatibilidade de atos internos dos Estados para com suas obrigações convencionais.

É essa modalidade de controle de validade de leis infraconstitucionais que permite uma articulação normativa no ordenamento jurídico que leve em conta as normas globais de direitos humanos, em um desenho dogmático que preza pela prevalência dos direitos humanos em um escalonamento heterárquico de normas jurídicas para proteção do ser humano – dos padrões mínimos de inclusão normativa.

Esse escalonamento heterárquico, por sua vez, se manifesta em casos nos quais as instituições brasileiras se veem confrontadas com esses padrões mínimos de inclusão normativa, criado a partir da noção de direitos humanos internacionalmente estabelecidos, em um conflito, por vezes, construtivo. O caso das audiências de custódia, sua regulamentação primária e o reconhecimento de sua constitucionalidade, é ilustrativo desse cenário descritivo.

O programa de audiências de custódia, assim, muito antes de sua primeira regulamentação a nível nacional pelo CNJ¹ e da redação atual do art. 310 do Código de Processo Penal², encontrava previsão normativa em tratados internacionais de

¹ As audiências de custódia foram regulamentadas, a nível nacional, pelo CNJ no ano de 2015, a partir da Resolução n. 213 de 15 de dezembro de 2015.

² Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; ou II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

§ 1º Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos incisos I, II ou III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

§ 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares.

§ 3º A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no caput deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão.

§ 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no caput deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva. (BRASIL, 1941)

direitos humanos. Esclarece-se que as audiências de custódia são um ato processual, introduzido no país como um programa institucional do poder judiciário, que têm como objetivo garantir que o indivíduo preso em flagrante³ seja apresentado a um juiz, na presença do Ministério Público e da Defensoria Pública, em até 24 horas de sua prisão para análise da legalidade do ato e necessidade de decretação de prisão processual.

As audiências de custódia, não obstante sua introdução institucional como uma política pública a nível nacional apenas no ano de 2015, sob a perspectiva de previsão normativa, encontram sua gênese em dois tratados internacionais: a CADH (BRASIL, 1992b) e o PIDCP (BRASIL, 1992a). O programa de audiências de custódia, por conseguinte, tem fundamento no direito internacional dos direitos humanos, de modo que, ao se analisar sua constitucionalidade, quando do julgamento da ADI 5240, o STF confrontou o ordenamento jurídico local com o direito internacional dos direitos humanos, de modo que, como se verá, permitiu judicialmente o reconhecimento de um direito internacionalmente estabelecido, de modo a possibilitar um incremento na cidadania sob a perspectiva normativa.

Diante de todo o exposto, esta pesquisa tem como pretensão articular a emergência de normas globais de direitos humanos e a legitimidade da democracia enquanto sistema político no Brasil a partir de um caso específico – a análise da constitucionalidade das audiências de custódia pelo STF - de modo que, ao se realizar a pesquisa, pretende chegar à conclusão de que a democracia brasileira possui como um de seus pilares legitimadores os direitos humanos.

A pesquisa possui como problema, portanto: de que forma o controle jurisdicional de convencionalidade, aplicado ao exame da constitucionalidade do programa de audiências de custódia, é um instrumento jurídico capaz de promover o fortalecimento da democracia constitucional, sob a perspectiva do reconhecimento na jurisdição constitucional das normas globais de direitos humanos?

³ Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la; III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração. (BRASIL, 1941)

A partir desse problema de pesquisa, surge a hipótese de que o controle jurisdicional de legalidade de atos normativos brasileiros em relação ao direito internacional dos direitos humanos, enquanto técnica jurídica exercitada na jurisdição constitucional, pode promover a inclusão democrática a partir de uma articulação entre normas locais e normas globais de direitos humanos voltadas a uma maior inclusão a partir do reconhecimento de direitos, o que se vincula ao aspecto normativo da cidadania constitucional. A essa hipótese faz-se apenas um adendo: o fato de a integração do Brasil em um sistema regionalizado de proteção de direitos humanos (o Sistema Interamericano de Direitos Humanos) ter um papel fundamental no fortalecimento do conceito de cidadania pela pretensão de inclusão que esse sistema regionalizado.

Ainda, necessário frisar que o controle de convencionalidade se caracteriza enquanto técnica jurídica essencialmente dogmática de compatibilização de normas em um ordenamento jurídico, baseada em uma relação heterárquica de articulação normativa para concreção dos direitos humanos. Encontra, portanto, expressão em processos judiciais que se utilizam desta técnica para operar a compatibilização entre normas jurídicas conflitantes em abstrato (controle concentrado) ou em determinado caso concreto (controle difuso).

Estabelecidos o problema de pesquisa desta proposta e sua hipótese, seu objetivo geral é compreender de que forma o controle de convencionalidade aplicado à análise de constitucionalidade do programa de audiências de custódia, enquanto técnica jurídica de análise de validade das leis, no exercício da jurisdição constitucional aplicada ao reconhecimento das normas globais de direitos humanos, se torna um instrumento para uma maior inclusão democrática.

A partir de seu objetivo geral, é possível extrair cinco objetivos específicos como condições para a resposta à pergunta de pesquisa. Dessa forma, a proposta de pesquisa possui como primeiro objetivo específico analisar a emergência de normas globais em direitos humanos como um fator para a formação de uma proteção pluridimensional dos direitos humanos. Para tanto, adota-se como marco teórico para a análise proposta o transconstitucionalismo de Marcelo Neves.

O transconstitucionalismo descreve o fato de que a semântica do constitucionalismo corresponde a expectativas legais e inclusão política que são

universalizáveis por toda a sociedade mundial. Assim, é possível constatar que, ao longo dos séculos XX e XXI, em razão do intenso desenvolvimento da sociedade e crescente pressão por diferenciação funcional, o que levou a uma prevalência da autodescrição pautada pela globalização, “os problemas constitucionais se estenderam para além das fronteiras dos Estados, envolvendo diferentes ordens jurídicas e contextos sociais não controlados por um estado nem regulados direta ou exclusivamente pela constituição de um estado” (NEVES, 2017, p. 288)⁴.

É exatamente esse o caso descrito com relação à proteção dos direitos humanos. Se podem ser definidos enquanto expectativas normativas de inclusão jurídica de toda e qualquer pessoa na sociedade, e, dessa forma, de acesso ao direito enquanto subsistema social, os direitos humanos se encaixam de forma precisa na definição de problema constitucional comum, que transcende a própria fronteira do Estado, expandindo sua semântica universalizante para diversas ordens jurídicas, em um verdadeiro entrelaçamento transconstitucional multinível.

Por conseguinte, é possível perceber a formação progressiva de uma governança global em vários regimes auto-continentes na comunidade internacional, tal qual o sistema de proteção aos direitos humanos. Essa conversa constitucional aponta para a formação de racionalidades transversais entre diversos sistemas sociais de modo a absorver complexidades e estabilizar expectativas normativas de inclusão no sistema jurídico.

A formação da governança global em direitos humanos, ou seja, a construção de um modelo judicial articulado de tomada de decisão, aliado à descrição pelo transconstitucionalismo, permite identificar uma certa convergência jurídico-legal de normas em direitos humanos a partir da emergência de normas globais em matéria de direitos humanos. As normas globais de direitos humanos são, nesse contexto, normas com pretensão de obrigatórias e de observância compulsória, as quais desafiam as noções tradicionais de soberania. Essa pretensão de universalidade leva a uma tentativa de uniformização global ou, no mínimo, convergência jurídica entre as

⁴ Tradução livre de: “[...] constitutional problems extended beyond the borders of states, involving different legal orders and social contexts neither controlled by a state nor directly or exclusively regulated by a state’s constitution”.

racionalidades jurídicas parciais levadas a enfrentar um determinado problema constitucional global.

Nesse cenário, se a legitimidade do exercício do poder político é modificada para ser transnacionalmente determinada, a partir da própria noção de inclusão na sociedade marcada pela semântica da globalização, a pesquisa tem como segundo objetivo específico descrever as formas de integração democrática a partir da noção de cidadania em uma democracia constitucional.

É necessário observar, assim, que a Constituição tem o condão de possibilitar uma legitimação democrática do exercício do poder pelo Direito. Nesse sentido, em um contexto de constitucionalismo democrático, a democracia, racionalidade em que opera a política e que determina o direito, desenvolve-se em torno do pressuposto de que o exercício do poder político se torna legítimo na medida em que institucionaliza os procedimentos da produção da comunicação jurídica para representação isonômica da população submetida a esse poder regulado.

É importante observar, por conseguinte, que o conceito de cidadania do ponto de vista constitucional é fundante da própria noção de legitimidade no exercício do poder e produção do direito – afinal, se a política nos Estados de democracia constitucional opera pela racionalidade democrática, a ideia de quem é ou não é cidadão em um Estado democrático é, em última análise, a conclusão constitucional sobre quem pode e quem não pode ser integrado estruturalmente nos sistemas sociais do direito e da política. Nesse contexto, em uma democracia constitucional, a cidadania parece possuir duas funções básicas: integrar o indivíduo ao Estado, a partir do estabelecimento de relações entre esse indivíduo e a coletividade estatal pela criação de direitos subjetivos, e ser o caminho legitimador do próprio exercício do poder estatal, já que implica o alvo da produção da comunicação jurídica (o indivíduo) no processo para produção das normas a que se submeterá.

A construção da cidadania constitucional coincide, assim, com a pressão para diferenciação funcional da qual resultou a Constituição e, além disso, apresenta uma correlação com a crescente individualização da sociedade. Nesse ponto, a cidadania constitucional apresenta uma dimensão integradora que se desenvolve em duas frentes: a funcional/institucional, representada pela crescente centralização e

secularização do Estado e integração dos indivíduos, e normativa/subjetiva, pela crescente implicação dos indivíduos nos processos de produção do Direito.

Tendo isso em vista, o terceiro objetivo específico desta pesquisa é analisar de que forma a proteção pluridimensional dos direitos humanos torna-se um fator condicionante da democracia após a emergência das normas globais em direitos humanos. Nesse ponto, uma vez que os direitos humanos são pretensão normativa de inclusão na sociedade global, os direitos humanos tornam-se fundamentais na crescente legitimação da democracia exatamente pelo alargamento da inclusão do ponto de vista da cidadania democrática, de modo que esses direitos excedem os limites geográficos dos Estados, transformando o governo democrático de modo exógeno para uma reorientação a uma maior inclusão local a partir de padrões internacionais de proteção ao ser humano.

A democracia, portanto, passa a ter sua legitimidade fortalecida não apenas a partir da inclusão do maior número de indivíduos em processos eleitorais, expressão clássica da democracia constitucional, mas também por processos de integração judiciais em que se busca o reconhecimento de direitos baseados em normativas internacionais, nas normas globais de direitos humanos. Nesse sentido, a legitimidade democrática desloca-se do Estado nacional, já que no Estado nacional, a noção de cidadania é construída a partir da noção de quem é e quem não é cidadão, ou seja, parte-se da ideia de exclusão.

Nesse contexto, os procedimentos de integração democrática funcionais inerentes às normas globais de direitos humanos, por sua pretensão de inclusão normativa, formam uma nova fonte de legitimidade democrática, atuando na formação da cidadania global em seu aspecto subjetivo/normativo, o que, pela crescente convergência legal de democracias constitucionais em torno dessas normas globais, formam procedimentos sociais que deslocam a legitimidade democrática para além da internalização subjetiva individual ou reconhecimento local de cidadania, mas apontam para procedimentos globais de integração normativa.

No Brasil, esse entrelaçamento normativo assume expressão jurídica a partir de uma conversa normativa promovida por marcos legais formativos de normas globais em direitos humanos e a aplicação judicial provocada por procedimentos estratégicos levados a cabo pela litigância estratégica. Sob a perspectiva dogmática,

assim, a incorporação de normas globais de direitos humanos como forma de mudança no aspecto normativo da cidadania para incremento na legitimidade democrática talvez seja o controle de convencionalidade. Por essa razão, constitui quarto objetivo específico desta pesquisa descrever a teoria do controle jurisdicional de convencionalidade das leis.

É que, como já afirmado, é o controle de convencionalidade que permite uma articulação heterárquica de normas locais e normas internacional de direitos humanos, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, para a observância de normas globais de direitos humanos em busca de um padrão mínimo global de inclusão normativa.

Por fim, como quinto objetivo específico, esta pesquisa pretende descrever de que forma o controle jurisdicional de convencionalidade das leis leva a uma maior inclusão democrática pelo fortalecimento da cidadania em seu aspecto normativo a partir do reconhecimento de um direito previsto internacionalmente – o de apresentação a uma autoridade judicial para ser julgado em um prazo razoável ou posto em liberdade, ou seja, direito à, no Brasil, audiência de custódia. Afinal, o fato de os direitos humanos serem pretensões normativas de inclusão e, portanto, serem instrumentos de fortalecimento da democracia na medida em que impõe uma maior inclusão do ponto de vista da cidadania em seu aspecto normativo, faz com que o controle de convencionalidade ganhe outros contornos – para além da coerência em um dado ordenamento jurídico, o controle de convencionalidade torna-se instrumento fundamental da legitimidade da democracia no Brasil, já que é pelo controle de convencionalidade, fundamentalmente, que as normas globais de direitos humanos são incorporadas no ordenamento jurídico brasileiro de forma vinculante.

O percurso metodológico

Estabelecidos os objetivos gerais e específicos desta pesquisa, retoma-se a hipótese desta pesquisa: o controle jurisdicional de legalidade de atos normativos brasileiros em relação ao direito internacional dos direitos humanos, enquanto técnica jurídica exercitada na jurisdição constitucional, pode promover a inclusão democrática a partir de uma articulação entre normas locais e normas globais de direitos humanos

voltadas a uma maior inclusão a partir do reconhecimento de direitos, o que se vincula ao aspecto normativo da cidadania constitucional

Sob essa perspectiva, com a finalidade de examinar a hipótese mencionada, será utilizado como método o estudo de caso – o julgamento da ADI 5240 - para verificar se, efetivamente, o controle de convencionalidade promove a articulação entre normas locais e normas globais de direitos humanos voltada a uma maior inclusão. Para, todavia, chegar à metodologia do estudo de caso, fez-se necessário explorar o objeto desta dissertação, como forma de qualificar o problema de pesquisa

Buscou-se, por conseguinte, de início examinar o problema já exposto de modo a, por uma perspectiva abrangente, torná-lo explícito ou a trazer novos elementos para sua devida análise – a expressão do controle de convencionalidade no campo democrático para além de seu aspecto dogmático, sob uma perspectiva geral. Dentro desse cenário, partiu-se de uma análise exploratória do objeto, conforme definição adotada por Gil (2002), com a finalidade de estabelecer o problema em si.

Para, portanto, delimitar o objeto de análise, recorreu-se a uma delimitação objetiva dos recortes necessários à pesquisa a partir dos pontos de partida teóricos expostos brevemente ao longo desta introdução associados à técnica jurídica de processo civil e constitucional. Assim, foi feita a seleção de decisões judiciais que explicitam a inclusão democrática a partir do controle de convencionalidade por critérios estabelecidos de modo a ressaltar ambos os aspectos a serem examinados para se obter um resultado satisfatório que ilustre a jurisdição constitucional brasileira.

Nesse sentido, foi escolhido o STF como Tribunal cujas decisões seriam examinadas. Escolheu-se o STF em razão de ser o órgão que exerce, tipicamente, pelos controles concentrado e difuso de constitucionalidade, a jurisdição constitucional. Nesse contexto, é na interface entre o texto constitucional e as normas globais de direitos humanos que, espera-se, será possível verificar o controle de convencionalidade voltado para a inclusão.

O controle de convencionalidade sob a perspectiva legal e infralegal era admitido no país mesmo antes da Constituição de 1988, uma vez que os tratados internacionais já serviam de parâmetro de compatibilidade entre normas locais a partir

de uma articulação, então, hierárquica na qual possuíam nível de lei⁵. Em razão disso, a interface entre controle de convencionalidade e normas globais de direitos humanos será percebida a partir de matérias constitucionais quando apreciadas na jurisdição constitucional. Ademais, é o STF o Tribunal que detém a última palavra em matéria constitucional, outro fator que leva a pesquisa a se voltar a ele.

Quanto ao aspecto temporal, por sua vez, limitou-se aos anos após 1988, em razão de nesse ano haver sido promulgada a Constituição brasileira, que colocou fim ao regime militar ditatorial, bem como fez constar de seu texto, expressamente, uma abertura estrutural às normas globais de direitos humanos, de modo que essas normas globais passaram a ser de observância obrigatória pelo Estado brasileiro.

A seleção das decisões judiciais, porém, ocorreu no sítio eletrônico do próprio STF e ocorreu da seguinte forma:

- a) Excluiu-se as decisões monocráticas, uma vez que essas decisões não têm o condão de expressar um posicionamento institucional do Tribunal, mas sim posições isoladas dentro da própria corte;
- b) Fez-se a pesquisa pelo termo “convencionalidade” e suas variações, a qual se chegou a um total de 13 acórdãos;
- c) Retirou-se do resultado da pesquisa os agravos em recursos extraordinários (AREs)⁶, agravos internos⁷ ou regimentais⁸ (Agrs) e embargos de declaração (EDs)⁹, posto que são recursos nos quais não

⁵ O nível hierárquico de lei ordinária dos tratados internacionais possuía fundamento no histórico julgamento do Recurso Extraordinário 80.004, sob relatoria do ministro Xavier de Albuquerque, no ano de 1977.

⁶ Art. 1.042. Cabe agravo contra decisão do presidente ou do vice-presidente do tribunal recorrido que inadmitir recurso extraordinário ou recurso especial, salvo quando fundada na aplicação de entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos. (BRASIL, 2015a)

⁷ Art. 1.021. Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal. (BRASIL, 2015a)

⁸ Art. 317. Ressalvadas as exceções previstas neste Regimento, caberá agravo regimental, no prazo de cinco dias de decisão do Presidente do Tribunal, de Presidente de Turma ou do Relator, que causar prejuízo ao direito da parte. (BRASIL, 1980)

⁹ Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; III - corrigir erro material. Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que: I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento; II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º. (BRASIL, 2015a)

se discute o mérito das ações, mas sim questões processuais, de modo que eventual menção ao direito internacional dos direitos humanos seria enquanto *obter dictum*;

- d) Por outro lado, manteve-se as classes processuais ação por descumprimento de preceito fundamental, *habeas corpus* e ADI;
- e) Ao final, chegou-se a um total de 07 (sete) acórdãos.

Atingido o resultado da seleção de acórdãos, repetiu-se a pesquisa com outros dois termos: “controle de convencionalidade” e suas variações; e “controle e suas variações e “convencionalidade” e suas variações. O resultado em ambas as pesquisas foi o mesmo: chegou-se a um total de 07 (sete) acórdãos (os quais constam dos apêndices desta dissertação), dentre os quais o acórdão da ADI 5240.

Não obstante, como decorrência da pesquisa exploratória, após a qualificação do projeto de pesquisa, decidiu-se por delimitar o problema a ser estudado, como forma de buscar uma análise científica mais precisa sobre a incorporação jurisdicional, pelo controle de validade de leis locais, do direito internacional dos direitos humanos – é por isso que dentre esses 7 acórdão se chegou a apenas um caso (não mais acórdão, mas, agora, um caso): o da legalidade das audiências de custódia.

A pesquisa, portanto, deixa sua faceta exploratória para, a partir do seu problema, ser descritiva: tem como objetivo a descrição das características de um fenômeno observado a partir de um determinado caso concreto (GIL, 2002). Essa pesquisa descritiva, por sua vez, se caracteriza por uma aproximação qualitativa de seu objeto, já que foge de compreensões quantificáveis sobre o problema e pretende descrevê-lo na complexidade do processo judicial¹⁰ (o que desloca a análise da decisão judicial para o processo jurídico).

De partida, necessário ter em mente que o caso, para esta dissertação, é uma representação intelectual de um fenômeno jurídico delimitado, em um contexto específico (MACHADO, 2017). Nesta dissertação, o estudo de um caso representa a

¹⁰ A pesquisa qualitativa se define por uma série de métodos e técnicas que podem ser empregados com o objetivo principal de proporcionar uma análise mais profunda de processos ou relações sociais. Seu uso não objetiva alcançar dados quantificáveis, ao contrário, objetiva promover uma maior quantidade de informações que permita ver o seu objeto de estudo em sua complexidade, em suas múltiplas características e relações. (IGREJA, 2017, p. 14)

estratégia de pesquisa selecionada, uma vez posta a questão, a fim de descrever um fenômeno jurídico que se insere em um contexto determinado¹¹. Dentro desse cenário, como sua própria estrutura sugere, esta pesquisa se desenvolveu metodologicamente a partir da pesquisa para o caso concreto, segundo diferenciação proposta por Igreja (2017), de modo que se parte de uma generalização, desenhada a partir do problema pela hipótese para, então, buscar no fenômeno jurídico a ser analisado a confirmação ou não da hipótese anteriormente teorizada por meio de inferências baseadas no marco teórico.

Se o estudo de caso é “uma estratégia metodológica de construção de um objeto empírico muito bem definido e específico, potencialmente revelador de aspectos e características de uma problemática que não seriam facilmente acessados por intermédio de outras estratégias” (MACHADO, 2017), é, por conseguinte, a estratégia de pesquisa que permite a investigação de fenômeno contemporâneo (controle jurisdicional de convencionalidade e o reconhecimento de direitos para fortalecimento da democracia) no qual os limites entre o caso e o contexto não estão claramente definidos (YIN, 2001). Quanto a esse último aspecto, em específico, fato é que não atenderia ao objetivo geral da pesquisa inicialmente proposta uma outra estratégia de pesquisa, porque outra estratégia não conseguiria abarcar o caso concreto para além de sua relação com a dogmática (e há inferências importantes que podem ser feitas para cada um dos 7 acórdãos selecionados que não poderiam ser contemplados por qualquer outra estratégia).

A pesquisa empírica qualitativa de um estudo de caso, assim, atende bem ao problema inicialmente proposto, já que tem o condão de explicitar processos complexos de construção social, no caso, jurídica, especialmente considerando que aqui se discute o reconhecimento de direitos a partir do controle de validade de legislações locais, tendo em vista que esse reconhecimento de direitos pode ter um impacto significativo no aspecto normativo da cidadania e, logo, na inclusão social do indivíduo.

¹¹ Em geral, os estudos de caso representam a estratégia preferida quando se colocam questões do tipo “como” e “por que”, quando o pesquisador tem pouco controle sobre os eventos e quando o foco se encontra em fenômenos contemporâneos inseridos em algum contexto da vida real. Pode-se complementar esses estudos de casos “explanatórios” com 2 outros tipos – estudos “exploratórios” e “descritivos”. (YIN, 2001, p. 11)

O caso selecionado, outrossim, a partir desse procedimento metodológico foi o caso da análise da constitucionalidade das audiências de custódia pelo STF, o que foi feito a partir dos seguintes motivos: (i) é um caso no qual houve o reconhecimento de um direito, o que permite a análise de incorporação dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos; (ii) é um caso em que houve um razoável consenso institucional, já que o voto divergente contido no acórdão diverge quanto às condições da ação e quanto ao aspecto procedimental da introdução das audiências de custódia, o que demonstra um posicionamento da corte, não de ministros isolados; (iii) há um debate jurídico no processo judicial sobre o controle de convencionalidade no âmbito da jurisdição constitucional; (iv) trata-se de caso sensível para os direitos humanos, considerando a situação de violação em massa de direitos dos presos no Brasil, inclusive reconhecida pelo STF (BRASIL, 2015c), de modo que o julgamento ganha também relevância sob a perspectiva de proteção de direitos.

Quanto a esse ponto específico da justificativa para seleção do caso, importante ter em mente que a situação carcerária no Brasil significa grave problema sob a perspectiva de violação de direitos humanos, motivo pelo qual o caso de enfrentamento da legalidade das audiências de custódia é também fundamental sob o ponto de vista da proteção a esses direitos. Nesse sentido, adianta-se que a preocupação institucional quanto à situação carcerária no Brasil é presente em todo o processo judicial, de modo que esse contexto justifica, também, a seleção de um caso com tamanha repercussão.

Esclarecidos esses pontos, portanto, os próximos parágrafos delimitarão o protocolo para o estudo de caso, considerando a pergunta de pesquisa. Segundo Yin (YIN, 2001, p. 73), o protocolo de estudo de caso deve contemplar:

- a) uma visão geral do projeto do estudo de caso;
- b) os procedimentos de campo;
- c) as questões do estudo de caso;
- d) guia para relatório do estudo de caso.

Se, por sua vez, o caso é uma estratégia de recorte para análise a partir das inferências que se busca fazer sobre o caso, a definição sobre o caso para esta pesquisa perpassa pela delimitação de suas três camadas: o contexto, o caso propriamente dito e as unidades de análise (MACHADO, 2017). Os aspectos sobre o

que efetivamente compõe cada camada serão melhor explorados no terceiro capítulo desta dissertação. De toda forma, uma vez que a pergunta de pesquisa é relativa ao reconhecimento de direitos e o controle de validade da legislação infraconstitucional a partir do direito internacional dos direitos humanos, o caso deve ser um processo judicial: é no processo judicial que, sob a perspectiva da linguagem jurídica, o direito será constituído ou reconhecido tendo como parâmetro o direito internacional. É dizer, não que o contexto social e político não seja relevante (caso não fosse, não seria necessária a adoção do estudo de caso), mas esses aspectos integram o contexto a partir do qual as inferências serão conduzidas, no entanto, as inferências residem a partir apenas do processo judicial considerando o seu contexto.

O processo judicial selecionado, não obstante, a ADI 5240, não é levado em consideração em sua totalidade – “página por página”. Foram selecionadas apenas os documentos processuais que traduzem a dogmática jurídica para validação do ato normativo brasileiro delimitado no caso tendo como parâmetro o direito internacional, desconsiderando-se, logo, movimentos processuais, documentos de mero expediente procedimental, despachos e provas coligidas pelas partes. Evidente que isso faz parte do caso (o processo judicial da ADI 5240), mas não compõe a unidade de análise para resposta à pergunta. Dentro desse cenário, é possível afirmar que foram analisados um total de 14 documentos, dentre os quais há: a petição inicial, a resposta do TJSP, petições de *amicus curiae*, manifestações da AGU e da PGR, bem como, por óbvio, o acórdão da ADI 5240.

O estudo dessas unidades de análise foi conduzido, por sua vez, pelos mesmos eixos condutores já expostos, elaborados no momento da execução da pesquisa exploratória: (i) O aspecto da articulação normativa se daria pelo reconhecimento do direito global, sua aplicabilidade, validade e sua relação com o direito local; (ii) O aspecto da inclusão diz respeito ao reconhecimento, enunciação e afirmação de direitos.

Esses dois eixos de análise, outrossim, foram subdivididos em outras 6 categorias de análise, afinal, para responder à pergunta de pesquisa, considerando o panorama teórico dos capítulos anteriores, é necessário verificar se nas unidades de análise, os documentos:

- a) o controle jurisdicional de convencionalidade é reconhecido como uma técnica para o controle de validade das leis;
- b) se o direito internacional dos direitos humanos é reconhecido como dotado de normatividade;
- c) se o fato de ser dotado de normatividade decorre do reconhecimento de seu uso por outros atores sociais;
- d) se o direito internacional dos direitos humanos, caso dotado de normatividade, é reconhecido como aplicável no caso concreto;
- e) se essa aplicação no caso concreto condiciona a validade da norma infraconstitucional ao direito internacional dos direitos humanos;
- f) se a aplicação do direito internacional dos direitos humanos é realizada de modo a (i) reconhecer novos direitos; (ii) afirmar direitos já reconhecidos no ordenamento jurídico local; ou (iii) não afirmar ou reconhecer qualquer direito.

A resposta a cada uma dessas categorias foi elaborada a partir da leitura do processo judicial e, principalmente, das peças selecionadas e já citadas acima sob uma perspectiva gradual em que são verificados dois extremos: o item foi totalmente observado ou foi totalmente não observado. A resposta, ademais, de cada um dos pontos se dará a partir de trechos e o estudo das peças processuais, os quais formaram um *corpus* empírico apto a responder à pergunta de pesquisa – explicitar o contexto complexo de reconhecimento da constitucionalidade do ato normativo questionado na ADI e, principalmente, o reconhecimento de um direito internacionalmente estabelecido – a apresentação a uma autoridade judicial para exame da legalidade de uma prisão para que o indivíduo detido possa ter seu caso analisado em tempo razoável ou aguardar o processo em liberdade.

Ao final, espera-se compreender, a partir da ADI 5240, de que forma o direito internacional dos direitos humanos, consubstanciado em norma global, pode levar ao reconhecimento de direitos no Brasil, tendo em vista que esse reconhecimento de direitos fortalece a cidadania em seu aspecto normativo e, principalmente, é uma força importante para o exercício da democracia, com a inclusão a partir de direitos do maior número de indivíduos.

1. A EMERGÊNCIA DE NORMAS GLOBAIS DE DIREITOS HUMANOS E O CRESCENTE ENRELAÇAMENTO ENTRE ORDENS JURÍDICAS

A semântica da globalização é marca da sociedade mundial multicêntrica. Da mesma forma, os problemas jurídicos também são afetados por essa semântica da globalização, de modo que os diversos sistemas jurídicos se relacionam entre si e com outros sistemas sociais em um nível global, o que dilui as fronteiras dos Estados e faz com que processos de inclusão global ganhem maior centralidade no debate jurídico sobre inclusão.

Esse cenário se estende aos direitos humanos, um típico problema de natureza constitucional, que ganha contornos globais e passa a marcar transversalmente as diversas ordens jurídicas que fazem uso de sua semântica. Falar em direitos humanos, assim, mesmo em um nível local, não prescinde da globalização de problemas jurídicos relativa a esses direitos – é dizer, não é possível analisar devidamente o fenômeno jurídico dos direitos humanos se não os considerar globalmente.

As normas globais em direitos humanos, assim, ganham forte expressão nesse cenário. Com uma pretensão de aplicação obrigatória, a partir do questionamento da soberania estatal, as normas globais de direitos humanos permitem a emergência de uma governança transversal em direitos humanos apta a conduzir à criação de um padrão mínimo de inclusão nos Estados que manejam essa semântica e a ela são abertos.

Considerando, portanto, a expansão da semântica da globalização e a emergência das normas globais dos direitos humanos, o objetivo deste primeiro capítulo é analisar, sob a perspectiva das normas globais de direitos humanos, como a Constituição deixa de ser um fenômeno jurídico-político local e tem seus limites expandidos para toda a sociedade mundial. A partir dessa análise, pretende-se, ao final, atingir o primeiro objetivo desta proposta de pesquisa, qual seja, analisar a emergência de normas globais em direitos humanos como um fator para a formação de uma proteção pluridimensional dos direitos humanos.

Em um primeiro momento, por conseguinte, dedicou-se à análise do marco teórico adotado: o transconstitucionalismo de Marcelo Neves tanto enquanto hipótese

descritiva das relações jurídicas constitucionais travadas na sociedade multicêntrica quanto hipótese prescritiva de resposta ao conflito de ordens jurídicas sobre problemas constitucionais comuns a elas, de modo a evitar a sobreposição de uma sobre a outra.

A segunda parte deste capítulo, por sua vez, se preocupa com as normas globais, sua natureza, contexto em que se desenvolvem, sua emergência e a possibilidade de formação de uma racionalidade transversal em direitos humanos a partir do relacionamento entre essas normas globais e o direito estatal.

Por fim, o terceiro tópico deste capítulo é a síntese da análise dos tópicos iniciais, o qual busca responder exatamente a seguinte pergunta: de que forma a emergência de normas globais em direitos humanos é um fator para a formação de uma proteção pluridimensional dos direitos humanos?

A proteção pluridimensional dos direitos humanos é exatamente o contexto em que se desenvolvem as relações jurídicas que utilizam sua semântica na sociedade mundial, quando os direitos humanos deixam de ser um problema do constitucionalismo estatal e passam a integrar a agenda político-jurídica mundial, sendo, portanto, objeto de relações transconstitucionais. Da mesma forma, as normas globais de direitos humanos buscam estabelecer um mínimo legal de inclusão, desafiando a noção de soberania tradicional. Nesse sentido, as normas globais de direitos humanos criariam um ambiente propício à comunicação transversal, que exige a proteção pluridimensional dos direitos humanos, de modo a constituir aspecto fundante dessa conversa constitucional.

Antes, porém, de se chegar a essa conclusão, este capítulo parte da análise de como se desenvolvem as relações, as conversas, entre as ordens jurídicas na sociedade mundial, na qual a semântica predominante é a da globalização, a partir do transconstitucionalismo.

1.1 O transconstitucionalismo enquanto descrição da globalização de problemas tipicamente constitucionais na sociedade mundial

O ponto de partida para qualquer análise a respeito de problemas de natureza constitucional, dentre os quais se inserem os direitos humanos, é o próprio

conceito de Constituição e, principalmente, qual função ela desempenha em uma sociedade cada vez mais complexa, com cada vez mais narrativas sobre si.

Isso significa dizer que o conceito de Constituição é um conceito em constante disputa, tanto academicamente quanto jurídica e politicamente, já que, como já dito, é a Constituição que permite a diferenciação funcional entre o direito e a política. Nesse contexto, é importante ter em mente que a Constituição depende, no plano estrutural, de amplos pressupostos e, no plano semântico, clareza conceitual (NEVES, 2009, 2017) para que seja uma categoria apta a traduzir a globalização de problemas tipicamente constitucionais na sociedade mundial.

O que se percebe, assim, é que a Constituição é fruto de um processo de crescente centralização e institucionalização progressiva dos Estados decorrente da pressão por uma diferenciação funcional entre os sistemas jurídico e político. Esse movimento parte de um cenário em que o direito era uma semântica instrumental aliada à semântica moral (NEVES, 2009), na Antiguidade histórica notadamente, para o cenário das revoluções constitucionais do Século XVIII, quando as cartas constitucionais possuíam a pretensão de universalidade social e abrangência material para limitação do poder soberano (NEVES, 2009).

Este último contexto aponta para uma crescente centralização do exercício do poder, agora, estatal e uma crescente secularização do Estado que lançariam as bases para a crescente complexificação da sociedade moderna (THORNHILL, 2021). Ou seja, a centralização do exercício do poder, secularização do Estado de diferenciação crescente entre a política e o direito levam à necessidade de uma Constituição, ao mesmo tempo em que se tornam possível apenas pela existência da Constituição.

Até esse momento, no entanto, o fenômeno constitucional era essencialmente ligado ao Estado, o que pode ser fruto de uma militarização progressiva das sociedades nacionais a partir do Século XVIII. É dizer, os Estados buscavam-se essencialmente centralizar o exercício do poder para se militarizar em um intuito imperialista intimamente ligado com a ideia de nação (THORNHILL, 2021).

Dentro desse cenário, é a crescente pressão social pela diferenciação funcional entre os sistemas sociais que fará surgir a Constituição em sentido moderno. A Constituição, portanto, surge para dar autonomia ao Direito e conter o potencial

expansivo da política (NEVES, 2017), motivo pelo qual é um acoplamento estrutural entre o direito e a política, ou seja, um mecanismo que possibilita o fluxo de comunicação contínuo e aprendizagem recíproca entre ambos esses sistemas sociais (NEVES, 2009).

Dentro, ainda, desse crescente processo para diferenciação funcional entre os sistemas sociais, a questão dos direitos fundamentais emerge como uma ferramenta para limitação do poder estatal pelo controle jurídico, de modo a evitar arbitrariedades praticadas pelo poder centralizado através de uma instrumentalização da semântica do direito. Os direitos fundamentais, assim, na semântica constitucional, são o que permitem tanto a legitimação da política pelo direito, o que será melhor explorado no segundo capítulo, quanto a limitação jurídica do próprio exercício do poder político (THORNHILL, 2021).

De toda forma, fato é que a Constituição do constitucionalismo (acoplamento estrutural entre o direito e a política) tem sua semântica marcada por esses dois fatores: limitação e controle do poder estatal pelo direito e a proteção dos direitos fundamentais como forma tanto de controle do poder quanto de legitimação política do direito (NEVES, 2017; PALMA, 2021). Outrossim, a Constituição configura-se como uma ponte de transição institucional entre o direito e a política para o desenvolvimento de uma racionalidade transversal específica, de modo a impedir os efeitos destrutivos de cada sistema e permitir o intercâmbio recíproco de experiências (NEVES, 2009).

A partir do conceito exposto, é possível afirmar que há certa controvérsia sobre se a Constituição é um fenômeno estatal ou sobre se existem constituições para além dos Estados. Nesse ponto, Neves (2009) aponta que não é possível compreender a Constituição apenas em um nível semântico sem desvinculá-la de seu aspecto estrutural, razão pela qual, para o autor, a Constituição se define por se uma ponte de transição que permite o intercâmbio recíproco de experiências. Assim, para o autor, a identificação de uma Constituição depende, precisamente, da identificação da ponte de transição, de modo que caso identificado um acoplamento estrutural normativo entre sistema onde um deles se sobrepõe ao outro, não há se falar em Constituição, como seria o caso, de forma exemplar, da *lex mercatoria*.

Essa não é a mesma compreensão de Gunther Teubner (1996), que propõe que as Constituições sejam entendidas como esses acoplamentos estruturais com pretensões normativas, ao afirmar que o direito global é perceptível “em um novo corpo de direito que emerge de vários processos de globalização em múltiplos setores da sociedade civil, independentemente das leis dos estados-nação” (1996, p. 1). No mesmo exemplo, a *lex mercatoria* representa um tipo de desenvolvimento legal de natureza constitucional ao, por acoplamentos estruturais próprios e normatividade própria, permitir o intercâmbio entre os sistemas sociais do direito e da economia em uma escala global.

Chris Thornhill (2011), por outro lado, identifica constituições como presentes em ordens legais para controle do exercício do poder político marcada (i) pela presunção de que o poder público age conforme os princípios e convenções estabelecidos pelo direito, de modo que não podem ser facilmente derogados; (ii) pelo desígnio de conter o exercício abusivo de poder nas esferas pública e privada; (iii) pela distribuição do poder no próprio Estado pautada, também, por alguma forma de representação popular; e (iv) pela expressão legal da distinção entre a forma do Estado e o indivíduo dotado de autoridade. Trata-se, assim, de uma definição de Constituição que pode ultrapassar as fronteiras do Estado, mas ainda pautada pela interface comunicativa entre o direito e a política.

Independente da constatação da existência de Constituições para além do Estado ou não, fato é que a semântica do constitucionalismo, ao tratar sobre controle do poder político e direitos fundamentais, revela uma pretensão de inclusão de indivíduos por sua integração aos sistemas sociais (NEVES, 2017). Assim, a semântica do constitucionalismo transcende os limites estatais e se constitui em um problema global compartilhado por uma sociedade mundial de um sistema jurídico multicêntrico (aqui independentemente da definição de constituições para além do Estado). É dizer, a multiplicidade de descrições sociais jurídicas a partir de sua semântica faz emergir relações necessárias entre esses sistemas jurídicos, no desenvolvimento de uma rede complexa e multicêntrica de formas jurídicas, todas atuantes a partir de racionalidades parciais, que passam a utilizar da semântica do constitucionalismo essencialmente ligada aos direitos fundamentais, democracia e inclusão (NEVES, 2009, 2017).

Dentro desse cenário é que se propõe o transconstitucionalismo como maneira de lidar e descrever essa rede complexa e multicêntrica de formas jurídicas que se utilizam da semântica da inclusão do constitucionalismo. Afinal, os problemas de natureza constitucional existem para além dos Estados e podem envolver diversas ordens jurídicas em suas respectivas soluções. Essas soluções seriam alcançáveis a partir do transconstitucionalismo, o que significa o entrelaçamento normativo entre duas ou mais ordens jurídicas para a solução do mesmo caso ou problema constitucional (NEVES, 2017).

Em específico quanto aos direitos humanos, sua transconstitucionalização se relaciona com o processo de estruturação de direitos na esfera pública estatal e o declínio da estatalidade, bem como às mudanças estruturais no espaço internacional de forma a afetar a governança global, o que leva à emergência de campos transnacionais onde normas globais formam o núcleo dessa rede transnacional de proteção (TORELLY, 2016b). Nesse ponto, os direitos fundamentais passam a ser dotados de uma dupla positividade na medida em que passam a ser adjudicáveis em espaços institucionais distintos (TORELLY, 2016b), o que leva a um incremento de sua exequibilidade ao mesmo tempo em que atrai para si, enquanto um problema de múltiplas institucionalidades, o aspecto da transconstitucionalidade: permitem o entrelaçamento normativo de diversas ordens jurídicas em torno do problema constitucional.

A transconstitucionalização dos direitos fundamentais/direitos humanos leva, assim, a uma reorganização do constitucionalismo em torno da construção de uma racionalidade transversal que permita o intercâmbio recíproco entre as diversas ordens jurídicas envolvidas. Nesse contexto, se, como já afirmado, o constitucionalismo surge como um fenômeno eminentemente estatal voltado à coercibilidade dos direitos fundamentais e ao limite do exercício do poder estatal, com o incremento das relações transterritoriais na sociedade global, os “problemas dos direitos fundamentais ou dos direitos humanos ultrapassam fronteiras, de tal maneira que o direito constitucional estatal passou a ser uma instituição limitada para enfrentar esses problemas” (NEVES, 2009, p. 120).

Diante da transconstitucionalização dos direitos humanos, o modelo de articulação entre as diversas ordens jurídicas, ou seja, de entrelaçamento transversal

entre elas permite que as diversas ordens jurídicas possam se reconstruir semântica e estruturalmente mediante o permanente diálogo entre si concomitante às soluções dos diversos problemas que envolvem os direitos humanos (NEVES, 2009).

A constatação dessa limitação estatal para o enfrentamento de problemas globalizados, todavia, não afasta da semântica da globalização as assimetrias inerentes às formas jurídicas nela inseridas – aspecto a respeito do qual o próprio transconstitucionalismo busca uma resposta. Assim, o transconstitucionalismo apresenta limites decorrentes da própria assimetria da sociedade mundial. É dizer, o transconstitucionalismo não prescinde de condições empíricas para sua realização, de modo que a própria constatação dessa assimetria na sociedade mundial significa explicitar os próprios desafios para um diálogo constitucional entre ordens jurídicas. Fato é, portanto, que as relações entre as formas jurídicas diante de problemas comuns se desenvolve em contexto estruturalmente desiguais, ou seja, onde o acoplamento estrutural entre o direito e a política, ou qualquer outro sistema reflexivo com o direito, não é horizontal, mas vertical, de forma que os efeitos dominantes deste sistema se sobrepõem àquele para que o direito esteja subordinado à política na esfera pública (NEVES, 2017).

Nesse ponto, constatada as assimetrias das formas de direito¹², constitui um obstáculo ao transconstitucionalismo o fato de que uma ordem jurídica se apresentar como forte em relação a outra em um contexto de entrelaçamento, fazendo com que aquela desconsidere as pretensões desta e, verdadeiramente, negue sua autonomia (NEVES, 2009). Tal fato é especialmente evidente se percebido que se por um lado a constituição do constitucionalismo teve um relativo sucesso nos centros da sociedade mundial, por outro, no contexto periférico, o texto constitucional serve de fachada simbólica quanto aos direitos fundamentais e limitação do poder ou é afastada pela emergência de regimes autocráticos (NEVES, 2017). Nesse contexto, não deixa Neves de constatar que:

O constitucionalismo emergiu nos centros da sociedade mundial, mas corresponde às expectativas normativas de inclusão jurídica e política que se

¹² Considero, então, os diversos modos em que se relaciona, nas dimensões temporal, social, material e territorial, o código-diferença primário do direito (lícito/ilícito) com os programas e critérios jurídicos de decisão e solução de conflitos [...] (NEVES, 2009, p. 280)

espalharam na sociedade mundial, apesar dos pontos críticos de resistência e realizações limitadas. No entanto, a sua expansão depende da redução das assimetrias estruturais da sociedade mundial entre países que constituem ilhas privilegiadas de riqueza e numerosas regiões em que dominam a pobreza e a exclusão estrutural. (2017, p. 287).

A assimetria referida é especialmente evidente no contexto de bloqueio do fluxo de comunicação transconstitucional para a corrupção de ordens jurídicas por uma linguagem inconstitucional, que negue as premissas da constituição moderna. O trans-anticonstitucionalismo, ou seja, o bloqueio da comunicação transconstitucional (PALMA, 2021), é ilustrativo das limitações do transconstitucionalismo por fatores internos e de ambiente ligados à própria assimetria da sociedade mundial. Palma (2021) aponta, sobre o fluxo de comunicação anti-transconstitucional, que essa modalidade de comunicação advinda do centro global tem exatamente o condão de exercer forte impacto em regimes legais cujas estruturas normativas são frágeis.

Essa assimetria se estende à sociedade mundial na qual a semântica da globalização reflete essas particularidades. Não obstante, o transconstitucionalismo ainda é alternativa, sem se afastar dessas constatações empíricas negativas, para o enfrentamento da emergência de problemas constitucionais que excedam as fronteiras dos Estados e envolvam diversas ordens jurídicas. No caso dos direitos humanos, o transconstitucionalismo envolve uma rede transversal de expectativas normativas, as quais englobam tanto a inclusão na sociedade global quanto o isolamento de sociedades nativas em face do imperialismo dos direitos humanos (NEVES, 2009, p. 252–253, 2014a, p. 224, 2017, p. 294).

Da mesma maneira, todavia, que o transconstitucionalismo não prescinde das assimetrias inerentes à globalização, a semântica dos direitos humanos também se vê influenciada pela mesma característica assimétrica da sociedade mundial, que perpassa o próprio direito. É dizer, esses direitos também são instrumentos para uma utilização *top-down* de sua semântica para imposição de uma ordem jurídica mais forte sobre uma mais fraca.

Esse uso da semântica dos direitos humanos de forma a violentar formas jurídicas mais fracas é explorada por Neves, quando da análise do caso de homicídios de crianças cometidos pela comunidade indígena no Brasil denominada Suruahá

(2014a). Nesse caso, a criminalização da conduta culturalmente consolidada, como pretendida à época por membros do parlamento brasileiro, significaria um caso emblemático de imposição de uma ordem jurídica mais forte (a constitucional brasileira) sobre uma ordem mais fraca (da comunidade Suruahá), o que representa, com precisão, uma medida que subverte o transconstitucionalismo para “destruição de mentes e corpos” (NEVES, 2014a, p. 216).

A constatação desse uso impositivo, violento, da semântica dos direitos humanos aplicado à comunidade internacional leva Koskenniemi a concluir que esses direitos se transformaram em vocábulo vazio, sem valor propriamente normativo, o qual se adequaria à pretensão do falante que deles se utiliza (2014). No âmbito internacional, isso se tornaria ainda mais evidente tendo em vista que posições substancialistas no direito internacional implicam uma escolha política sobre a própria concepção da comunidade global em que se inserem os direitos humanos (KOSKENNIEMI, 2018).

Esse caráter simbólico dos direitos humanos é também reconhecido por Neves (2005, p. 5), não obstante fazer a ressalva de que a dimensão simbólica do normativo pode, também, servir à “superação de situações concretas de negação dos direitos”. De toda sorte, é possível inferir que a semântica dos direitos humanos no contexto do transconstitucionalismo pluridimensional parece sofrer da assimetria inerente à sociedade mundial no que tange às formas jurídicas, não obstante possuir aspecto simbólico fundamental para superação dessas assimetrias estruturais que legitimam violações de direito.

A proposta do transconstitucionalismo, dentro desse cenário, possui tanto uma característica descritiva quanto uma característica prescritiva. Descritiva na medida em que explicita a forma como se relacionam os sistemas sociais normativos diante do entrelaçamento promovido pela emergência de problemas de natureza constitucional globais. Prescritiva, por sua vez, porque propõe diante desse entrelaçamento a possibilidade de solução jurídica apta à construção de uma racionalidade transversal entre as diversas ordens jurídicas para a proteção mais abrangente ao ser humano. Nesse ponto, entende-se por racionalidade transversal os:

mecanismos estruturais que possibilitam o intercâmbio construtivos de experiências entre racionalidades parciais diversas, que, conforme o tipo e a

singularidade dos respectivos sistemas ou discursos e de acordo com suas relações específicas, variará intensamente na forma e no conteúdo. Portanto, no sentido ora empregado, os conceitos de racionalidade transversal e acoplamento estrutural são afins, pois a afirmação da primeira supõe a existência do segundo. No entanto, a noção de racionalidade transversal importa um plus em relação à de acoplamento estrutural. (NEVES, 2009, p. 38)

Assim, o modelo do transconstitucionalismo propõe a rejeição de um modelo metódico hierárquico, de modo a se sobrepor uma ordem jurídica sobre a outra, e a rejeição de um modelo fragmentário, no qual uma ordem jurídica desconhece a potencial normativo de outra. Nesse sentido, o transconstitucionalismo serve como um modelo estrutural de conexão entre as esferas fragmentárias da sociedade mundial para a promoção de diálogos entre ordens jurídicas em questões constitucionais, vinculando a identidade (essa notadamente nacional) à alteridade na relação entre ambas (NEVES, 2009).

Assim, a retirada da *ultima ratio* discursiva em matéria decisória, a solução transconstitucional dos direitos humanos leva a uma restrição do caráter expansivo de certas ordens jurídicas em detrimento de outras e à limitação de ordens institucionais excludentes (NEVES, 2009). O constitucionalismo, assim, se abre estrutural e discursivamente para relações de caráter normativo para outras formas jurídicas não estatais de modo a construir redes transversais de aprendizagem recíproca para a construção de soluções jurídica e socialmente adequadas (NEVES, 2009).

É por essa razão que o transconstitucionalismo se apresenta como “um contraponto normativo o básico tanto em relação à primazia expansiva das estruturas cognitivas da sociedade mundial” (NEVES, 2009, p. 290) quanto “a respeito da semântica de controle das informações (e do saber) pelos órgãos de comunicação de massas” (NEVES, 2009, p. 290) para, assim, a preservação da autonomia funcional do direito e a construção de canais de fluxo de comunicação transversal entre os diversos sistemas jurídicos.

A transconstitucionalização dos direitos humanos é, de todo modo, um fator a descrever as relações jurídicas desenvolvidas sob a égide da semântica da globalização. Se os direitos humanos podem ser definidos enquanto expectativas normativas de inclusão jurídica de toda e qualquer pessoa na sociedade, e, dessa

forma, de acesso ao direito enquanto subsistema social, são, por essa razão, um problema constitucional comum, que transcende a própria fronteira do Estado, expandindo sua semântica universalizante para diversas ordens jurídicas, em um verdadeiro entrelaçamento transconstitucional multinível, como já exposto. A esse fato, e também por ele influenciado, os direitos humanos se inserem no contexto da governança global, ou seja, o desenvolvimento de instituições para a gestão de assuntos humanos voltados especificamente para esses direitos, em íntima relação entre o espaço internacional, estatal e quase-estatal, dada a própria natureza das problemáticas que suscita.

A despeito de Torelly (2016a) identificar etapas para a formação da governança global, destaca-se que, no que concerne aos direitos humanos internacionalmente compreendidos, após o fim da Guerra Fria, é possível verificar a construção de um modelo judicial de tomada de decisão. Dessa forma, o cenário internacional passa a ser marcado por litígios estratégicos, dando maior centralidade, para além dos Estados e organizações internacionais, às cortes de justiça internacional e aos atores que orbitam esse sistema (2016a). Dentre estes destaca-se a emergência do ser humano enquanto um sujeito de direito internacional pela proteção global dos direitos humanos (CALABRIA, 2018).

Por conseguinte, é possível perceber a formação progressiva de uma governança global em vários regimes auto-continentes na comunidade internacional, tal qual o sistema de proteção aos direitos humanos. Essa conversa constitucional aponta para a formação de racionalidades transversais entre diversos sistemas sociais de modo a absorver complexidades e estabilizar expectativas (NEVES, 2009).

A formação da governança global em direitos humanos, ou seja, a construção de um modelo judicial de tomada de decisão (TORELLY, 2016b), aliado ao transconstitucionalismo, permite identificar uma certa convergência jurídico-legal de normas em direitos humanos a partir da emergência de normas globais em matéria de direitos humanos. Assim, o próximo tópico deste capítulo tem como objetivo compreender o que são as mencionadas normas globais de direitos humanos e como se relacionam com a proteção pluridimensional dos direitos humanos.

1.2 A emergência das normas globais de direitos humanos

As normas globais em direitos humanos devem ser visualizadas sob a óptica do próprio contexto global em que se inserem: diante da globalização de problemas constitucionais, essas normas têm o condão de introduzir o ser humano como um sujeito de direito no espaço internacional e criar padrões mínimos e uniformes de inclusão do indivíduo no sistema jurídico. São, portanto, dada sua intrincada relação com o espaço global, indissociáveis da própria governança global e constituem a origem da mudança da própria cidadania, a qual, como dito, passa a ser transnacionalmente determinada.

No entanto, a própria ideia de uma governança global se revela um fruto do contexto global em que se inserem os problemas da humanidade. Se a governança pode ser definida como a mobilização institucional para a gestão de assuntos humanos (KALDOR, 2000), o modelo de governança global será definido a partir do cenário internacional em que se inserem os assuntos humanos, de modo que o tipo de problema e a forma como este problema será enfrentado institucionalmente reflete tanto o contexto em que se insere quanto o contexto pauta a forma de enfrentamento destes problemas globais, em uma relação de influência recíproca.

Por conseguinte, é possível afirmar que o direito internacional se transformou profundamente no último século, o que levou à mudança na forma de governança global não para a ampliação da governança jurídica, mas com um fortalecimento dos modelos judiciais de gestão de conflito (TORELLY, 2016b). Assim, a “análise global aponta para uma mudança de foco da geração de consensos abrangentes para a resolução de conflitos na ordem internacional e para o fortalecimento de lógicas privadas de resolução de conflitos, especialmente pela via judicial, com um gradual desprestígio da política como mecanismo decisório explícito” (TORELLY, 2016b, p. 23).

Esse desprestígio da política enquanto mecanismo decisório desloca para o direito, tecnologia com pretensão para oferecer soluções neutras para conflitos sociais (TORELLY, 2016b), o trato com os assuntos humanos, dentre eles os próprios direitos humanos. Assim, os processos sociais judiciais de criação e afirmação das normas globais em matéria de direitos humanos ganham uma importância

fundamental na própria determinação dos direitos fundamentais, aqui considerados localmente.

De forma específica quanto às mudanças no espaço global, é possível identificar, a partir da fragmentação da ordem global então bipolarizada a qual marcou o período da Guerra Fria (1945-1991), que a diferenciação funcional e crescente especialização da sociedade mundial levou à emergência de regimes autocontinentes diversos, criando-se um problema de superposição de autoridade jurídica e política (TORELLY, 2016a). É neste cenário que, conforme já mencionado anteriormente, surgem formas de governança jurídica privadas, caracterizadas por regimes extremamente especializados e, segundo Teubner (1996), de natureza constitucional por acoplamentos estruturais entre diversos sistemas sociais e o direito. É nesse contexto que Torelly identifica a redução da desdiferenciação funcional entre o direito e a política pela consolidação da atividade regulatória entre “partes de regras setoriais com maior coesão” (2016a, p. 31).

Essa proliferação de regimes jurídicos autocontinentes, com características transnacionais, leva a uma profunda mudança na forma de governança que então havia marcado o período da Guerra Fria. É que a governança global incorpora bastante dessa perspectiva técnica e fragmentária da sociedade global, possibilitando a emergência tanto de regimes especializados, processos de autorregulação e maior interação entre tribunais, bem como modificando a dimensão judicial da governança global (TORELLY, 2016a).

Assim, da conformação da governança à característica fragmentária da sociedade mundial, é que se fortalece um modelo de governança jurídica tecnocrática, no qual o direito se torna o sistema social global típico para controle de expectativas normativas da sociedade, em sua interface com os diversos sistemas sociais. Assim, a ampliação da dimensão judicial da governança faz com que se amplie o espaço para litígios transnacionais e estratégicos (TORELLY, 2016a), de modo a transversalmente determinar a gestão de problemas em ordens jurídicas nacionais e transnacionais a partir de um modelo judicial de tomada de decisão.

Importante ter em mente que se coloca o modelo judicial de tomada de decisão como muitas vezes preferível exatamente porque o direito se coloca como sistema cuja semântica permite uma solução neutra para conflitos diversos, o que, em

tese, promove uma maior racionalidade e eficiência na resolução de conflitos (TORELLY, 2016a).

Da perspectiva específica dos sistemas jurídicos que lidam com a semântica dos direitos humanos, rememore-se, expectativas de inclusão da sociedade, o que se vê é a mobilização transversal de sistemas jurídicos diversos que podem ser capazes, a partir da característica de um modelo global judicial de tomada de decisão, de causar alterações no panorama estatal nacional. Nesse contexto, Koch (2017) destaca que, analisando o SIDH, o cenário internacional é marcado por redes de *advocacy* internacional compostas pelos mais diversos atores que visam uma decisão de um mecanismo internacional de proteção de direitos humanos que sirva como instrumento de pressão interna para alterar um contexto de violações. A essa atuação, denomina-se litígio estratégico.

As cortes internacionais, dessa forma, passam a alterar a política e o direito locais, nesse caso, para a inclusão da semântica dos direitos humanos nos Estados, de demandas específicas de uma população que sofre pela violência.

Karen Alter (2014) nota precisamente esse novo papel que as Cortes Internacionais assumem após o fim da Guerra Fria. Segundo a autora, a possibilidade de as Cortes Internacionais de reproduzirem o direito a partir de um discurso de poder e, assim, influenciar governos a alterar seu comportamento é próximo ao milagre de Davi que venceu o gigante Goliás. Assim, exatamente pelo uso de sistemas internacionais, grupos e indivíduos podem atuar estrategicamente para fazer valer sua pretensão de inclusão na sociedade mundial pela semântica dos direitos humanos.

No contexto em que esses direitos podem ser evocados para o reconhecimento de formas de vida diversas, a governança global em direitos humanos assume uma feição claramente judicial, com o poder judiciário ou órgãos de características judiciais atuando de modo a possibilitar essa maior inclusão sem o filtro dos governos. Torelly assim afirma (2016b, p. 45–46):

Assim, gradualmente, o papel mediador das cortes ganha relevo. Não porque a produção de tipo “legislativo” do direito internacional deixe de existir, em que pese a pluralização das fontes, nem porque as agências executivas deixem de produzir políticas públicas, em que pese a emergência de projetos privados com características de políticas públicas, mas simplesmente porque a soma desses dois processos e a fragmentação das instituições de governança produz conflitos que demandam soluções “neutras” e “eficientes” caracteristicamente associadas com aquelas produzidas por cortes de justiça.

Nesse novo modelo, pela emergência de uma ordem constitucional global, as normas constitucionais domésticas passam a refletir textos materialmente constitucionais da comunidade internacional, fazendo com que a própria origem do direito, antes exclusivamente legislativa e baseada na soberania popular, passe a ter como base processos transnacionais (THORNHILL; CALABRIA, 2020).

O poder judiciário, portanto, assume um novo papel, enquanto poder que pode manejar a semântica dos direitos humanos para inclusão de novas formas de vida na sociedade mundial, permitindo exatamente o reconhecimento pelos Estados das pretensões de grupos sistemicamente excluídos pela via da judicialização, que passa a ser um processo transnacional.

O transconstitucionalismo vem, assim, de modo a possibilitar o reconhecimento desses problemas constitucionais e suas respectivas resoluções ou apaziguamento sem a imposição de uma ordem jurídica sobre a outra, mas a partir da articulação para conferir maior proteção ao ser humano. No contexto no SIDH, Neves assim confirma que (2014b, p. 194-195):

não se trata simplesmente da imposição de decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Cortei), criada e estruturada pelo Capítulo VIII aos tribunais nacionais com competências constitucionais. Esses também reveem a sua jurisprudência à luz das decisões da Corte. Tanto do lado da Corte quanto da parte das cortes estatais tem havido uma disposição de “diálogo” em questões constitucionais comuns referentes à proteção dos direitos humanos, de tal maneira que se amplia a aplicação do direito convencional pelos tribunais domésticos.

No âmbito da doutrina nacional para o direito internacional dos direitos humanos, Mazzuoli (2018) traduz na dogmática jurídica, aplicada à CrIDH a proposta pela articulação de ordens jurídicas diversas para a resolução de problemas constitucionais que revolvem os direitos humanos/fundamentais. Para o autor, o controle de convencionalidade é um instrumento teórico-dogmático que o direito possui para sua aplicação que melhor satisfaça a proteção aos direitos humanos (princípio *pro homine*).

Dessa forma, dentro desse cenário de mudança do modelo de governança global, os direitos humanos, tanto em seu aspecto nacional quanto em seu aspecto

internacional, são interpretados e reelaborados de acordo com a lógica dominante de gestão de conflitos, o que pauta a própria ação dos atores que se utilizam desta semântica. Assim, tem-se de um lado um maior protagonismo de cortes para novas formas de efetivação de direitos, por outro, a própria noção de legitimidade democrática e cidadania passa a ser transnacionalmente determinada.

Dentro desse cenário, as normas globais de direitos humanos desafiam a própria noção de soberania estatal, a qual se dilui para dar espaço para formas de efetivação de direitos transnacionalmente determinadas. Nesse sentido:

a transnacionalização e a globalização criam mecanismos voluntários e involuntários de alocação vertical de capacidade de decisão, mas também formas transversais de deliberação estranhas aos modelos explicativos hierárquicos geralmente presentes na teoria da constituição, enfraquecendo a capacidade de regulação estatal e forçando a construção de novas estruturas de relacionamento entre as ordens constitucionais domésticas e os novos regimes jurídicos (TORELLY, 2016b, p. 64)

O que se percebe, portanto, nesse cenário de governança global judicialmente determinada é um “declínio da estatalidade” – a perda de capacidade regulatória crescente dos Estados em favor de regimes autocontinentes globais (TORELLY, 2016b). Nesse sentido, a consolidação de novas formas de governança, o que foi explorado nos parágrafos anteriores, afastam o modelo de prevalência estatal como espaço fundamental para consolidação de direitos (TORELLY, 2016b). Isso não significa dizer que o Estado perde seu papel fundamental na efetivação de direitos, mas sim que o espaço estatal perde capacidade regulatória e deve, obrigatoriamente, dialogar com outros regimes autocontinentes para a construção de um espaço global para efetivação de direitos. Não obstante esse processo poder indicar um processo de desnacionalização exposto à semântica da globalização, fato é que esse processo permite uma reconfiguração da racionalidade jurídica a possibilitar pontes de transição entre as diversas ordens jurídicas:

Embora formalmente os Estados continuem plenamente soberanos detendo, inclusive, capacidade para denunciar as convenções e tratados que lhes vinculam internacionalmente a uma ordem pública, ou estabelecer mecanismos de regulação para as relações privadas que os desafiam, essas possibilidades tornam-se cada vez menos praticáveis, dado o atual estágio de integração política e econômica. É assim que o processo de desnacionalização abre caminho para a reconfiguração do conceito de soberania e para a emergência e consolidação de um grande número de espaços em que a interação entre regimes e ordens jurídicas implica em risco de competição ou demandas por subordinação hierárquica. Ao mesmo tempo em que tais fatos desafiam as estruturas tradicionais e emergentes de

governança, eles também inauguram novas possibilidades de governança transversal. (TORELLY, 2016a, p. 85)

Por todo o exposto, o cenário que se forma é o seguinte: (i) a mudança no modelo de governança global em favor da emergência de regimes que operam sob a racionalidade jurídica faz com que os processos de afirmação de direitos humanos se desloquem do espaço exclusivo do Estado para que se tornem transnacionalmente determinados por processos de natureza judicial; (ii) o Estado perde gradativamente sua capacidade regulatória diante desses regimes globais, que também operam na racionalidade jurídica, o que permite a emergência de uma racionalidade transversal. Dessa forma, são criados em matérias de direitos humanos espaços decisórios transnacionais que não prestam exclusivamente ao Estado e exigem uma articulação heterárquica das ordens jurídicas de modo a compatibilizar tanto a noção de soberania quanto a proteção global de direitos humanos, em um verdadeiro arranjo transversal de governança em direitos humanos.

Ou seja, esse cenário leva a uma necessária transconstitucionalização dos direitos humanos como forma de possibilitar a articulação dos ordenamentos jurídicos diversos sem que implique uma imposição destrutiva de uma determinada ordem sobre outra, ao mesmo tempo em que os direitos humanos contem com uma proteção transversalmente determinada.

É nesse sentido que Torelly (2016b) afirma que a visualização de uma perspectiva transconstitucional aos direitos fundamentais/humanos, em um cenário de declínio da estatalidade e emergência de modelos judiciais privados de governança, permite “a mobilização da especial legitimidade dos direitos constitucionais para a construção de mecanismos de contingência que protegem as garantias fundamentais em contextos domésticos adversos, em contextos internacionais adversos, e da expansão ilimitada de regimes internacionais e transnacionais” (2016b, p. 96).

O transconstitucionalismo, portanto, permite, a partir da formação da racionalidade transversal, a construção de um diálogo de aprendizagem constante entre as ordens jurídicas envolvidas em um determinado problema constitucionais, sem, ao mesmo tempo, implicar a imposição de uma ordem constitucional sobre outra em um ditado constitucional, de modo que “não cabe falar de uma estrutura

hierárquica entre ordens: a incorporação recíproca de conteúdos implica uma releitura de sentido à luz da ordem receptora” (NEVES, 2009, p. 118).

É por essa razão que, como já afirmado, o transconstitucionalismo se apresenta como “um contraponto normativo o básico tanto em relação à primazia expansiva das estruturas cognitivas da sociedade mundial” (NEVES, 2009, p. 290) quanto “a respeito da semântica de controle das informações (e do saber) pelos órgãos de comunicação de massas” (NEVES, 2009, p. 290).

Esse contexto cria três possibilidades de interação entre o direito doméstico e o direito internacional, as quais foram analisadas e categorizadas por Jackson (2015) e que podem ser assim aduzidas:

- a) Resistência: hipótese de desconsideração, indiferença ou falta de atribuição interna de normatividade ao direito não-doméstico;
- b) Convergência: abertura normativa e estrutural ao direito não-doméstico para sua implementação ou incremento no processo normativo de convergência transnacional;
- c) Articulação: quando não verificada hipótese de resistência ou convergência, haverá articulação quando a abertura constitucional estimula a incorporação do direito não-doméstico sem, no entanto, primar por uma construção hierárquica de relações.

Diante dessa descrição, as normas globais integram esse cenário de conversa transversal entre as diversas ordens jurídicas como um fator a corroborar a conformidade do direito doméstico com padrões globalmente estabelecidos de mínima inclusão. Assim, Sikkink e Finnemore (2014) afirmam que há um relativo consenso que as normas constituem padrões de comportamento adequados para uma dada identidade, com a ressalva de que as autores analisam esse conceito sob a perspectiva da norma exteriorizada a partir de uma prescrição.

As normas globais, portanto, refletem padrões de comportamento tidos por adequados em um contexto global, ou seja, aceitos como adequados sob a perspectiva global a ponto de ou constranger determinado ente que não se conformar a determinada regra de comportamento ou premiar aqueles que a essa mesma regra se conformarem.

Nesse ponto, se de uma perspectiva clássica é possível afirmar que as normas globais são frutos, primordialmente, da vontade soberana dos Estados (TORELLY, 2016b), fato é que as normas globais estão intimamente relacionadas também com a mobilização transversal da linguagem jurídica no panorama internacional a partir da judicialização de demandas voltadas para inclusão, em um cenário marcado pela emergência da governança de modelo judicial – a já mencionada litigância estratégica.

Esse movimento de mobilização transversal da linguagem jurídica a partir das instituições para incremento na inclusão a partir de padrões estabelecidos globalmente permite concluir que as normas globais podem não ter origem necessariamente a partir de sua institucionalização, mas sim a partir da mobilização social para seu fortalecimento e implemento. É por essa razão que Finnemore e Sikkink apontam que as normas globais se desenvolvem a partir de estágios em um processo social, de modo que “a primeira etapa é a ‘emergência da norma’; a segunda etapa envolve a ampla aceitação da norma, a qual chamamos, seguindo Cass Sunstein, de ‘cascata de norma’; e a terceira etapa envolve internalização” (2014, p. 348).

Essa cadeia de emergência das normas globais demonstra que seu surgimento não é exclusivamente ligado à vontade dos Estados, mas tem suas raízes em processos transnacionais de verdadeiro convencimento dos agentes de que determinada norma deve ou não ser aplicada (TORELLY, 2016b). Tanto é assim que o primeiro estágio de emergência das normas globais é caracterizada a partir da persuasão pelos “empreendedores normativos” (SIKKINK; FINNEMORE, 2014, p. 349), ou seja, verdadeiros atores que se utilizam da mobilização transversal do sistema jurídico global para forçar a conformidade dos agentes com capacidade decisória aos padrões de comportamento – o litígio estratégico como forma de a partir do judiciário (ou instituições com característica de governança judicial) alcançar mudanças sociais. Essa mudança social, por sua vez:

é alavancada pela mobilização jurídica transnacional altera a percepção geral sobre a adequação do direito e, assim, produz uma tensão que gera uma alteração jurídica que se inicia focalmente (emergência), espalha-se transversalmente (cascata) e, por fim, institucionaliza-se em regimes jurídicos distintos daqueles em que surgiu originalmente. (TORELLY, 2016b, p. 109)

Esse processo, no entanto, não se resume às normas globais de direitos humanos, mas podem ser estendidos a qualquer processo social de criação de padrões globais de comportamento, como pode ser extraído do fenômeno do trans-anticonstitucionalismo, uma rejeição discursiva às premissas do constitucionalismo que tem o condão de minar as próprias bases da Constituição, o que foi identificado por Palma (2021).

Em matéria de direitos humanos, por sua vez, é possível perceber que, após o fim da Segunda Guerra Mundial, em 1945, ocorreu a promulgação de uma série de declarações e convenções de direitos humanos em nível global e regional, de modo que foram concebidos como direitos pertencentes a determinados indivíduos, fazendo com que cada ser humano aparecesse, mesmo que de forma abstrata, como um sujeito de direitos no Direito Internacional (THORNHILL, 2021).

Não obstante, em atenção ao ciclo de vida das normas globais, é possível perceber que a emergência dos direitos humanos se deu, em primeiro plano, no direito doméstico a partir das Constituições, já que, progressivamente, os direitos individuais se tornaram centrais nas Constituições locais, em decorrência das próprias pretensões do constitucionalismo. É dizer, a comunicação entre o direito doméstico pelos empreendedores normativos e o direito internacional permitiu o crescente convencimento dos agentes com poder de decisão, de modo que o reflexo da luta local pelos direitos humanos foi exatamente consolidação e posterior internalização dos direitos humanos enquanto normas globais.

Dentro desse cenário, o próximo tópico pretende abordar, exatamente, como se dá a construção dessa rede de proteção múltipla dos direitos humanos, em um verdadeiro entrelaçamento normativo entre as mais diversas ordens jurídicas em torno desse problema comum de natureza constitucional. De todo modo, o questionamento que exsurge dos tópicos anteriores é exatamente este: qual a relação entre as normas globais de direitos humanos e a proteção pluridimensional desses direitos?

1.3 A proteção pluridimensional dos direitos humanos e o entrelaçamento normativo entre ordens jurídicas

De todos os pontos já abordados nos tópicos anteriores, é necessário ter em mente que:

- a) a semântica do constitucionalismo transcende os limites estatais e se constitui em um problema global compartilhado por uma sociedade mundial de um sistema jurídico multicêntrico;
- b) a multiplicidade de descrições sociais jurídicas a partir de sua semântica própria faz emergir relações necessárias entre esses sistemas jurídicos, no desenvolvimento de uma rede complexa e multicêntrica de formas jurídicas, todas atuantes a partir de racionalidades parciais, que passam a utilizar da semântica do constitucionalismo essencialmente ligada aos direitos fundamentais, democracia e inclusão;
- c) o constitucionalismo, assim, se abre estrutural e discursivamente para relações de caráter normativo para outras formas jurídicas não estatais de modo a construir redes transversais de aprendizagem recíproca para a construção de soluções jurídica e socialmente adequadas;
- d) por outro lado, a governança global incorpora uma perspectiva técnica e fragmentária da sociedade global atual, o que possibilita a emergência tanto de regimes especializados, processos de autorregulação e maior interação entre tribunais, bem como modifica a dimensão judicial da governança global;
- e) são criados em matérias de direitos humanos espaços decisórios transnacionais que não se prestam exclusivamente ao Estado e exigem uma articulação heterárquica das ordens jurídicas de modo a compatibilizar tanto a noção de soberania quanto a proteção global de direitos humanos, em um verdadeiro arranjo transversal de governança em direitos humanos;
- f) dentro desse cenário, as normas globais surgem como um reflexo de padrões de comportamento tidos por adequados em um contexto

global e, assim, verdadeiros atores se utilizam da mobilização transversal do sistema jurídico global para forçar a conformidade dos agentes com capacidade decisória aos padrões de comportamento estabelecidos por elas;

- g) é possível perceber que a emergência de normas globais em direitos humanos se deu, em primeiro plano, no direito doméstico a partir das Constituições, já que, progressivamente, os direitos individuais se tornaram centrais nas Constituições locais, em decorrência das próprias pretensões do constitucionalismo, de modo que a comunicação entre o direito doméstico a partir dos empreendedores normativos e o direito internacional permitiu o crescente convencimento dos agentes com poder de decisão, razão pela qual o reflexo da luta local pelos direitos humanos foi exatamente consolidação e posterior internalização dos direitos humanos enquanto normas globais.

A partir dessas premissas, é possível abordar a proteção pluridimensional dos direitos humanos e sua relação com as normas globais, afinal, uma vez que os direitos humanos se enquadram enquanto problema constitucional comum, em decorrência da própria pretensão de inclusão que carregam, de modo que se veem em situações complexas nas quais são relevantes para uma pluralidade de ordens jurídicas, globais, regionais, nacionais e mesmo locais, em um verdadeiro sistema jurídico mundial de níveis múltiplos.

Nesse ponto, necessário ter em mente a definição de Neves (2009), para quem um sistema jurídico de níveis múltiplos significa precisamente uma pluralidade de ordens jurídicas que se relacionam discursivamente cujo entrelaçamento não significa que uma dessas ordens pode se apresentar como detentora da *ultima ratio* discursiva. É dizer, um sistema jurídico de níveis múltiplos, não deve haver a supremacia hierárquica de determinada ordem jurídica, mas sim uma articulação heterárquica em torno dos problemas que compartilham – uma verdadeira subversão normativa, já que a ordem jurídica deixa de ser a protagonista para o enfrentamento dos casos e sim os casos passam a ser os protagonistas em detrimento das ordens jurídicas.

Nesse cenário de um sistema jurídico de níveis múltiplos, como se inserem as normas globais na semântica jurídica? É que a definição de padrões de comportamentos apontada por Sikkink e Finnemore (2014) reflete um posicionamento sociológico das normas, o qual se volta para a capacidade de influência de determinada prescrição sobre o comportamento de indivíduos ou organizações. Essa definição de norma reflete, na discursividade jurídica, a ideia de norma ou regra primária de Herbert Hart (2009), como bem apontou Torelly (2016b). Fato é, no entanto, que para aquele autor, as normas ou regras primárias consubstanciam regras ou princípios que ditam padrões de comportamentos e o sistema jurídico seria, ao cabo, a união entre regras de natureza primária e regras de natureza secundária, estas que outorgam ao agente a possibilidade de modificar aquelas, intermediada pela regra geral de reconhecimento.

A distinção entre regra e princípio, no caso, se revelariam irrelevante sob a perspectiva do direito em Hart exatamente porque tanto a regra quanto o princípio compõem normas primárias e ambos possuem o grau de indeterminação inerente ao direito decorrente da textura aberta da linguagem. Não obstante, para Torelly (2016b) aponta que as normas globais podem se consubstanciar tanto enquanto regra quanto enquanto princípio, de modo que, conclui o autor, as normas globais possuem características diversas ao longo de todo o seu ciclo de vida, o que impacta o seu lugar na discursividade jurídica.

Assim, a partir da obra de Marcelo Neves, o Autor aponta que as regras seriam um produto da observação de primeira ordem da estrutura normativa e os princípios, um produto de uma observação de segunda ordem, de modo a não oferecer uma solução definitiva para um determinado problema, ambos em equilíbrio entre a adequação social e a consistência interna do direito (TORELLY, 2016b). Nesse sentido, propõe Torelly (2016b) que na fase de emergência da norma global, a mobilização política necessária ao seu nascimento traduz uma observação de segunda ordem que pode vir a conformar um princípio para questionar a adequação do direito. De outro modo, a fase de internalização da norma traduz sua conformação em regras aptas a estabilizar expectativas, de modo a buscar a consistência interna do direito (TORELLY, 2016b).

Aspectos dogmáticos a parte, de forma específica quanto aos direitos humanos, fato é que as condições para o surgimento dos direitos humanos se relacionam com a emergência de um “dissenso estrutural”, o qual engloba a heterogeneidade de expectativas, de modo que “os direitos humanos estão localizados na fronteira do sistema jurídico, vinculando-o a uma moral da inclusão e do dissenso, que circula com relevância no âmbito da sociedade mundial do presente, em concorrência com outros modelos morais” (NEVES, 2009, p. 255).

Nesse ponto, como já afirmado anteriormente, os direitos humanos se relacionam intimamente com a ideia de direitos fundamentais no constitucionalismo, de modo que encontram sua raiz no Estado para a partir dele por seus “empreendedores normativos” passarem para o âmbito global como pretensão universal de inclusão dos indivíduos no sistema jurídico.

Assim, os direitos humanos deixam de ser uma semântica utilizada apenas nos Estados constitucionais para perpassar diversas ordens jurídicas no já descrito sistema jurídico de níveis múltiplos, razão pela qual os direitos humanos se tornam uma questão central do próprio transconstitucionalismo, afinal, cortam transversalmente as diversas ordens jurídicas e apresentam interlocução com outros sistemas sociais estruturalmente acoplados ao direito.

A questão relativa a esse corte transversal, por sua vez, pode ser destacada em dois modelos distintos propostos por Torelly (2016b): (i) o transconstitucionalismo reflexivo ocorre quando os agentes encarregados da tomada de decisão entram em um diálogo transnacional de natureza constitucional; (ii) o transconstitucionalismo normativo ocorre quando um determinado ordenamento jurídico se abre estruturalmente para o direito internacional, de modo a deslocar parte de sua capacidade decisória.

O transconstitucionalismo reflexivo, por um lado, descreve uma tendência já observada anteriormente de incorporação discursiva por agentes com capacidade decisória do direito para além do doméstico. Se Neves (2009) descreve uma série de exemplos em que o direito estrangeiro ou internacional é incorporado localmente por diversas cortes locais, regionais ou de característica privada, fato é que Benvenisti (2008) reconhece, com precisão, que o uso por cortes locais em contextos de democracias constitucionais do direito estrangeiro e o direito internacional tornou-se

um instrumento efetivo para o empoderamento de processos democráticos por blindá-los de pressões econômicas, políticas e jurídicas externas, é dizer, a democracia nos Estados-nacionais é salvaguardada por processos judiciais nos quais o direito estrangeiro emerge enquanto forma de proteção das cortes locais de pressões externas – ainda que o autor não chame, evidentemente, esses processos de transconstitucionais.

A abertura estrutural que caracteriza o transconstitucionalismo normativo, por outro lado, é extremamente destacado em determinados Estados em razão de vir no bojo dos próprios textos normativos a incorporação do direito regional ou internacional. O caso brasileiro (objeto desta proposta de pesquisa) é bem ilustrativo dessa abertura estrutural, afinal, consta de seu próprio texto constitucional um rol aberto de direitos fundamentais¹³ e a previsão da incorporação de tratados internacionais em direitos humanos com nível hierárquico-normativo de emenda à Constituição¹⁴. Além disso, o próprio texto constitucional brasileiro mimetiza, em certa medida, direitos consagrados em textos normativos internacionais de direitos humanos, tais como a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e o Pacto de San José da Costa Rica (CADH) de 1969. Trata-se, em verdade, da forma mais evidente de incorporação ou coincidência de normativas internacionais no direito local brasileiro, algo que reflete na própria legislação local.

Não obstante, por mais que seja fundamental a incorporação textual das normas globais em direitos humanos, talvez essa seja a forma mais elementar e menos efetiva. Esse fato se dá em razão de o texto legislativo ser dotado de uma função normativa, evidentemente, e simbólica, a qual denota um enfraquecimento do texto legislativo em seu aspecto normativo em favor apenas de uma existência simbólica, sem efetividade (NEVES, 2005).

As normas globais de direitos humanos, por conseguinte, atuam como ponto de partida hermenêutico para um determinado caso que transcende as

¹³ Art. 5º [...] § 2º 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. (BRASIL, 1988)

¹⁴ [...] § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (BRASIL, 1988)

fronteiras do Estado. É esse ponto de partida hermenêutico porque busca criar padrões mínimos de inclusão global, com pretensão universal e aplicação a, em tese, todos os casos que se utilizam da semântica dos direitos humanos. Situam-se as normas globais, portanto, no centro do sistema de proteção pluridimensional dos direitos humanos para, a partir do problema constitucional comum, estabelecer as bases de um mínimo legal observável por todos a nível global.

Nesse sentido, as normas globais de direitos humanos possibilitam um ambiente propício para a comunicação transversal pela semântica dos direitos humanos a partir da inserção global de padrões mínimos de inclusão a serem observados por todos os agentes. São, por conseguinte, um fator para a formação da proteção pluridimensional dos direitos humanos ao mesmo tempo em que se deixam influenciar por esse cenário de ordens jurídicas de níveis múltiplos.

A introdução normativa das audiências de custódia no Brasil é ilustrativa do cenário aqui descrito, ainda que tal introdução tenha ocorrido tardiamente. A prática processual das audiências de custódia tem fundamento em dois tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, o PIDCP e a CADH, os quais determinam expressamente:

ARTIGO 9.3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença. (BRASIL, 1992a)

Artigo 7. Direito à liberdade pessoal. 5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. (BRASIL, 1992b)

Evidente, por sua vez, que o Brasil adota essa prática tardiamente, já que, conforme será melhor delimitado no terceiro capítulo desta dissertação, a audiência de custódia foi introduzida no país apenas no ano de 2015, não obstante os tratados internacionais que oferecem arrimo para a introdução desse ato processual terem sido

introduzidos no país ainda no ano de 1992. Fato é, todavia, que essa prática encontra atos idênticos praticados em diversos países, tal como Espanha, Portugal, Itália e Chile (ÁVILA, 2016).

A elevação a direito humano o direito de todo acusado a se apresentar perante uma autoridade judiciária em prazo razoável faz com que se crie uma convergência legal sobre o tema, de modo que os Estados busquem, progressivamente, a sua adequação a essa norma global. O reconhecimento de um direito em um tratado internacional, assim, atrai as ordens estatais então hostis a esse direito para que o apliquem, ou busquem se conformar a ele.

Essa busca por conformidade, todavia, não significa que a introdução desses direitos no panorama normativo local não venha acompanhada de conflitos legais, mormente conflitos que trazem a política para os Tribunais. O julgamento da ADI 5240 e da ADPF 347 ilustram, com precisão esse conflito. Em ambos os casos, naquele principalmente, o STF foi chamado a abrir um diálogo com o direito internacional em busca da construção de uma resposta transversal, apta a atender as expectativas de ambos os sistemas jurídicos postos em comunicação.

Diante desse cenário, é possível verificar dois pontos fundamentais para a demonstração da influência das normas globais sobre o sistema pluridimensional dos direitos humanos, de modo que são aspectos que se relacionam e são dependentes. O primeiro deles, o fato de os direitos humanos consubstanciarem-se efetivamente em problema global a ponto de atrair para si a incidência de mais de uma ordem jurídica para a resolução de um determinado problema.

O segundo ponto, por sua vez, é o fato de conflitos ocasionados em decorrência da violação de direitos humanos apenas serem possíveis de ser solucionados a partir de uma comunicação transversal entre as ordens jurídicas envolvidas, de modo que uma não negue ou diminua a outra, em detrimento dos direitos humanos. Esse diálogo transversal, por sua vez, é muito pautado e, em certa medida, dependente da própria norma global incidente sobre o caso, a qual forçará o estabelecimento desta racionalidade transversal para que o Estado infrator, no caso, se conforme à norma estabelecida para respeito dos direitos humanos.

Ao fim, o cenário que se desenha é que as normas globais de direitos humanos se tornam um fator fundamental para a formação da proteção

pluridimensional desses direitos, na medida em que, conforme analisado, buscam levar os entes a elas submetidas a sua conformidade, desafiando a soberania estatal, por meio da promoção de um diálogo transversal entre ordens jurídicas em um sistema jurídico de níveis múltiplos.

2 INTEGRAÇÃO DEMOCRÁTICA, CIDADANIA CONSTITUCIONAL E DIREITOS HUMANOS

Este capítulo parte do seguinte ponto: o fato de as normas globais de direitos humanos serem o pivô a possibilitar o desenvolvimento de uma racionalidade transversal em direitos humanos a partir da circulação de sua semântica sob a perspectiva global pelo estabelecimento de padrões mínimos de observância de direitos humanos. Desse ponto, o capítulo discutirá a integração normativa e social a partir da cidadania para demonstrar de que forma os direitos humanos causam um impacto significativo na inclusão dos indivíduos no Estado.

É fato, nesse cenário, que houve uma grande mudança na forma como a democracia constitucional se desenvolveu a partir do ano de 1945, uma vez que desse período em diante a tendência dos Estados democráticos era de uma progressiva desmilitarização, desenvolvimento do estado de bem-estar social, mais importante, a integração a sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos e a assinatura de numerosos tratados internacionais desses direitos.

Esse fator, logo, gerou uma mudança na forma como a cidadania se desenvolvia até então. Se a condição de cidadão era localmente determinada, a inclusão de indivíduos no Estado a partir dos direitos humanos fez com que a cidadania não fosse apenas determinada por uma noção de inclusão social local, mas determinada também por processos jurídicos de integração globais, o que leva a um incremento na integração social e maior estabilidade institucional.

Os direitos humanos globalmente considerados, no entanto, são introduzidos localmente por diversas formas, o que retoma o ponto já estruturado anterior relativo ao transconstitucionalismo reflexivo e ao transconstitucionalismo normativo, ambos aspectos aptos e gerar um fluxo de comunicação constitucional suficiente para a construção de uma racionalidade transversal em direitos humanos. Dentre essas formas de introdução jurídica, algo que se destaca é a teoria do controle jurisdicional de convencionalidade das leis, uma técnica dogmática para aferição da validade de leis locais em relação a tratados internacionais, posto que se coloca como uma decorrência lógica da introdução de padrões mínimos de inclusão normativa pelos tratados internacionais, ao menos do ponto de vista brasileiro.

O cotejo analítico entre as normas globais de direitos humanos e o direito local tem, logo, o condão de possibilitar a introdução daquelas para conformar o direito brasileiro a esses padrões mínimos de inclusão. O reconhecimento, nesse contexto, de um direito a todo acusado de se apresentar perante uma autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas para que se avalie a legalidade de sua prisão é uma decorrência desse sistema de inclusão social – esse direito não se encontrava previsto no direito infraconstitucional brasileiro, mas tem seu fundamento de validade na CADH e no PIDCP.

Nesse sentido, este capítulo descrever as formas de integração dos indivíduos à democracia por meio da figura do cidadão, ou seja, descrever de que modo o indivíduo se insere nos sistemas democráticos sob o ponto de vista jurídico e político pela cidadania. Nesse contexto, é pela cidadania que se legitima o Estado democrático e se estabiliza o sistema jurídico e o sistema político independentemente da violência (o que constitui a forma de mobilização jurídico-política primária). Ocorre, por conseguinte, uma mudança nas formas de estabilização jurídico-política na democracia de modo a distanciar a cidadania da violência pela colocação do indivíduo enquanto sujeito de direito e sujeito parte na produção do Direito (aspecto normativo e funcional da cidadania, respectivamente).

Diante desse cenário, o capítulo pretende explorar, ainda, a razão pela qual a emergência de um sistema pluridimensional de direitos humanos se torna essencial para a democracia, na medida em que é um fator determinante para a projeção do aspecto normativo da cidadania. Esse sistema pluridimensional de direitos humanos se projeta no direito local brasileiro a partir do fluxo de comunicação internacional para o sistema jurídico interno, fluxo esse cuja principal fonte de circulação é o controle jurisdicional de convencionalidade, uma técnica dogmática que gera o ônus aos agentes judiciais brasileiros de observar o direito internacional dos direitos humanos para avaliar a validade das leis locais, o que será também abordado ao final do capítulo.

Como primeiro passo, portanto, o próximo tópico se preocupará com as funções da cidadania em uma democracia constitucional – o ponto de partida sociológico para compreender o impacto social do direito internacional dos direitos humanos sobre o Estado Democrático de Direito.

2.1 Cidadania enquanto integração: sua dupla função

O debate sobre integração democrática e inclusão no Estado Democrático possui como núcleo fundante o cidadão. Se a democracia pode ser visualizada como um regime no qual o cidadão é o centro do sistema político na medida em que confere legitimidade para o exercício do poder, assim, as ideias de cidadão, indivíduo e povo constituem o núcleo do Estado Democrático de Direito.

O cidadão enquanto núcleo desse Estado, no entanto, é apenas possível em regimes políticos que operam a partir da racionalidade democrática – o que significa dizer que as relações desenvolvidas sob o Estado, no exercício do poder político, não necessariamente serão relações democráticas, mas podem consubstanciar uma relação de exploração quando o indivíduo não se insere no sistema político e jurídico como cidadão, colocando-se à margem deste sistema.

A figura do cidadão, por conseguinte, é núcleo fundante da ideia de democracia, uma vez que é a partir do cidadão que o sistema político busca retirar a sua legitimidade. Sob essa perspectiva, o sistema político democrático, em sua gênese, emprega o vocábulo “povo” como expressão da legitimidade democrática.

Müller (2003) apresenta essa questão, o “povo”, como a fundamental para a democracia. Em sua obra, o autor busca compreender o significado desse vocábulo “povo” nas democracias contemporâneas, analisando-o a partir de um ponto de vista multifacetado. O primeiro aspecto do conceito de povo apresentado é chamado pelo autor de povo-ativo, o qual pode ser conceituado como os possuidores de capacidade ativa em um sistema eleitoral, confundindo-se, dessa forma, com eleitores (MÜLLER, 2003).

O segundo aspecto analisado pelo autor é o povo enquanto instância global de atribuição de legitimidade. Assim, para além do povo enquanto fonte ativa das normas jurídicas, o povo é também destinatário dessas mesmas prescrições concebidas democraticamente, criando-se um ciclo de determinação democrática que concebe o povo enquanto legitimadores do estado de direito (MÜLLER, 2003). O terceiro aspecto abordado pelo autor é o povo-ícone, o que legitima o monopólio do poder-violência pelo Estado. O povo, nesse contexto, constitui o poder estatal,

conferindo-lhe legitimidade para que possa utilizar de seu poder-violência contra si (MÜLLER, 2003).

O quarto aspecto estudado pelo autor é o povo enquanto destinatário das prestações civilizatórias do Estado. Nesse contexto, a legitimidade da democracia surgiria na medida em que se crie uma ordem procedimental para exercício do poder na qual o máximo de pessoas possa participar e que as minorias encontrem-se asseguradas (MÜLLER, 2003).

No entanto, em cada um desses conceitos, o autor demonstra a restrição a ele inerentes, uma vez que, necessariamente, a definição de povo parece apresentar uma restrição daquele que pode ser parte e daquele que não o é:

O povo icônico refere-se a ninguém no âmbito do discurso de legitimação. [...] O povo como instância de atribuição está restrito aos titulares da nacionalidade, de forma mais ou menos clara nos textos constitucionais; o povo ativo está definido ainda mais estreitamente pelo direito positivo [...]. Por fim, ninguém está legitimamente excluído do povo-destinatário; também não e.g. os menores, os doentes mentais ou as pessoas que perdem – temporariamente – os direitos civis. [...] O “government by the people” deveria, em conformidade com a ideia fundamental da democracia, abranger na medida do possível todos os adultos capazes; no entanto, não é a prática usual, sendo que a restrição aos cidadãos eleitores exige maior intensidade de fundamentação do que se costuma mobilizar. (MÜLLER, 2003)

Por conseguinte, vê-se que o próprio conceito de povo na democracia é excludente em seus mais diversos significados. Nesse ponto, sob uma perspectiva política, a ideia fundamental da democracia, a própria noção de povo, está fundada em conceitos excludentes. A cidadania, expressão jurídica do povo ativo e do povo enquanto destinatário das prestações civilizatórias, revela, no sistema jurídico e político, paradoxos da própria democracia que, em certa medida, se traduzem, também, na confusão quanto a sua real função – para além da legitimação global dos sistemas sociais mencionados.

É que a democracia não significou, historicamente, um aumento na inclusão social, sendo reflexo, também, de tendências centralizadoras anteriores às próprias revoluções constitucionais – ou seja, a democracia é fruto de um processo de institucionalização do indivíduo e sua inserção no Estado para além da figura do súdito. Nesse ponto, é importante observar que a democracia se baseia não no indivíduo para ter sua legitimidade garantida (como se faz pensar a partir da teoria

política clássica), mas se baseia em um “povo ausente” criado a partir da própria construção político-jurídica dos indivíduos (THORNHILL, 2018).

Portanto, é possível notar duas tendências paradoxais da democracia em sua forma elementar. A primeira delas, o fato de a democracia se fundamentar, do ponto de vista filosófico, em uma ideia subjetiva de sujeito de direitos que não se confirma na práxis constitucional, ou seja, a democracia se distancia das estruturas sociais nas quais se insere para afirmar um sujeito de direitos que não se encontra estruturalmente integrado aos sistemas sociais.

A segunda delas, o fato de a democracia se basear em uma ideia de “povo ausente” (enquanto instância global de atribuição de legitimidade), ou seja, em uma construção do povo filtrada pelo sistema político (THORNHILL, 2018). Nesse ponto, retoma-se a ideia de exclusão que carrega a própria noção de cidadão – o cidadão é uma construção política e jurídica no âmbito do Estado.

Essa construção jurídico-política, para além dos usos paradoxais do vocábulo, assume uma função nos sistemas sociais, que não se limita a ser uma instância de legitimação global. Longe disso, a cidadania age como uma forma jurídica e política de integrar o indivíduo aos sistemas sociais.

Se é possível pensar a democracia enquanto uma condição marcada pela produção constante de consentimento a partir do fluxo de comunicação normativo articulado a partir dos direitos dos cidadãos entre os indivíduos e os órgãos de produção legal (THORNHILL, 2018), é fato que a delimitação de quem é o povo (aspecto essencialmente político), quem é o cidadão (aspecto essencialmente político) tem implicações evidentes na definição dos indivíduos que se verão integrados ao sistema político e jurídico ou não.

A noção de cidadania, como visto, é fundamental para a democracia na medida em que estabelece os limites de inclusão e exclusão no sistema jurídico e político. A legitimidade dos sistemas sociais, dentro desse cenário, se relaciona, portanto, com a inclusão promovida a partir da cidadania, de forma que quanto mais indivíduos são implicados no direito, maior a legitimidade do exercício do poder político.

Nesse contexto, retoma-se o primeiro capítulo, a emergência de normas globais em direitos humanos está intimamente relacionada com um alargamento da

noção de cidadania, uma vez que essa passa a ser influenciada pelas pretensões normativas de inclusão dos direitos humanos e, assim, globalmente determinada pela conversa constitucional entre diversos ordenamentos jurídicos. É dizer, a noção de cidadania constitucional deixa de ser um privilégio, uma exclusividade do Estado-nação, uma vez que seu conteúdo e suas funções passam a ser transnacionalmente determinadas.

Dentro desse cenário, a noção de legitimidade democrática torna-se consequência importante da noção de cidadania em uma democracia constitucional precisamente por ser um fator que tanto possibilita a integração funcional do indivíduo ao Estado quanto possibilita uma implicação dos indivíduos na produção política do Direito.

Nesse sentido, a Constituição é artefato fundamental a permitir a caracterização no aspecto funcional e legitimador do Direito pela política. Diz-se isso porque a Constituição do Estado constitucional instala-se, a partir das premissas do constitucionalismo, como uma instância de relação recíproca e duradoura de aprendizado e intercâmbio de experiências com as racionalidades parciais processadas no direito e na política, apta a desenvolver-se como uma racionalidade transversal específica (NEVES, 2009).

Assim, a Constituição é o mecanismo que permite a diferenciação funcional no âmbito dos Estados, funcionando como acoplamento estrutural entre o direito e a política, de modo que o processo democrático de decisão política passa a constituir variável estrutural da reprodução dos procedimentos jurídicos de absorção de complexidades para atendimento de expectativas normativas, de modo que ocorre uma “legitimação política (democrática) do direito e uma legitimação jurídica (*rule of law*) da política” (NEVES, 2009, p. 57).

Portanto, a consequência da Constituição é a possibilidade de uma legitimação democrática do exercício do poder pelo Direito. Nesse sentido, em um contexto de constitucionalismo democrático, a democracia, racionalidade em que opera a política e que determina o direito, desenvolve-se em torno do pressuposto de que o exercício do poder político se torna legítimo na medida em que institucionaliza os procedimentos da produção da comunicação jurídica para representação isonômica da população submetida a esse poder regulado (THORNHILL, 2021).

É importante observar, conseguintemente, que o conceito de cidadania do ponto de vista constitucional é fundante da própria noção de legitimidade no exercício do poder e produção do direito – afinal, se a política nos Estados de democracia constitucional opera pela racionalidade democrática, a ideia de quem é ou não é cidadão em um Estado democrático é, em última análise, a conclusão constitucional sobre quem pode e quem não pode ser integrado estruturalmente nos sistemas sociais do direito e da política. É por essa razão que Thornhill (2021) afirma que os sistemas políticos democráticos são considerados legítimos na medida em que dão expressão à soberania popular, que por sua vez se manifesta jurídica e politicamente pela participação de seus cidadãos.

Nesse contexto, em uma democracia constitucional, a cidadania parece possuir duas funções básicas: integrar o indivíduo ao Estado, a partir do estabelecimento de relações entre esse indivíduo e a coletividade estatal, e ser o caminho legitimador do próprio exercício do poder estatal, já que implica o alvo da produção da comunicação jurídica (o indivíduo) no processo para produção de normas.

A construção da cidadania constitucional coincide, assim, com a pressão para diferenciação funcional da qual resultou a Constituição e, além disso, apresenta uma correlação com a crescente individualização da sociedade. É dizer, a figura do cidadão é a expressão constitucional da diferenciação funcional e a crescente individualização da sociedade (THORNHILL, 2018). Nesse ponto, conforme convicções ortodoxas sobre o conceito, a cidadania passou a ser definida como uma condição na qual esperava-se que os indivíduos considerassem seus governos como legítimos na medida em que participassem da criação das normas do sistema político como um todo e das leis relacionadas à vida cotidiana (THORNHILL, 2021).

Evidente, porém, que a cidadania não possui esse aspecto legitimador como central em sua concepção, não obstante a insistência política de se buscar a legitimidade do exercício do poder político nesse fato: a criação das normas do sistema político pelos cidadãos. No entanto, fato é que a construção dos indivíduos como sujeitos de direito ao longo do século 18 teve como objetivo redirecionar as obrigações legais do âmbito da aristocracia para o âmbito do estado, de modo a garantir que a relação entre sujeito e Estado fosse o núcleo das obrigações legais

(THORNHILL, 2021), ou seja, a democracia possui uma função integradora do indivíduo para a sociedade – é o que leva o ser humano, em um ambiente político, se conectar à coletividade sob a perspectiva estatal. Sobre esse aspecto, é possível afirmar:

De fato, as entidades estatais se constituíram através de um processo no qual os governos nacionais isolaram os indivíduos das corporações intermediárias a que estavam submetidos e, especialmente em questões jurídicas, militares e tributárias, trouxeram esses indivíduos para uma relação com suas próprias instituições e órgãos. [...] a construção dos estados soberanos modernos apoiou se, necessariamente, na capacidade de seus atores internos de suplantarem as organizações tradicionais e familiares para vincular sua autoridade às personalidades jurídicas individuais (cidadãos), cuja individualização jurídica e reconhecimento como sujeitos de direito eram constantemente reforçados pelos atores estatais como um pré-requisito de seu poder soberano. (THORNHILL, 2021, p. 47)

Por conseguinte, a cidadania possui uma função essencialmente integradora do indivíduo aos sistemas sociais político e jurídico. Sob essa perspectiva, Thornhill identifica três elementos constitucionais para legitimidade dos sistemas sociais e proteção constitucional aos indivíduos, ligados essencialmente à integração e diferenciação funcional entre direito e política (2022).

Segundo o autor, portanto, as constituições reconhecem os cidadãos enquanto (i) sujeitos de direito, na medida em que estabelecem garantias legais ligadas à isonomia; (ii) sujeitos políticos, já que permitem aos indivíduos participarem dos processos eleitorais, votarem e serem votados; e (iii) sujeitos sociais, já que garantem aos indivíduos alguns direitos sociais essencialmente ligados à noção de bem estar social (THORNHILL, 2022).

Nesse ponto, a legitimidade, assim, é conferida ao exercício do poder estatal a partir da definição do governo enquanto garantidor de direitos mínimos aos indivíduos, de modo a aproximar esses indivíduos a seus governos a partir da institucionalização, criando assim uma ideia de legitimidade governamental associada à ideia de deveres com o próprio Estado (THORNHILL, 2022).

Dentro desse cenário, portanto, é possível afirmar que a cidadania possui dois aspectos fundamentais ligados à ideia de legitimidade democrática e ao reconhecimento de indivíduos enquanto cidadão, o que já foi exposto acima: a cidadania tem uma função normativa e uma função institucional ou funcional de integração.

A função normativa da cidadania se relaciona com a capacidade de fortalecimento do indivíduo por sua elevação institucional à categoria de cidadão. Assim, a cidadania se torna uma forma subjetiva que implica os indivíduos na produção do direito a partir do estabelecimento de um vínculo normativo entre os indivíduos e o Estado ao qual estão submetidos, de modo que o cidadão político cria uma linha de integração normativa em torno do Estado para submeter os indivíduos progressivamente à ordem jurídica estatal (THORNHILL, 2021).

A função institucional ou de integração da cidadania, por sua vez, está ligada à ideia de sujeito social titular de direitos subjetivos em face do Estado. Nesse ponto, a cidadania estabelece um vínculo institucional entre os indivíduos e o Estado no qual o este se coloca como prestador social daquele para que aquele se insira progressivamente nos sistemas de integração social de forma direta com o Estado. Assim, o aspecto institucional da cidadania se liga diretamente à dissolução das formas primárias de vínculo institucional do indivíduo com instituições sociais (como, durante a idade média, as corporações de ofício) para que o cidadão seja institucionalmente integrado ao Estado (THORNHILL, 2021).

É dentro desse cenário que se fala em um duplo processo de integração institucional: normativo (ligado ao sujeito de direito e ao sujeito político) e institucional (ligado ao sujeito social). Por conseguinte:

A Evolução da realidade social da democracia foi determinada por realidades estruturais, na qual o cidadão democrático apareceu tardiamente, e nas quais a figura do cidadão soberano foi a base para criar condições de integração que se desenvolveram primeiramente sem uma vontade popular ou seleção normativa. De um modo geral, a democracia pode ser observada como um sistema de governança com duas dimensões. A democracia existe como um sistema de integração institucional, servindo à incorporação material da sociedade na esfera da autoridade governamental. A democracia existe como um sistema de integração normativa, que define as premissas de legitimação para a tradução das obrigações humanas em relações jurídicas compartilhadas. (THORNHILL, 2021, p. 61)

A ideia de integração a partir da cidadania também está presente em Neves (NEVES, 2018), a partir da ideia de inclusão/exclusão na modernidade periférica, especialmente no que concerne à inclusão e integração de indivíduos nos sistemas jurídico e político a partir da Constituição, oportunidade em que sublinha, em contextos periféricos, a possibilidade de formação de indivíduos subintegrados aos sistemas sociais diante da corrupção sistêmica dos sistemas jurídico e político.

De todo modo, a ideia de inclusão a partir da cidadania se refere, essencialmente, à integração dos indivíduos aos sistemas sociais jurídico e político, o que, até o ano de 1945, esteve ligado essencialmente à militarização da sociedade como forma de integração funcional do indivíduo ao Estado.

Dentro desse cenário, o próximo tópico buscará identificar de que forma os direitos humanos se relacionam com o aspecto normativo da cidadania, tendo em vista a mudança ocorrida após 1945 no que concerne às formas de integração do indivíduo ao Estado.

2.2 O aspecto normativo da cidadania e a inclusão democrática a partir dos direitos humanos

A mudança no aspecto normativo da cidadania sob a perspectiva da inclusão levada a cabo pela criação de direitos humanos a nível internacional é fruto de um longo processo para democratização dos Estados nacionais. É que, não obstante a identificação pelas Revoluções Constitucionais do século XVIII de valores democráticos, a democracia constitucional, enquanto racionalidade do sistema político, foi progressivamente construída em torno de duas facetas fundamentais: a Constituição verdadeiramente democrática é consequência de, em suma, um documento legal que aloca poderes dentro do estado, que protege certos direitos dos cidadãos e que – necessariamente – garante algum grau de representação popular (THORNHILL, 2022), representação essa a partir de eleições livres e periódicas e por formas diretas de participação popular.

A evolução do sistema político democrático, no entanto, não se deu de forma linear e disruptiva, mas carregou consigo diversos paradoxos ligados à própria função da democracia e sua ligação com o militarismo, o que, de todo modo, também possibilitou o desenvolvimento de uma democracia não militarizada relacionada com os direitos humanos internacionalmente estabelecidos.

Dentro desse cenário, Thornhill (2022) identifica cinco ondas de constitucionalização de Estados rumo à democracia: a primeira, nas revoluções do século XVIII e início do século XIX; a segunda, nas revoluções burguesas de 1848; a terceira, após a Primeira Guerra Mundial, inaugurada com a Constituição mexicana

de 1917; a quarta, após a Segunda Guerra Mundial, em 1945; e a quinta, em meados de 1983, com o fim da ditadura militar na Argentina.

Ocorre que as três primeiras ondas de produção constitucional se ligaram intimamente à guerra. Afinal, “foi a guerra que criou o momento para consolidação do direito constitucional”¹⁵ (THORNHILL, 2022, p. 346).

Sobre as três primeiras ondas de produção de constituições, o que não é objeto de análise desta dissertação, necessário ter em mente que se consolidou, após as revoluções do final do século XVIII e início do século XIX, a guerra e, por consequência, as instituições militares como meios principais de integração social dos indivíduos. Assim, a partir dos aspectos já analisados no tópico anterior, é o estado de guerra e as instituições militares que são fonte de pressão social para a codificação do direito e reconhecimento do indivíduo enquanto sujeito de direito, o que teve como consequência a centralização institucional dos Estados para que o soberano se revestisse de clara autoridade e pudesse (i) impor um regime fiscal de maior arrecadação para a guerra e (ii) impor a circunscrição obrigatória dos seus cidadãos (THORNHILL, 2022).

Se sob o aspecto do reconhecimento do indivíduo enquanto sujeito de direito as três primeiras ondas de produção de constituições permitiram a centralização institucional e a colocação de instituições militares como meio para integração institucional, da mesma forma, a concepção do indivíduo enquanto sujeito político se liga intimamente à guerra. Nesse sentido, as constituições militares das três primeiras ondas são frutos, normalmente, de guerras na qual um grupo social dominante consegue se impor constitucionalmente na tentativa de desenvolver um ambiente após a própria guerra, o que é explicitado pela criação de direitos políticos para os indivíduos, agora cidadãos, para que se inserissem nas instituições militares e para que pudessem dar legitimidade às constituições dos diversos pós-guerras (THORNHILL, 2022).

Esse mesmo raciocínio se relaciona à identificação do indivíduo enquanto sujeito social, a partir do desenvolvimento do Estado de bem-estar social (*Welfare State*). Afinal, a integração dos indivíduos em instituições militares respondia, também,

¹⁵ Tradução livre de: “it was warfare that created the momentum for the consolidation of constitutional law”.

a uma pressão política para fornecimento pelo Estado de prestações positivas, aos poucos consubstanciadas em direitos. Nesse ponto, “os direitos sociais oferecidos pelos exércitos foram legalmente internalizados nos sistemas administrativos mais amplos dos estados nacionais, e os estados lentamente começaram a incluir direitos assistenciais nos catálogos de direitos que ofereciam a seus cidadãos” (THORNHILL, 2022, p. 351–352).

O desenvolvimento da democracia em paralelo ao desenvolvimento das instituições militares se relaciona intrinsecamente com o próprio paradoxo fundamental da democracia constitucional e seu desenvolvimento enquanto racionalidade do sistema político. É que a democracia não é um *governo do povo para o povo*, mas sim é produzida por um processo de integração subjetiva e progressiva institucionalização dos indivíduos na figura do cidadão, decorrente da própria diferenciação funcional. Nesse sentido, a principal consequência dessa diferenciação funcional nos campos da política e do direito é a busca pela preservação de direitos dos cidadãos, a fim de integrá-los jurídica e politicamente. A democracia, portanto, não é uma condição política, mas sim uma racionalidade que opera um contínuo processo de integração dos indivíduos à política e ao direito (THORNHILL, 2018).

Se entre os séculos XVIII e XX, a principal fonte de integração normativa e institucional do indivíduo era por instituições militares, nos séculos XX e XXI, tanto a integração normativa quanto a integração institucional sofrem grandes mudanças a partir tanto da introdução global de direitos humanos tanto da proliferação do próprio *Welfare State*.

Nesse sentido, após o ano de 1945, a constitucionalização progressiva de diversos países foi acompanhada pelo fortalecimento de sistemas de bem estar social, de modo que a dimensão social dos indivíduos se expandiu exponencialmente, especialmente considerando que os direitos sociais então concebidos e fortalecidos, criados para os cidadãos, consolidaram-se por meios institucionais que os separou das origens militares (THORNHILL, 2022). O aspecto social do reconhecimento do indivíduo enquanto cidadão, por sua vez, se relaciona com a dimensão institucional da democracia, já que significa uma progressiva integração social do indivíduo ao próprio Estado a partir da prestação positiva deste em relação àquele.

Ainda, após o ano de 1945, os direitos humanos progressivamente se consolidaram, também, como forma para a criação de um mínimo legal para reconhecimento do indivíduo enquanto sujeito de direito, o que, por sua vez, se relaciona diretamente com o aspecto normativo da cidadania.

Esse aspecto da cidadania e sua relação com os direitos humanos fica mais evidente a partir da quinta onda de criação de constituições. Nessa onda, notadamente marcada por constituições pacificadoras a partir do fim de regimes tipicamente militares (tal como a Constituição brasileira de 1988), os direitos humanos globalmente estabelecidos tiveram o condão de liderar a inclusão democrática pela internalização de padrões internacionais de reconhecimento de direitos (o que foi examinado a partir da lógica das normas globais no capítulo anterior). Nesse ponto:

O papel do direito internacional dos direitos humanos como um sistema normativo para orientar a transição democrática é de grande importância quanto a este respeito. Na maioria das transições constitucionais ocorridas na década de 1980 e após, mesmo as facções sociopolíticas mais radicalmente opostas conseguiram chegar a um acordo sobre princípios normativos, geralmente estabelecidos na arena internacional e intimamente ligados às convenções internacionais de direitos humanos, que protegem os processos de transição de militarização descontrolada. (THORNHILL, 2022, p. 360)¹⁶

Um grande exemplo dessa orientação em torno da transição democrática pode ser identificado na Colômbia, uma vez que a Constituição colombiana criou o espaço legal para a superação de desigualdades estruturais quanto ao acesso ao sistema jurídico a partir do reconhecimento jurídico do direito internacional dos direitos humanos e a colocação do direito constitucional como o meio para efetivação da inclusão social (THORNHILL; CALABRIA, 2020).

Não obstante, uma crítica apontada também por Chris Thornhill (2022) para a forma de integração normativa a partir dos direitos humanos é o fato de faltarem a essas constituições um consenso estruturante social para apoiar a transição democrática. Pelo contrário, a liderança normativa da transição democrática seria

¹⁶ Tradução livre de: "The role of international human rights law as a normative system for steering democratic transition can be assigned great importance in this regard. In most constitutional transitions taking place in and after the 1980s, even the most radically opposed socio-political factions were able to agree on normative principles, usually set out in the international arena and closely attached to international human rights conventions, which protected transitional processes from uncontrolled militarization."

coincidente e consequência de padrões internacionais de inclusão e não propriamente de um consenso social que reduzisse os conflitos entre grupos sociais. Assim, para Thornhill (2022), em alguns casos contemporâneos de ataque à democracia constitucional, é possível atribuir a crise da democracia em uma mudança do foco para integração do indivíduo à sociedade do Estado de bem-estar social e dos direitos humanos globalmente determinados para estruturas militares.

De toda forma, fato é que os direitos humanos globalmente considerados servem a um propósito integrador do indivíduo aos sistemas sociais. É de se destacar, portanto, que os direitos humanos significam, efetivamente, expectativas normativas de inclusão jurídica dos indivíduos na sociedade, de modo a permitir o acesso universal ao sistema jurídico, razão pela qual é possível afirmar que se os indivíduos não estão incluídos no sistema jurídico (enquanto sistema social), a diferenciação funcional da sociedade estará prejudicada (NEVES, 2009). Significa dizer, a coesão social promovida pela integração a partir dos sistemas sociais diferenciados estará prejudicada pela falta de integração normativa dos indivíduos, integração essa que ganha expressão a partir dos direitos humanos.

Deve-se frisar, por sua vez, que os direitos humanos globalmente considerados expandem sua semântica para toda a sociedade mundial, de forma que, em uma democracia constitucional, esses direitos ditam também a política e determinam o próprio sistema jurídica em torno de uma maior inclusão social, o que perpassa necessariamente pelo reconhecimento dos indivíduos enquanto sujeitos de direito.

Se a democracia, portanto, tem sua origem no conflito social ocasionado pela militarização de diversos grupos social, como já afirmado, uma das fontes para a estabilização do sistema constitucional democrático pode ser encontrada na ordem normativa, na dissociação entre cidadão e soldado para que aquele seja detentor de direitos apenas pelo fato de deter a condição de ser humano. O cidadão, assim, coloca-se como um titular de direitos individuais, cuja integração no sistema político não pressupunha a mobilização social característica da militarização, de modo que a construção da legitimidade do Estado passa, também, pela qualidade do cidadão de sujeito de direito, direitos esses baseados, em grande medida, em normas internacionais.

É dentro desse cenário que se pode afirmar que os tratados internacionais de direitos humanos foram capazes de criar um conceito de cidadão abrangente (que dependia do reconhecimento do indivíduo em sua condição de humanos) para possibilitar a integração normativa dos indivíduos ao sistema jurídico. A concepção de cidadão, nesse ponto, “na sociedade global que promoveu a integração nacional, enfraquecendo a ligação entre a cidadania nacional e os conflitos globais” (THORNHILL, 2021, p. 271).

Pelo exposto, vê-se que os direitos humanos globalmente considerados adquiriram uma importância fundamental para o aspecto da integração normativa dos indivíduos, na qualidade de cidadãos, aos sistemas políticos e jurídicos. Esse fato tem consequências importantes sob a perspectiva da inclusão democrática, apontadas também por Thornhill (2021) – objeto deste trabalho. Como ponto de partida, assim, é possível afirmar que a construção de direitos individuais internacionalmente considerados fez com que a essência da subjetividade jurídica fosse parcialmente estabelecida fora da comunidade nacional, de modo que os direitos humanos passassem a definir as formas de ação política em nível nacional (THORNHILL, 2021).

A construção dos direitos individuais no âmbito internacional, por sua vez, transformou os sistemas políticos nacionais porque deu o impulso ao modelo individualista de governo democrático (THORNHILL, 2021). A construção de direitos individuais internacionalmente considerados, ademais, moldou padrões de ação política e jurídica para a construção de sujeitos nas sociedades nacionais (THORNHILL, 2021), em um contexto no qual a ação judicial ganha um peso de reconhecimento político relevante a partir da enunciação de direitos de grupos sociais vulneráveis outrora sem participação política de relevo.

Considerando que a democracia tem sua legitimidade ancorada na figura do cidadão, em sua dimensão normativa, é razoável afirmar que na medida em que a mais indivíduos estão implicados no processo de produção do direito pela cidadania, maior a legitimidade do governo/Estado. Uma vez que os direitos humanos são pretensão normativa de inclusão na sociedade global, os direitos humanos tornam-se fundamentais na crescente legitimação da democracia exatamente pelo alargamento da inclusão do ponto de vista da cidadania democrática.

Novamente Thornhill (2021) percebe essa mudança no significado normativo de cidadania pela emergência dos direitos humanos enquanto normas globais. Nesse contexto, os direitos individuais excedem os limites geográficos dos Estados, transformando o governo democrático de modo exógeno para uma reorientação a uma maior inclusão local a partir de padrões internacionais de proteção ao ser humano. A democracia, portanto, passa a ter sua legitimidade fortalecida não apenas a partir da inclusão do maior número de indivíduos em processos eleitorais, mas também por processos de integração judiciais em que se busca o reconhecimento de direitos baseados em normativas internacionais, nas normas globais de direitos humanos.

Nesse sentido, a legitimidade democrática desloca-se do Estado nacional, já que no Estado nacional, a noção de cidadania é construída a partir da noção de quem é e quem não é cidadão, ou seja, parte-se da ideia de exclusão. A legitimidade democrática passa a localizar-se nos procedimentos de integração institucional e normativa, de modo a disciplinar a comunicação institucionalizada para distender no tempo a participação dos indivíduos de acordo com seu papel social e transpor circunstâncias individuais concretas (BACHUR, 2020).

Portanto, os procedimentos de integração democrática inerentes às normas globais de direitos humanos, por sua pretensão de inclusão normativa, formam uma nova fonte de legitimidade democrática a partir do fortalecimento da cidadania em seu aspecto subjetivo/normativo. A isso se soma a crescente convergência legal de democracias constitucionais em torno de normas globais de direitos humanos para a consolidação de procedimentos sociais que deslocam a legitimidade democrática da internalização subjetiva individual e da cidadania localmente definida para os procedimentos globais de integração normativa. Esses procedimentos globais de integração normativa são representativos do entrelaçamento normativo em torno dos direitos humanos, que aponta para soluções jurídico-políticas de maior inclusão normativa em processos de aplicação das normas globais.

Delimitado, por conseguinte, o significado normativo dos direitos humanos, expressos por normas globais, o próximo capítulo tem como objetivo analisar a relação entre a jurisdição constitucional brasileira e a defesa dos direitos humanos –

de modo mais claro, de que forma o aspecto normativo da cidadania ganha expressão legal a partir da jurisdição constitucional para introduzir, no país, padrões mínimos de inclusão internacionalmente delimitados.

2.3 Jurisdição constitucional, direitos humanos e inclusão democrática

Como analisado anteriormente, os direitos humanos ganham uma função de relevo no aspecto integrador da democracia constitucional uma vez que significam uma maior inclusão de indivíduos nos sistemas sociais, especialmente por seu reconhecimento jurídico, o que impacta o aspecto normativo da cidadania – a integração do indivíduo à sociedade a partir do reconhecimento de direitos individuais e direitos políticos.

Esse fato se manifesta, por decorrência lógica do fenômeno, principalmente a partir de processos políticos de integração normativa e processos jurídicos de integração normativa. Aqueles, ligados essencialmente à via política para inclusão do indivíduo na sociedade na condição de cidadão. Esses, processos jurídicos de reconhecimento e enunciação de direitos para uma maior integração normativa, o que, por sua própria característica, se relaciona com o reconhecimento de direitos de minorias.

Os processos jurídicos de integração normativa se inserem no contexto de emergência de uma ordem constitucional global, o que se caracteriza pelo fato de normas jurídicas domésticas refletirem normas jurídicas internacionais de proteção aos direitos humanos (THORNHILL; CALABRIA, 2020), o que introduz um elemento externo para a delimitação do aspecto normativo da cidadania, o que já foi sobejamente analisado. Esse cenário permite a consolidação de um modelo judicial de constitucionalismo global, pautado em processos judiciais de inclusão normativa dos indivíduos para a condição de cidadãos. Sobre essa constatação, em muitos aspectos:

esse modelo emergiu como um sistema de equivalência, no qual as normas globais de direitos humanos atuam como substitutos dos padrões clássicos de produção de normas, permitindo que o sistema político integre os atores sociais (cidadãos) pessoas na sociedade e legitime a legislação em uma forma que compensa a fraca formação de sujeitos políticos na sociedade nacional. Nesse modelo, o sistema jurídico atua em um alto nível de autonomia especificamente, não para reduzir a democracia, mas para

construir equivalentes para procedimentos democráticos clássicos, muitas vezes em sociedades onde tais procedimentos não ganham força imediata. Uma perspectiva que reflita sobre o direito constitucional, não apenas como uma ordem normativa, mas como um sistema adaptativo para a construção de legitimidade para o direito, é, portanto, necessária para capturar a forma atual de democracia (THORNHILL; CALABRIA, 2020, p. 159)¹⁷

Ocorre, por conseguinte, uma mudança, ou melhor, uma incrementação legitimacional da democracia em razão deste modelo de inclusão judicial, o que tem duas facetas mais evidentes: a mudança de importância dos processos judiciais de inclusão e a mudança, também, na forma de inclusão dos indivíduos nos sistemas sociais. Quanto a esse fato, especificamente, necessário ter em mente que o acesso ao sistema jurídico por indivíduos se relaciona, de forma íntima, à capacidade dos atores institucionais de acessar os sistemas de justiça para o exercício de direitos globalmente reconhecidos, o que se contrapõe, substancialmente, à inclusão pela via legislativa, já que essa depende exclusivamente da formação de uma maioria política, o que é de difícil mobilização para minorias sociais (THORNHILL; CALABRIA, 2020). Esse cenário permite a conclusão de que, em certa medida, o constitucionalismo global de matriz judicial pode levar a uma maior inclusão social e consequente legitimidade do sistema político pela relativa independência que cria entre a via legislativa, pautada por uma maioria matemática, e a via judicial, que se relaciona ao acesso aos sistemas de justiça.

Dentro desse cenário, a inclusão via processos judiciais ganha destaque na interface entre o direito e a política – é quando se coloca a Constituição como parâmetro discursivo para controle da legalidade que se constrói normativamente a inclusão social, ou seja, é a partir da jurisdição constitucional que se consolida o constitucionalismo judicial como forma de inclusão de indivíduos. É dizer, a própria ideia de inclusão está intimamente ligada à jurisdição constitucional, no seguinte sentido:

¹⁷ Tradução livre de: “In many respects, this model has emerged as a system of equivalence, in which global human rights norms act as surrogates for classical patterns of norm production, allowing the political system to integrate social actors (citizens) persons in society and to legitimate legislation in a form that compensates for the weak formation of political subjects in national society. In this model, the legal system acts at a high level of autonomy specifically, not to reduce democracy, but to construct equivalents for classical democratic procedures, often in societies where such procedures do not gain immediate traction. A perspective that reflects on constitutional law, not solely as a normative order, but as an adaptive system for constructing legitimacy for law, is thus required to capture the present form of democracy.”.

A justiça constitucional nasce da cultura do constitucionalismo, isto é, da concepção de que a democracia, estribada sobre um conjunto de valores sociais capitaneados pela ideia e o valor da liberdade, exige a limitação do governo por meio da Constituição. Disso se compreende que a defesa das normas constitucionais, operada pela justiça constitucional, exsurge da luta dos seres humanos pela liberdade frente ao poder político, conquistada por meio da formulação de uma ordem jurídica superior, a qual prevê métodos para evitar que os órgãos encarregados do exercício das funções do poder tornem-se arbitrários. Trata-se de ideia intemporal, ainda vigente, que corrobora a relação de compatibilidade estabelecida entre justiça constitucional e democracia, bem como a de incompatibilidade entre a primeira e os regimes ditatoriais e autoritários. (ABBOUD, 2021)

Por conseguinte, a própria construção de um arcabouço para o reconhecimento e proteção de direitos se dá no Judiciário a partir do constitucionalismo, para, ao se dar independência aos Tribunais, buscar a realização das premissas do constitucionalismo nos Estados. A isso se relaciona, também, a ideia de uma justiça constitucional, tendo em vista que a Constituição regente de um Estado Democrático institui e coordena o espaço público e o privado que compõem a sociedade, de modo que versa sobre disposições da máxima importância para o país, que não estariam sujeitos à disposição política da maioria (ABBOUD, 2021), ou seja, carrega intimamente a ideia de proteção aos direitos fundamentais no âmbito nacional como forma principal para controle de expectativas de inclusão normativa.

A jurisdição constitucional, no entanto, no cenário descrito pelo transconstitucionalismo, não é restrita geograficamente, tendo em vista a força expansiva das constituições locais face aos problemas constitucionais comuns. A esse cenário, é possível vincular dois fatores: a crescente coincidência jurídica (ou convergência legal) entre as normas de direito internacional de direitos humanos e os direitos fundamentais e o emprego da semântica do constitucionalismo globalizado para o reconhecimento de direitos na jurisdição constitucional.

O primeiro desses aspectos se traduz exatamente pela crescente adoção nos textos constitucionais de normas do direito internacional dos direitos humanos, o que, do ponto de vista do Estado democrático, redundará em uma maior justiciabilidade desses direitos no âmbito interno, ou seja, no reconhecimento desses direitos por órgãos jurídicos enquanto aptos a serem analisados por seu mérito (AZEVEDO NETO, 2016). Nesse cenário, vê-se que as constituições contemporâneas se vinculam progressivamente em princípios e regras de Direito Internacional, que se convertem

em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais, de modo que se afirma que o Direito Internacional pode ser transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais (PIOVESAN, 2003).

Já o segundo, por sua vez, se traduz na circulação da comunicação jurídica presente na semântica dos direitos humanos por órgãos aptos a permitirem o reconhecimento, a enunciação e validação desses direitos. Benvenisti (2008) vislumbra esse fenômeno, da circulação funcional da semântica jurídica desvinculada de uma abertura estrutural do ordenamento jurídico local, como uma forma para o fortalecimento da democracia nos países ocidentais para blindar cortes locais de forte influência da semântica da economia e da política. Trazido para o campo dos direitos humanos, esse fenômeno se manifesta a partir do emprego constitucional na jurisdição local de uma semântica não ligada necessariamente à abertura estrutural do ordenamento jurídico ao direito estrangeiro, mas se busca essa *ratio decidendi*, baseada no direito internacional (quicá, nem normas globais) para enunciar, validar e consolidar os direitos humanos no plano local – garantir-lhes a justiciabilidade.

Esses dois cenários se traduzem, partindo-se da premissa descritiva do transconstitucionalismo, nas duas espécies do transconstitucionalismo descritas por Torelly (2016b): (i) o transconstitucionalismo reflexivo; (ii) o transconstitucionalismo normativo. Em ambos os cenários, de todo modo, a jurisdição constitucional se torna o palco primordial para a enunciação, validação e reconhecimento de direitos – o que dá maior peso ao fenômeno do constitucionalismo judicial. Jurisdição constitucional essa que não se manifesta apenas nas cortes judiciais locais, mas pela própria expansão do direito constitucional, dada a característica multicêntrica da sociedade contemporânea, se faz presente na conversa constitucional permitida pela noção de proteção pluridimensional dos direitos humanos.

O cenário formado até aqui, por conseguinte, permite concluir que (i) a emergência de problemas constitucionais globais em matéria de direitos humanos leva à formação de um sistema pluridimensional de proteção a esses direitos, o que se caracteriza (a) por normas globais em matéria de direitos humanos, (b) uma crescente convergência legal em torno dessas normas globais e (c) uma crescente importância nos procedimentos de inclusão judiciais de reconhecimento desses direitos; (ii) a cidadania tem um papel subjetivo/normativo fundante em democracias

constitucionais, já que implica os cidadãos no procedimento de produção da linguagem jurídica e, portanto, aplicação do poder político para além de preferências pessoais e, na sociedade mundial, os Estados-nacionais; (iii) os direitos humanos, enquanto pretensão normativa de inclusão, em um contexto de entrelaçamento normativo constitucional, tornam-se fonte de legitimidade democrática, uma vez que as normas globais em direitos humanos tendem a fortalecer a cidadania global em seu aspecto normativo.

No caso brasileiro, por conseguinte, a incorporação do direito internacional dos direitos humanos e, ainda, das normas globais de direitos humanos se dá, primordialmente, por processos judiciais de reconhecimento e afirmação de direitos, os quais, por consequência, apontam para uma maior inclusão democrática dos indivíduos exatamente pelo reconhecimento normativo de sua condição de cidadão. A ordem constitucional brasileira reflete a emergência do constitucionalismo global, especialmente voltado para os direitos humanos, fazendo com que a força legislativa nacional não seja fonte única da soberania dos cidadãos, mas essa também decorra de processos transnacionais de proteção aos direitos fundamentais (THORNHILL; CALABRIA, 2020).

Ademais, Neves (2009) percebe que o uso do direito estrangeiro, em matéria de direitos humanos, transcende o fenômeno do argumento de autoridade ou a demonstração de cultura dos juízes que o aplicam e este direito passa a integrar a *ratio decidendi* das decisões judiciais, o que denota uma articulação de ordens jurídicas diversas em torno desses problemas constitucionais comuns, notadamente as normas globais de direitos humanos. O cenário de crescente importância das normas globais de direitos humanos aponta para uma nova construção da ordem democrática nacional pela modificação do aspecto normativo da cidadania a partir do direito global, em um desenho diverso da democracia que não é baseado na noção de soberania nacional.

Sob a perspectiva da proteção pluridimensional dos direitos humanos, assim, é possível verificar que a própria ideia de direitos humanos internacionalmente delimitados se torna uma condição para a democracia contemporânea, dado o seu impacto na própria noção de inclusão funcional de indivíduos. Nesse ponto, relembra-se, como já abordado, que a forma primária de inclusão funcional e normativa era

através das instituições militares, e que foi a emergência de direitos humanos internacionais que foi possível, sob a perspectiva normativa, compreender o indivíduo enquanto titular de direitos por sua própria condição de indivíduo, de modo a desvincular a cidadania do soldado para buscar uma noção mais abrangente de cidadãos.

Logo, em um sistema jurídico de níveis múltiplos, em que nenhuma ordem jurídica se apresenta como detentora da última *ratio* discursiva, a ausência de uma supremacia hierárquica de determinada ordem jurídica considerada normativamente mais “forte” para a construção de uma articulação heterárquica permite tanto a desvinculação da cidadania do Estado-nação para que a integração normativa seja internacionalmente consolidada. Dentro desse cenário, a construção da proteção pluridimensional dos direitos humanos permitiu a desmilitarização da cidadania e, ademais, a construção de uma concepção inclusiva de cidadão, de modo que não é possível, na sociedade contemporânea, pensar formas de integração normativa democrática que não perpassem pelo reconhecimento dos direitos humanos e, além, dos indivíduos enquanto cidadãos titulares de direitos individuais, sociais e políticos apenas pela condição de humanos.

Dentro desses cenários, os empreendedores normativos, ou atores dos sistemas de justiça, têm, conforme já examinado no primeiro capítulo, um papel fundamental na consolidação da jurisdição constitucional como meio para se buscar o reconhecimento de direitos, notadamente de minorias sociais, já que, por ser minorias sociais, a via política é de acesso limitado. O litígio estratégico, empreendido por esses atores do sistema de justiça, é imprescindível, portanto, para a consolidação das normas globais como forma para incremento da inclusão democrática via fortalecimento do aspecto normativo da cidadania. Afinal, busca-se, pelo litígio estratégico, a partir da jurisdição constitucional, alcançar mudanças sociais, de modo que os casos são selecionados enquanto ferramentas para a transformação de jurisprudência e formação de precedentes para provocar mudanças legislativas ou de políticas públicas, em uma advocacia *issue oriented* ou *policy oriented* (CARDOSO, 2012).

O caso a ser analisado no capítulo terceiro é ilustrativo desse uso da jurisdição constitucional para a consolidação de direitos internacionalmente previstos.

Sem entrar no mérito da decisão tomada na ADI 5240/SP, fato é que o sistema jurídico foi utilizado, nesse caso, como meio para a consolidação de uma política pública: a realização de audiências de custódias.

A litigância estratégica, no caso específico brasileiro, ao manejar a semântica dos direitos humanos, permite, por caminhos linguísticos dogmáticos, permear o ordenamento jurídico brasileiro com as normas globais de direitos humanos, de modo a formar esse mínimo legal de proteção ao indivíduo, esse que passa a se integrar normativamente ao Estado a partir da noção de inclusão democrática.

Sob a perspectiva dogmática, logo, a técnica mais evidente de incorporação de normas globais de direitos humanos como forma de mudança no aspecto normativo da cidadania seja o controle de convencionalidade.

O controle de convencionalidade decorre do fato de que a proteção dos direitos humanos transcendeu o direito estatal, passando a integrar objetivos da comunidade internacional, manifestando-se, primordialmente, por meio dos tratados celebrados entre os Estados. Tal complementação pressupõe, para tanto, uma coerência na aplicação deste direito de proteção, o que se daria a partir da supervisão internacional da compatibilidade dos atos internos dos Estados com suas obrigações internacionais de proteção. A essa supervisão, compatibilização, fundada na necessidade de coerência na aplicação do direito, dá-se o nome de controle de convencionalidade, o que significa técnica jurídica de aferição da compatibilidade de atos internos dos Estados para com suas obrigações convencionais.

O próximo tópico, logo, pretende explorar os aspectos dogmáticos do controle de convencionalidade. Já que, como exposto, é a principal ferramenta dogmática de introdução jurídica das normas globais de direitos humanos, a partir da compatibilização, no exercício da jurisdição constitucional, das normas locais e normas internacionais de direitos humanos, o que é substancialmente motivado pelos empreendedores normativos, o controle de convencionalidade pode se tornar um instrumento jurídico imprescindível para uma maior inclusão democrática de indivíduos no Brasil a partir da introdução, por essa técnica, dos padrões mínimos de proteção criados pelas já analisadas normas globais.

2.4 Controle jurisdicional de convencionalidade: aspectos dogmáticos

Conforme já adiantado no tópico anterior, o controle de convencionalidade é uma técnica jurídica dogmática que permite a análise de compatibilidade de leis nacionais com os direitos humanos convencionais positivos. Trata-se, também, como já adiantado, de importante ferramenta discursiva para introdução das normas globais de direitos humanos.

Antes, todavia, de se avançar sobre os aspectos técnicos e dogmáticos do controle de convencionalidade, é necessário trazer alguns esclarecimentos da natureza dessa modalidade de controle considerando a totalidade do sistema jurídico e sua relação com demais sistemas sociais e o ambiente.

Em um primeiro momento, é possível analisar a teoria do controle jurisdicional de convencionalidade das leis enquanto uma técnica jurídica para aferição da validade da legislação infraconstitucional. Essa análise se relaciona com o positivismo de Hans Kelsen e parte de uma cisão, para esse autor, insuperável entre o ser e o dever-ser. Neste, o mundo jurídico reger-se-ia pelo princípio da imputação enquanto naquele, o mundo dos fatos reger-se-ia pelo princípio da causalidade, de modo que a falta de correspondência fática entre o mundo dos fatos e o dever-ser normativo não invalida, a princípio, a norma jurídica (KELSEN, 2009).

Dentro desse cenário, pensar o controle de convencionalidade como técnica para aferição de validade das normas é adequado na medida em que reflete a incorporação normativa do direito internacional dos direitos humanos no ordenamento jurídico nacional, sem, no entanto, descredibilizá-lo por não encontrar uma eficácia que corresponda às expectativas normativas – é dizer, o direito internacional dos direitos humanos, as normas globais são dotadas de normatividade independentemente de sua aplicação fática. Outrossim, partir dessa concepção é também adequado por permitir uma análise sociológica da aplicação da técnica jurídica (no campo da eficácia das normas jurídicas) de forma, a princípio desvinculada da dinâmica jurídica, das relações entre normas jurídicas.

Não obstante, partir de uma radical cisão entre ser e dever-ser para análise da técnica jurídica do controle de convencionalidade pode implicar em uma redução do alcance da análise dogmática dessa técnica jurídica por retirar dessa análise o

aspecto relativo às expectativas cognitivas do direito. Nesse ponto, entende-se por expectativas cognitivas a posição dos atores sociais favorável ao aprendizado mútuo em situações de desapontamento jurídico, enquanto as expectativas normativas são o inverso, uma posição dos expectantes desfavorável ao aprendizado mútuo (NEVES, 2018). Dentro desse cenário, se vislumbrado apenas como técnica dogmática para aferição de validade das leis, o controle de convencionalidade tem um alcance limitado à disposição do intérprete ao reconhecer ou não determinada norma jurídica global como aplicável ou não, o que exclui do fenômeno o ciclo de vida das normas globais em razão da discricionariedade do intérprete do direito – que poderá optar por reconhecer a validade da norma global de direitos humanos como um parâmetro de validade para o direito interno ou não. Ao contrário, ao se introduzir as expectativas cognitivas como uma decorrência da aplicação da técnica, abre-se espaço para a conversa transversal entre os ordenamentos jurídicos, além de permitir uma análise normativa a partir das expectativas dos indivíduos no direito, ou seja, associar o ser e o dever-ser ambos como parte do processo de decisão sobre aplicação da norma jurídica.

Feito esse breve esclarecimento, volta-se à teoria do controle jurisdicional de convencionalidade das leis, afinal:

Falar em controle de convencionalidade significa falar em compatibilidade vertical material das normas do direito interno com as convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Estado. Significa, também, no falar especialmente em técnica judicial (tanto Internacional como interna) de compatibilização vertical das leis com tais preceitos. (MAZZUOLI, 2018, p. 28)

O controle jurisdicional de convencionalidade das leis é, portanto, uma obrigação internacional que advém do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e seus instrumentos de proteção, especialmente a CADH. Afinal, essa é um tratado internacional por meio do qual o Brasil obrigou-se, voluntariamente, à proteção dos direitos humanos. É o que dispõe, ademais, a CADH, o que pode ser resumido, conforme elucidou Valério Mazzuoli, nos seguintes aspectos:

os Estados-partes têm o dever (a) de *respeitar* os direitos e liberdades nela reconhecidos e de garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa sujeita à sua jurisdição, pelo que hão de (b) *tomar as medidas* legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos os direitos e liberdades

ali estabelecidos (arts. 1º e 2º [da Convenção Interamericana de Direitos Humanos]). A tais obrigações acrescenta-se o art. 43¹⁸ [...]. (2018, p. 35)

Acresça-se, nesse ponto, que apenas a denúncia à Convenção é capaz de desonerar o Estado de suas obrigações perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (MAZZUOLI, 2018), o que significa dizer que, enquanto parte no tratado internacional, o Estado deve buscar, ativamente, a compatibilização de seus atos internos, de quaisquer poderes, para com o instrumento internacional a que aderiu.

No caso do Brasil, de forma específica, rememore-se que o Estado se tornou parte do Sistema Interamericano de Direitos Humanos em 1992, ano do Decreto n. 678, de 6 de novembro, e aceitou a jurisdição obrigatória da Corte IDH em 1998, por meio do Decreto Legislativo n. 89, o que permite concluir que “desde então, não é mais possível permitir violações dos direitos protegidos pela Convenção em nosso território ou postergar reformas legislativas e institucionais para promover e garantir os direitos ali assegurados” (MARTINS, 2011).

Quanto ao seu fundamento, como qualquer instrumento convencional de Direito no plano internacional, a teoria do controle de convencionalidade sustenta-se, primordialmente, pelo Direito dos Tratados. Assim, o fundamento inicial de toda a teoria exposta encontra lastro na regra *pacta sunt servanda*, que se extrai do artigo 26 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969:

Artigo 26
Pacta sunt servanda
Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé. (BRASIL, 2009)

Valério Mazzuoli (2018) densifica a questão ao apontar que o cumprimento de um tratado de boa-fé, conforme requer o dispositivo, significa que os sujeitos devem agir de modo a que os objetivos perseguidos pelo tratado possam ser inteiramente satisfeitos. É a partir desse reconhecimento que a regra do *pacta sunt servanda* configura, logo, base necessária para o desenvolvimento dos sistemas convencionais, posto que os tratados obrigam as partes.

¹⁸ Os Estados-Partes obrigam-se a proporcionar à Comissão as informações que esta lhes solicitar sobre a maneira pela qual o seu direito interno assegura a aplicação efetiva de quaisquer disposições desta Convenção. (BRASIL, 1992)

Importante ressaltar, ainda, o aspecto sancionatório dessa regra, pelo qual o descumprimento dos tratados de direito internacional pode levar o Estado infrator a ser responsabilizado.

Soma-se, ainda, ao artigo 26 da Convenção de Viena o artigo 27 do mesmo documento legal, que disciplina o fato de que a boa-fé no cumprimento de tratados exclui o direito interno do Estado como fator para seu descumprimento¹⁹.

O fundamento da obrigação internacional, assim, é suficiente para fundamentar a obrigatoriedade da aplicação da técnica do controle de convencionalidade, uma vez que, em última análise, trata-se de regras internacionais convencionadas em jogo, as quais são contraídas pelo Estado, utilizando-se de suas prerrogativas enquanto Estado soberano na sociedade internacional:

Para justificar o controle de convencionalidade, porém, não se faz necessário ir além do que hoje se entende por obrigações *erga omnes*, uma vez que a técnica convencional de controle compõe o mosaico de obrigações que o Estado tem [...] de adaptar as normas internas aos comandos (mais benéficos) dos tratados de direitos humanos ratificados e em vigor em seu território. Trata-se de obrigações a todos os Estados impostas (obrigações *erga omnes*) que asseguram a garantia da ordem pública do direito internacional contemporâneo. (MAZZUOLI, 2018, p. 61)

Tal obrigação não se encontra ausente no Pacto de San José da Costa Rica (1969), a qual confirma, em seu artigo 29, que todos os Estados têm a obrigação de interpretar o instrumento internacional no sentido de ampliar o gozo dos direitos e liberdades nele reconhecidos²⁰. Ainda ao artigo citado, somam-se as obrigações estabelecidas nos artigos iniciais da CADH, que exigem dos Estados nacionais o

¹⁹Artigo 27. Direito Interno e Observância de Tratados. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46. (BRASIL, 2009)

²⁰ARTIGO 29 Normas de Interpretação. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados-Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados-Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza. (BRASIL, 1992)

cumprimento e respeito das obrigações ali estabelecidas²¹ e determinam que sejam tomadas todas as medidas capazes de tornar eficazes o que dispõe o tratado²².

Quanto, ademais, ao parâmetro para realização do controle de convencionalidade, todas as fontes formais de direito internacional em matéria de direitos humanos (tratados e costumes) bem como decisões de tribunais internacionais e suas opiniões consultivas podem formar aquilo que se denomina “bloco de convencionalidade” (MAZZUOLI, 2018, p. 54). Significa dizer que, no caso do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, os tratados internacionais incorporados por seus Estados membros e a jurisprudência *lato sensu* de seu órgão com função jurisdicional podem servir de paradigma para compatibilização de atos locais com normas internacionais de proteção aos direitos humanos.

Assim, tem-se que tanto as decisões da CrIDH e seus pareceres consultivos, bem como os tratados internacionais que compõem o Sistema Interamericano de Direitos Humanos podem funcionar como paradigma para realização do controle de convencionalidade. É a isso que se denomina *bloco de convencionalidade*, o que se relaciona com o bloco de constitucionalidade local no seguinte aspecto:

O bloco de convencionalidade *lato sensu* [...] dialoga com o bloco de constitucionalidade estatal sempre no sentido de *ampliar* o gozo dos direitos e liberdades consagrados em ambos os ordenamentos jurídicos (o internacional e o interno). (MAZZUOLI, 2018, p. 55)

Com relação, porém, aos tratados que, efetivamente, podem ser apontados como paradigmas para o controle de convencionalidade, e, por conseguinte, integrantes do bloco de convencionalidade, Valério Mazzuoli (MAZZUOLI, 2018) ainda

²¹ARTIGO 1 Obrigação de Respeitar os Direitos 1. Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. 2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano. (BRASIL, 1992b)

²²ARTIGO 2 Dever de Adotar Disposições de Direito Interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades. (BRASIL, 1992b)

aponta que qualquer tratado em direitos humanos em vigor no Estado em questão pode fazer esse papel, não somente a CADH.

Por conseguinte, deve-se ter em mente, neste ponto, que todos os direitos previstos em tratados de direitos humanos vigentes e válidos no Brasil formam o chamado bloco de convencionalidade, que, em conjunto com a jurisprudência *lato sensu* dos tribunais internacionais aos quais o referido Estado submete-se, formam um conjunto mínimo de normas em direitos humanos de observância obrigatória por aquele sujeito de direito internacional.

Esse controle, por sua vez, com base nos parâmetros definidos, pode ser realizado por duas formas no Brasil. Afinal, o controle jurisdicional da convencionalidade das leis é, antes, um meio para se evitar conflito entre esferas jurídicas complementares, tanto a nacional quanto a internacional, razão pela qual ao observar a convencionalidade de um ato local, um juiz nacional atua de modo a harmonizar o sistema americano de proteção aos direitos humanos, por meio de uma aplicação uniforme de disposições legais definidas em tratados internacionais. Fundamental reforçar, mais uma vez, que esses tratados são firmados pelo Estado brasileiro, o qual, por meio de uma cessão de sua soberania até então absoluta, compromete-se com obrigações perante a comunidade de nações para, *in casu*, observar as disposições da convenção em questão.

Não poderia ocorrer de modo diverso quanto ao Judiciário local, já que é integrante do Estado brasileiro, de sua estrutura, comprometendo-se, do mesmo modo no plano internacional, a observar tais disposições para, enquanto agente do Estado, não descumprir obrigações por ele firmadas, a ponto, inclusive, de gerar uma responsabilização na esfera internacional. É dentro desse panorama, pois, que surge o controle difuso da convencionalidade das leis, dever assumido pelos magistrados brasileiros, enquanto integrantes do poder judiciário nacional.

Assim, desde logo incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, os tratados internacionais em matéria de direitos humanos podem servir de paradigma para aferição da validade de atos normativos locais. Validade essa que poderá ser aferida a partir de um caso concreto pela aplicação de um juiz singular da norma em conformação com o Direito Internacional ao qual o Brasil se obriga. É o que coloca, de modo elucidativo, Valério Mazzuoli, a saber:

À medida que os tratados de direitos humanos (quaisquer deles) guardem nível *constitucional* no Brasil, passam a ser paradigma para o controle difuso de convencionalidade. Tal como ocorre com o controle difuso (incidental) de constitucionalidade, devem (todos) os juízes e tribunais locais (incluindo-se os magistrados do STF) compatibilizar, diante de um caso concreto, as leis domésticas com o conteúdo dos tratados de direitos humanos em vigor no Estado. (2018, p. 159)

Por conseguinte, o exercício do controle de convencionalidade pelo juiz nacional diante de um caso concreto deve ocorrer de modo a, primeiramente, verificar a compatibilidade do ato normativo questionado perante tratados de direito internacional em direitos humanos aos quais o Brasil é signatário, e, em segundo lugar, quando da verificação de qual norma aplicar ao caso, deve o julgador apontar a solução mais condizente com o sistema de proteção de direitos humanos.

Para além do controle jurisdicional de convencionalidade em sua modalidade difusa, possível em face de qualquer tratado que integre materialmente o bloco de Constitucionalidade, a inserção do §3º do art. 5º na Constituição permitiu também que se realizasse o mesmo controle em sua modalidade concentrada.

Assim, se nos parágrafos anteriores foi discutida a possibilidade de declaração de atos normativos por juízes locais, quaisquer que sejam, em face de casos concretos, em virtude de tratados internacionais em direitos humanos integrarem o ordenamento jurídico brasileiro, nos seguintes verificar-se-á a possibilidade de se propor ações para controle de convencionalidade perante o STF, o que se dará em abstrato, em sua modalidade concentrada.

Nesse sentido, o §3º do art. 5º da Constituição Federal²³ introduz no ordenamento brasileiro a possibilidade de se reconhecer, através de quórum diferenciado, que tratados internacionais em direitos humanos possuem *equivalência* a emenda constitucional. A consequência disso é que os tratados, aprovados pelo quórum qualificado, passam a integrar, não apenas materialmente, segundo o §2º do

²³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (BRASIL, 1988)

mesmo art. 5^o²⁴, mas formalmente a Constituição. Essa integração formal por equivalência possibilita, então, que tais tratados possam servir de paradigma para que se questionem a constitucionalidade de atos normativos em abstrato, de modo concentrado, a partir das ações já previstas na Constituição de controle de constitucionalidade²⁵.

Assim, aqueles legitimados previstos no art. 103 do texto constitucional²⁶ para propor ações constitucionais de controle de constitucionalidade das leis podem, eventualmente, através desses mesmos instrumentos, questionar a compatibilidade de ato normativo local em face de tratados em matéria de direitos humanos, incorporados na forma do art. 5^o, §3^o da Constituição, os quais possuem força normativa *equivalente* às emendas constitucionais:

se a Constituição possibilita sejam os tratados de direitos humanos alçados ao patamar constitucional, com *equivalência de emenda*, por questão de lógica deve também garantir-lhes os meios que prevê a qualquer norma constitucional ou emenda de se protegerem contra investidas não autorizadas do direito infraconstitucional. Nesse sentido, é plenamente defensável a utilização das ações do controle concentrado [...] não mais baseadas exclusivamente no texto constitucional, senão também nos tratados de direitos humanos aprovados pela sistemática do art. 5^o, §3^o, da Constituição e em vigor no Estado. (MAZZUOLI, 2018, p. 171)

Percebe-se, portanto, que os magistrados devem harmonizar o ordenamento jurídico pátrio, em razão de sua unidade. Logo, fazendo parte desse em nível constitucional, os tratados internacionais sobrepõem-se sobre normas ordinárias, as quais não podem contrariá-los, pelo contrário, devem antes ser instrumentos para sua concreção, sua execução.

²⁴ § 2^o 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. (BRASIL, 1988)

²⁵ Ação direta de inconstitucionalidade em sentido *lato sensu*, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental, conforme o art. 102 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

²⁶ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. (BRASIL, 1988)

Nesse ponto, tendo em vista que os tratados internacionais se colocam como fonte de validade de leis ordinárias, seja sob qualquer perspectiva de controle adotada, surge dessa relação entre normas jurídicas a questão relativa à sua unidade e coerência – notadamente a problemática relativa às antinomias que, para este trabalho acadêmico, reflete principalmente incompatibilidades entre tratados internacionais de direitos humanos e leis ordinárias brasileiras. A problemática das antinomias no direito, outrossim, relaciona-se com seus mais tradicionais pensadores, estando ligada ao atributo do ordenamento jurídico chamado de coerência. Assim, o ordenamento jurídico enquanto sistema será assim considerado por ter instrumentos capazes de eliminar as contradições, pois, apenas assim, será ele coerente (BOBBIO, 2014).

A necessidade de se buscar a coerência, por conseguinte, levou ao desenvolvimento de técnicas para determinar a aplicação de uma norma no caso de coexistência de normas que se contradizem, as quais não poderiam coexistir. Tais critérios são: cronológico (*lex posterior derogat priori*), hierárquico (*lex superior derogat inferiori*) e da especialidade (*lex specialis derogat generali*) (BOBBIO, 2014). Não é o objetivo deste estudo esgotar a temática das antinomias jurídicas, todavia, busca-se, a partir desses critérios, demonstrar a pertinência do controle de convencionalidade a partir da dupla compatibilidade vertical material.

Dois apontamentos devem ser feitos, todavia, com relação a esses critérios ditos “clássicos” para resolução de antinomias. Em primeiro lugar, não são eles absolutos, havendo casos em que não são suficientes para ilidir antinomias, devendo o intérprete buscar em outros critérios a solução para a problemática (BOBBIO, 2014). Em segundo lugar, tais critérios possuem em comum um resultado idêntico: pela aplicação de qualquer um deles, uma lei será derogada em favor da lei que deve prevalecer. Assim, tais critérios terão como resultado necessário a retirada de uma norma do ordenamento jurídico em favor de outra.

É precisamente nesse ponto que se percebe a insuficiência de tais critérios. Deve-se ter em mente que, no pós-Segunda Guerra Mundial, com uma proliferação de fontes do direito internacional e uma maior integração jurídicas entre as nações, a harmonização entre as fontes heterogêneas e a coordenação entre as normas

jurídicas deve prevalecer ao invés de um triunfo de uma norma sobre a outra (MAZZUOLI, 2008).

É nesse contexto que a dupla compatibilidade vertical material surge como uma técnica de análise em favor da coerência do ordenamento jurídico para o controle jurisdicional de convencionalidade das leis. Afinal, o critério da dupla compatibilidade vertical material pode ser um meio para se buscar a harmonização de normas jurídicas, a Constituição e os tratados internacionais. Para tanto, deve-se ter em mente que, uma vez que as antinomias jurídicas não deveriam ser resolvidas com base na exclusão de normas, a convivência dessas normas deve se dar em uma relação dialógica, pela harmonização das fontes heterogêneas do Direito, que não se excluem mutuamente, mas antes interagem entre si de modo a encontrar a melhor razão de decidir, na qual se privilegie a proteção do ser humano (MAZZUOLI, 2008). Assim, a coerência do ordenamento jurídico seria alcançada pela coordenação das fontes do Direito, não mais em um sistema hierárquico rígido, mas em um sistema que privilegie a pluralidade em prol de seus objetivos finais – a proteção do ser humano:

entre conflito entre tratados de direitos humanos e norma de direito interno (ainda que esta última seja a própria Constituição) dever sempre ser aplicável a norma que mais amplia o gozo de um direito ou liberdade ou de uma garantia (princípio internacional pro homine). Materialmente falando, não é a norma hierarquicamente superior que deve prevalecer no caso concreto, mas aquela que melhor proteja e garanta os direitos das pessoas; ou seja, não é o status hierárquico que deve ter prevalência, mas sim o conteúdo da norma jurídica sempre mais protetiva nesse âmbito. (MAZZUOLI, 2008)

É nesse panorama que a dupla compatibilidade vertical material surge como um critério viável de solução de antinomias, que não vai simplesmente resolvê-las com base na derrogação cega de normas, mas antes pelo diálogo entre elas, de modo a privilegiar a proteção do ser humano no caso concreto. Desloca-se, dessa forma, a problemática da coerência do ordenamento das normas em abstrato para as normas em concreto, voltando os olhos do aplicador do Direito ao caso concreto antes da relação abstrata das normas jurídicas.

Para compreender, porém, a dupla compatibilidade vertical material, é preciso retornar a outras categorias fundamentais. Assim, deve-se ter em mente que para que a produção jurídica do país seja considerada válida, é necessário que ela respeite os limites materiais (de conteúdo) tanto da Constituição quanto dos tratados

internacionais em vigor. Para que determinado texto legislativo seja, porém, válido, é necessário que antes ele passe pelo crivo da vigência. Dessa forma, será vigente a legislação que, passando pelos procedimentos formais de produção legislativa, for aprovada pelo parlamento, promulgada pelo Presidente da República e publicada no Diário Oficial (MAZZUOLI, 2008).

A validade da norma, por sua vez, relaciona-se com os limites materiais de produção legislativa, sendo o primeiro limite vertical a própria Constituição, da qual se desdobram direitos fundamentais explícitos e implícitos, e o segundo os tratados internacionais em geral – por isso duplo limite vertical.

Apenas a norma válida poderá produzir efeito no mundo dos fatos e, assim, será eficaz. A eficácia da norma jurídica, por sua vez, é dada pela correspondência no mundo dos fatos à situação a que pretende regular, sendo antes uma problemática, propriamente, da realidade social do que do Direito, uma vez que aqui se falará em cumprimento da norma.

O duplo limite material vertical, dessa forma, relaciona-se com a validade da produção legislativa brasileira, sendo assim um critério para abordar qual norma aplicar-se-á no caso concreto. Será, portanto, pela interação de níveis hierárquicos normativos diversos, tratados internacionais e Constituição, que o limite será concretizado. Insta salientar, todavia, que nas relações entre a Constituição e os tratados internacionais, especialmente de direitos humanos, existirão momentos em que os direitos enumerados nos instrumentos legais serão coincidentes. É o caso do chamado diálogo horizontal entre tais fontes jurídicas, uma vez que não existe, nesse caso, uma relação de subordinação entre as fontes, mas antes de complementariedade (MAZZUOLI, 2008). Nesse caso, uma norma confirma a outra e vice-versa, não havendo conflito entre elas, mas antes uma complementação entre ambas quanto à proteção dos direitos em debate.

Outra situação em que não haveria conflito entre a Constituição e os tratados internacionais ocorre no chamado diálogo horizontal rogatório de integração. Nesse caso, a inexistência de um direito em alguns instrumentos legais e a existência do mesmo direito em outro instrumento legal implica à integração de ambos, fazendo

com que, através da chamada força integrativa dos direitos humanos (MAZZUOLI, 2008), seja possível um alargamento do rol de direitos²⁷.

Ocorrendo qualquer uma das situações narradas, o conflito entre as normas jurídicas em debate é inexistente, não havendo, portanto, maiores dificuldades nesse ponto. A problemática surge quando não são coincidentes as disposições da Constituição Federal e dos tratados internacionais. Nesses casos, a dupla compatibilidade vertical material pode surgir como método para guiar a aplicação da norma jurídica.

Partindo de tais pressupostos é que se chega ao duplo limite vertical material. Vertical, pois se trata de relação hierárquica entre normas jurídicas, quais sejam, a Constituição, os tratados internacionais e a legislação infraconstitucional. Material, pois a preocupação aqui será com o conteúdo normativo, afastando análises acerca do processo legislativo e afins. Duplo, pela formação de duas categorias de limites para a produção normativa – a primeira, a Constituição e os direitos nela previstos, implícita ou explicitamente, a segunda, os tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro.

Nesse panorama, tem-se que, para que determinada legislação seja válida, é necessário que ela supere o exame da compatibilidade vertical com a Constituição e os tratados internacionais. Nesse ponto, o primeiro limite vertical para produção normativa, o respeito à Constituição, desdobra-se no respeito aos direitos nela explícitos e aqueles nela implícitos. A primeira categoria não gera maiores dúvidas, haja vista que tais direitos se encontram explícitos no texto constitucional e são cláusulas pétreas (art. 60, §4º, inciso IV, da Constituição). Dessa forma, leis infraconstitucionais devem respeitar necessariamente os direitos expressos na Constituição.

A segunda categoria, por sua vez, pode ser dividida em outras duas: direitos decorrentes do regime constitucional e direitos decorrentes dos princípios constitucionais. Tal é a conclusão que se chega da leitura do §2º do art. 5º da Constituição, o qual prevê que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem aqueles que do regime e dos princípios por ela adotados (BRASIL, 1988).

²⁷ A título exemplificativo, cita-se o Artigo 7.7 da Convenção Americana de Direitos Humanos (BRASIL, 1992b) e o art. 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Assim, tem-se que o primeiro limite vertical material é composto pelo bloco de constitucionalidade, isto é, tanto pelos direitos expressos na Constituição quanto pelos direitos que de seu regime ou de seus princípios decorrem (MAZZUOLI, 2008).

Após vigente a lei, o controle jurisdicional deste limite far-se-á pelo controle de constitucionalidade, pela sua modalidade difusa ou concentrada, e eventual contrariedade de norma infraconstitucional em face da Constituição acarretará a invalidade daquela, que, se foi sancionada após 05 de outubro de 1988, será inconstitucional, mas, se foi sancionada anteriormente a 05 de outubro de 1988, não será recepcionada.

O segundo limite vertical material é o que se relaciona com os tratados internacionais, o que será feito por meio do controle de convencionalidade:

A compatibilidade do Direito doméstico com os tratados internacionais em vigor no país faz-se por meio do controle de convencionalidade, que é complementar e coadjuvante do conhecido controle de constitucionalidade. O controle de convencionalidade tem por finalidade compatibilizar verticalmente as normas domésticas (as espécies de leis, lato sensu, vigentes no país) com os tratados internacionais ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional. (MAZZUOLI, 2018, p. 204)

Os tratados internacionais em direitos humanos, rememore-se, serão de nível normativo constitucional em razão de seu conteúdo material, independentemente do quórum de aprovação para o tratado, já que o rito previsto no §3º do art. 5º da Constituição apenas afetará o nível formal de incorporação do tratado, se será equivalente a emenda constitucional ou não. Os tratados internacionais em sentido geral, conforme já se sublinhou, também integram o limite vertical, uma vez que se encontram em nível normativo superior às leis infraconstitucionais, mas inferior à Constituição.

É de se notar, por conseguinte, que se trata de níveis diversos de análise. Enquanto o primeiro nível da dupla compatibilidade se refere à Constitucionalidade das leis, o segundo nível refere-se a sua convencionalidade. Ressalva deve ser feita quanto àqueles tratados incorporados na forma do §3º do art. 5º da Constituição, que, por serem equivalentes a emendas constitucionais, são também formalmente parte da Constituição, podendo inclusive servir de paradigma para o controle concentrado de constitucionalidade das leis.

A teoria da dupla compatibilidade vertical e material, na qual se insere o controle de convencionalidade, sob um aspecto sociológico, é uma técnica da linguagem jurídica, por sua vez, que permite uma articulação heterárquica entre os diversos ordenamentos jurídicos em torno dos direitos humanos, esses também fonte da circulação da comunicação jurídica. Serve, assim, ao transconstitucionalismo na medida em que permite a abertura sistêmica do ordenamento jurídico brasileiro ao problema global dos direitos humanos ao mesmo tempo em que promove o fechamento normativo do sistema jurídico a partir de seu diálogo com a coerência interna das decisões, para se buscar a atender as expectativas cognitivas.

Estabelecidas, por conseguinte, as premissas teóricas, o próximo capítulo será dedicado ao estudo da ADI 5240, do qual será possível extrair essas nuances apresentadas neste capítulo no contexto de diálogo normativo e social exposto no capítulo primeiro – é a síntese da inclusão democrática para o reconhecimento dos direitos dos indivíduos a partir da abertura sistêmica que permite o controle de convencionalidade.

3. O STF E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE A PARTIR DO CASO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA: TÉCNICA JURÍDICA VOLTADA À INCLUSÃO DEMOCRÁTICA?

De toda a análise empreendida nos capítulos anteriores, vê-se que os direitos humanos internacionalmente estabelecidos desempenham um papel transformador no sistema jurídico e no sistema político, observado sobre diversos aspectos. Dois pontos, por sua vez, merecem destaque para a análise a ser empreendida neste derradeiro capítulo.

Em primeiro lugar, os direitos humanos consubstanciam um problema de natureza constitucional comum, o qual transborda as fronteiras delimitadas dos estados nacionais, de modo que uma análise desse fenômeno, sob a perspectiva jurídica, deve ser feita a partir do transconstitucionalismo, considerando a possibilidade que têm esses direitos de criar padrões globais mínimos de inclusão para a construção de uma governança transversal em direitos humanos.

Em segundo lugar, também por se constituírem como problemas constitucionais comuns, que essencialmente levam a uma flexibilização do conceito clássico de soberania estatal, os direitos humanos desempenham um papel fundamental na integração social em uma democracia constitucional. Conforme já analisado, os direitos humanos são fonte importante de integração social sob o aspecto normativo da cidadania a partir do reconhecimento do indivíduo enquanto cidadão, dotado de direitos individuais e políticos face ao Estado.

No que concerne, especificamente, aos direitos humanos no contexto brasileiro, a forma de penetração desses direitos no sistema jurídico brasileiro se daria, essencialmente, a partir de uma abertura estrutural do ordenamento jurídico (a partir de previsões legislativas para tanto) e, também, a partir do emprego de sua semântica no discurso jurídico. Esse último, de forma específica, encontra importante eco na técnica do controle jurisdicional de convencionalidade das leis, já que, como já analisado, essa técnica permite que se controle a validade de uma norma jurídica infraconstitucional brasileira face a tratados internacionais de direitos humanos, o que leva ao emprego da discursividade dos direitos humanos para efetivamente gerar um

incremento em sua proteção no contexto brasileiro, de modo a, conseqüentemente, impactar o aspecto normativo da cidadania.

O caso selecionado, a ADI 5240 e a análise a respeito da constitucionalidade das audiências de custódia, observado o procedimento já descrito na introdução para sua seleção, permite uma estruturação de toda a problemática aqui abordada, sob a perspectiva da dogmática jurídica. Nesse ponto, a pesquisa tem com objetivo essencial a descrição das características de um fenômeno delimitado, o impacto, sob a perspectiva do reconhecimento de direitos, do uso da semântica dos direitos humanos na inclusão democrática, no aspecto normativo da cidadania. Por sua vez, uma aproximação qualitativa do objeto da pesquisa permite uma descrição do fenômeno na complexidade do processo judicial – o qual teve como consequência o reconhecimento de um direito com fundamento legal em um tratado internacional: o direito de todo preso de se apresentar perante uma autoridade judicial, na presença de um defensor, para que seja analisada a legalidade de sua prisão.

O estudo de caso, cujos resultados serão descritos neste capítulo, ademais, se desenvolveu a partir da delimitação das camadas desse estudo. Uma vez que, como já afirmado na introdução, a pergunta de pesquisa é relativa ao reconhecimento de direitos e o controle de validade da legislação infraconstitucional a partir do direito internacional dos direitos humanos, o caso envolve necessária e primordialmente o processo judicial.

Em um primeiro momento, por conseguinte, será feita uma análise do contexto em que se desenvolveu o caso. Uma vez que o objeto desta dissertação é a discursividade jurídica para inclusão democrática a partir do reconhecimento de direitos internacionalmente estabelecidos, o caso é o processo, de onde se extrai a comunicação jurídica apta a reconhecer esses direitos. Não obstante, o contexto para o estudo de caso é também fundamental para o desenho da pesquisa, seja para delimitar aquilo que não será objeto direto de exame científico, seja para explicitar os fatores que circundam o caso jurídico. O contexto, aqui, por conseguinte, busca responder as perguntas sobre os fatos que levaram à implementação das audiências de custódia, mas que não integram, necessariamente, a comunicação jurídica para o reconhecimento de direitos: a necessidade da qual se originou a adoção da prática

processual, os atores políticos envolvidos, as regulamentações, as instituições, dentre outros aspectos.

Em um segundo momento, será feita a análise do caso propriamente dito, aqui delimitado especificamente nos autos da ADI 5240. Essa análise se deu, além é claro de todo o processo judicial, da seleção de unidades de análise, componentes do caso a serem aprofundados como elementos aptos a demonstrar o reconhecimento da normatividade ao direito internacional dos direitos humanos e se esse reconhecimento é fonte para validação de um direito no ordenamento jurídico local com base no direito internacional dos direitos humanos. Como já adiantado na introdução desta dissertação, fazem parte das unidades de análises 14 documentos extraídos dos autos judiciais, os quais enfrentam o mérito da controvérsia da ADI 5240: a petição inicial; o despacho de recebimento da petição inicial; as petições para ingresso no feito na condição de *amicus curiae*; a resposta do TJSP à petição inicial; os pareceres da AGU e da PGR; e o acórdão do julgamento.

Esse último, de forma específica, foi objeto de um estudo autônomo, ao final deste capítulo, com a atenção dada a seus respectivos detalhes para extrair do julgamento os elementos aptos a confirmar ou refutar a hipótese – o acórdão é o ponto, logo, de encerramento do capítulo, o que coincide, também, com o ápice do processo judicial. Ao final, espera-se esclarecer, principalmente, como, no caso da avaliação pelo STF a respeito da legalidade do ato normativo que instituiu as audiências de custódia, o controle de convencionalidade, a avaliação da validade de um ato normativo local a partir de normas estrangeiras, pode operar o reconhecimento de direitos no plano local para ser fonte dogmática do fortalecimento do aspecto normativo da cidadania, em um cenário de deslocamento da noção de cidadão que perpassa pelas normas globais de direitos humanos.

3.1 Audiências de custódia: o caso, o contexto e o processo

As audiências de custódia são, hoje, ato processual praticado, no prazo máximo de 24 horas após a prisão²⁸ em flagrante delito²⁹, com a presença do acusado perante a autoridade judiciária designada, na presença de representante do Ministério Público e do advogado do acusado ou seu defensor, para que o julgador relaxe eventual prisão em flagrante delito ilegal, converta a prisão em flagrante em preventiva ou conceda a liberdade provisória³⁰. Trata-se de direito do indivíduo detido em razão de prática de delito em situação de flagrância, observado o fato de que, conforme a legislação processual vigente, caso transcorrido prazo superior às 24 horas sem a realização da audiência de custódia, a prisão efetuada será considerada ilegal, o que ensejará seu relaxamento³¹.

A prática desse ato processual foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro, na condição de legislação ordinária, a partir da aprovação da Lei n. 13.964 de 2019, a qual promoveu modificações no Código de Processo Penal. Se, porém, a audiência de custódia foi inserida na condição de lei ordinária apenas no ano de 2019, fato é que sua previsão convencional era realidade no país, considerando o que prevê

²⁸ Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito. (BRASIL, 1941)

²⁹ Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la; III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.(BRASIL, 1941)

³⁰ Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) I - relaxar a prisão ilegal; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). (BRASIL, 1941)

³¹ Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) [...] § 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no caput deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

a CADH³² e o PIDCP³³, ambos introduzidos no país, pelo procedimento de incorporação de tratados internacionais, no ano de 1992.

Não obstante a previsão convencional, a prática foi introduzida no Brasil a partir do programa de audiência de custódia, lançado pelo CNJ no ano de fevereiro de 2015 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015), nos mesmos moldes do que hoje é previsto na legislação processual penal. Nesse contexto, a prática das audiências de custódia tinha dois resultados esperados: verificar se o acusado sofreu qualquer tipo de violência no momento de sua prisão e permitir à autoridade judicial avaliar a legalidade da prisão em flagrante (RIBEIRO, 2017), bem como a necessidade de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva³⁴, considerando, também, a possibilidade de concessão de liberdade provisória condicionada a medidas cautelares diversas da prisão³⁵.

³² Artigo 7. Direito à liberdade pessoal. 5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. (BRASIL, 1992b)

³³ ARTIGO 9 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de sua liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos. 2. Qualquer pessoa, ao ser presa, deverá ser informada das razões da prisão e notificada, sem demora, das acusações formuladas contra ela. 3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença. 4. Qualquer pessoa que seja privada de sua liberdade por prisão ou encarceramento terá o direito de recorrer a um tribunal para que este decida sobre a legalidade de seu encarceramento e ordene sua soltura, caso a prisão tenha sido ilegal. 5. Qualquer pessoa vítima de prisão ou encarceramento ilegais terá direito à reparação. (BRASIL, 1992a)

³⁴ Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. (BRASIL, 1941)

³⁵ Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). VI - suspensão do exercício de função pública ou

No Brasil, esse momento anterior à denúncia penal, de avaliação da legalidade da prisão em flagrante, seguia a previsão do Código de Processo Penal, em redação atualmente já revogada. Era prática comum, portanto, que o auto de prisão em flagrante, dentro de 24 horas, fosse encaminhado ao juiz competente, acompanhado de todos os depoimentos das testemunhas, com disponibilização de cópia para o Ministério Público e, em caso de não haver advogado constituído, para a Defensoria Pública³⁶. Essa prática, todavia, não levava o preso à presença da autoridade judicial, de modo que o juiz deveria decidir apenas a partir da versão oficial dos fatos e sem oitiva da defesa, a respeito da legalidade da prisão em flagrante e da necessidade de conversão em prisão preventiva.

A introdução das audiências de custódia buscou alterar essa prática a fim de, ao conferir eficácia aos tratados internacionais de direitos humanos já mencionados, levar o acusado para a presença da autoridade judiciária, elevando essa prática a um direito individual de toda pessoa detida em flagrante delito. Insta reconhecer, não obstante, que a implementação desse ato processual, embora de medida simples, possui um arranjo complexo, o qual impõe o desenvolvimento de cadeias de ação entre o poder executivo, pelas forças policiais, o Ministério Público, a Defensoria Pública e o poder judiciário para que o acusado se faça presente perante uma autoridade judiciária³⁷ – fato esse que não pode ser ignorado, e que,

de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). IX - monitoração eletrônica. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). (BRASIL, 1941)

³⁶ Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou a pessoa por ele indicada. § 1º Dentro em 24h (vinte e quatro horas) depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. § 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e o das testemunhas. (BRASIL, 2007)

³⁷ Em razão dessa estrutura prevista, as Audiências de Custódia não introduzem mudanças que dependem apenas da adaptação do Judiciário. A implementação e gestão das centrais previstas pelo Programa são de responsabilidade dos governos estaduais, contado, por vezes, com aporte financeiro da União, transferida por intermédio de convênios. Mesmo a simples condução do preso à autoridade judicial deve ser operacionalizada pela polícia, ou seja, depende da organização das Secretarias de

inevitavelmente, foi fonte de desagrado para determinados grupos, inclusive a ADEPOL, responsável pelo ajuizamento da ADI 5240 (BRASIL, 2015b).

Não obstante, a necessidade de se buscar uma forma eficaz de controlar a legalidade da atividade policial e a legalidade das prisões em flagrante efetuadas no país fez com que, antes mesmo do início do programa de audiências de custódia pelo CNJ, já houvesse propostas legislativas para a alteração da legislação processual penal. É possível destacar, nesse ponto, o Projeto de Lei do Senado n. 554/2011, de autoria do senador Antônio Carlos Valadares, e o Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 7.871/2014, os quais instituíam as audiências de custódia, ambos esses inclusive citados na petição inicial da ADEPOL a fim de demonstrar a inconstitucionalidade do provimento que instituiu essa prática processual no âmbito do estado de São Paulo (BRASIL, 2015b, documento 1).

Natália Ribeiro (2017) destaca, ainda, que práticas similares às audiências de custódia já eram realizadas em outros países da América Latina, dentre os quais a Argentina, o Chile, a Colômbia e o México, todos com atos normativos que exigiam a apresentação do acusado preso perante uma autoridade judiciária em prazos que variavam entre seis e 48 horas.

Dentro desse cenário, no Brasil, a adoção das audiências de custódia foi marcada por um consenso institucional (ao menos das instituições judiciais e de auxílio ao poder judiciário), o qual teve início efetivo com o programa de audiências de custódia no CNJ. Esse programa foi introduzido a partir, como já dito, do CNJ (órgão integrante da estrutura do poder judiciário, mas heterogêneo, por abrigar em sua estrutura representantes de outros órgãos e integrantes da sociedade civil³⁸), a

Segurança estaduais. Ou seja, há aí uma costura entre órgãos do Poder Executivo e Judiciário de diferentes entes. (RIBEIRO, 2017, p. 83)

³⁸ Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 61, de 2009) I - o Presidente do Supremo Tribunal Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 61, de 2009) II - um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) III - um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) IV - um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) V - um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) VI - um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) VII - um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) VIII - um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; (Incluído pela Emenda

partir de um termo de abertura de projeto com data de 30 de abril de 2015 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015).

Esse projeto conduzido pelo CNJ, não obstante, foi antecedido por um projeto piloto levado a cabo pelo TJSP. Em 27 de janeiro de 2015, a presidência desse Tribunal, em conjunto com a corregedoria geral, publicou o Provimento Conjunto n. 03/2015 (2015), que regulava o procedimento das audiências de custódia no âmbito desse estado da federação. Esse provimento, ao longo de onze artigos, fixava o procedimento para apresentação do acusado preso em flagrante perante a autoridade judiciária, em uma regulamentação objetiva e simples, mas que trazia o essencial do procedimento proposto, especialmente considerando aspectos de organização judiciária do estado de São Paulo.

Dois pontos, todavia, chamam a atenção quanto ao provimento conjunto, O primeiro deles, o fato de, na parte dos considerandos, constar expressamente que o TJSP atuou em parceria com o poder executivo (o que indica, novamente, um consenso institucional) com a finalidade de buscar o equacionamento dos problemas que passava o sistema penitenciário estadual³⁹. O segundo deles, o fato de, também nos considerandos, o provimento fazer expressa menção à CADH e indicá-la como fundamento para a realização das audiências de custódia, independentemente de previsão legal ordinária⁴⁰, o que demonstra o reconhecimento da normatividade dada ao direito internacional dos direitos humanos pelo Tribunal de Justiça do estado.

Constitucional nº 45, de 2004)IX - um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) X - um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) XI - um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) XII - dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) XIII - dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (BRASIL, 1988)

³⁹ CONSIDERANDO que o Poder Judiciário, em parceria com o Poder Executivo, vem adotando inúmeras providências na busca pelo equacionamento dos problemas sob os quais opera o sistema penitenciário do Estado; (PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO; CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA, 2015)

⁴⁰ CONSIDERANDO que o Brasil, no ano de 1992, ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (pacto de San Jose da Costa Rica) que, em seu artigo 7o, item 5, dispõe: “toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais”; (PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO; CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA, 2015)

Regulamentada a prática do ato no âmbito do estado de São Paulo, a primeira audiência de custódia do Estado ocorreu no dia 24 de fevereiro de 2015, em sessão acompanhada pelo então presidente do STF e do CNJ, ministro Ricardo Lewandowski, pelo ministro do Estado da justiça, José Eduardo Cardozo, e pelo Governador de São Paulo (RIBEIRO, 2017). Esse ato coincidiu com a publicação das diretrizes do biênio de 2015/2016 do CNJ, sob a presidência do então ministro Ricardo Lewandowski, dentre as quais constava “Desenvolver uma política criminal judiciária para o sistema penitenciário e socioeducativo, tendo por pilares a concretização e a efetividade de direitos, e o combate à cultura do encarceramento desnecessário, em especial, nas prisões provisórias” (ZAMPIER, 2015).

Ainda no ano de 2015, muito a partir da força institucional do CNJ, todos os estados da federação adotaram o procedimento a partir do projeto piloto do estado de São Paulo. Conforme dados do próprio CNJ, o último ente federado a adotar o procedimento da audiência de custódia foi o Distrito Federal, em 14 de outubro de 2015, além a maioria dos entes federados, com exceção do Rio Grande do Sul, manter um percentual de soltura superior a 40% (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

Ainda no ano de 2015, todavia, o assunto das audiências de custódia foi avaliado no STF em duas ocasiões diversas: no julgamento da Arguição por Descumprimento de Preceito fundamental (ADPF) 347 e no julgamento do objeto deste estudo de caso, a ADI 5240. De forma específica quanto à ADPF 347, necessário ter em mente que se trata de ação de controle concentrado de constitucionalidade com o objetivo de reconhecer o “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro para que fossem adotadas as medidas estruturais necessárias à superação da situação de violação massiva de direitos fundamentais então enfrentada nos presídios brasileiros.

A ADPF 347, julgada em setembro, aproximadamente um mês após o reconhecimento da legalidade do procedimento das audiências de custódia adotado no Estado de São Paulo no âmbito da ADI 5240, a partir do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário, culminou na determinação pelo STF de que “Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do PIDCP e Políticos e 7.5 da CADH, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia,

viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.” (BRASIL, 2015c).

Esse julgamento, todavia, não analisou a constitucionalidade das audiências de custódia no Brasil, tampouco se discutiu a convencionalidade dessa medida, não obstante o acórdão haver mencionado expressamente o fundamento desse ato processual, a CADH. Fato é que o STF já havia analisado a legalidade da instituição das audiências de custódia por ato normativo infralegal ainda no mês de agosto de 2015, quando do julgamento da ADI 5240, o caso objeto deste estudo, a ser explorado ao longo de todo este capítulo.

Além de a CADH ser o fundamento legal para a instituição das audiências de custódia no Brasil, o sistema americano de direitos humanos teve um papel relevante para a instituição desta prática no país. No mês de outubro de 2015, o ministro Ricardo Lewandowski levou o projeto das audiências de custódia do CNJ para Washington, para a OEA e a CmIDH. Na oportunidade, o ministro, na condição de presidente do CNJ, consolidou com o então presidente da OEA, Luís Almagro, um termo de cooperação entre os dois órgãos para concretização de boas práticas do sistema penitenciário no Brasil:

O acordo CNJ-OEA consolida a cooperação dos dois órgãos no desenvolvimento, na implementação e no intercâmbio de projetos no Brasil e nos demais Estados-membros interessados em uma melhor distribuição da Justiça e na concretização de boas práticas relacionadas ao sistema penitenciário e à execução penal. Prioritária para a atual gestão do CNJ, a pauta para a área criminal foi registrada na Portaria CNJ 16/2015, que traz diretrizes de gestão para o biênio 2015-2016.

Segundo o acordo de cooperação, o CNJ e a OEA atuarão para promover medidas alternativas ao encarceramento; audiências de custódia; expansão do acesso à justiça; melhoria da eficiência do Judiciário para reduzir a população penitenciária; informatização dos processos de execução penal; fortalecimento da reinserção social pela melhoria da infraestrutura penitenciária; e capacitação de profissionais, assim como implementação de ferramentas de gestão e planejamento no sistema penitenciário. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 195)

De todo esse ciclo narrado, com a implementação das audiências de custódia em todos os estados da federação e no Distrito Federal, reconhecida a legalidade do procedimento e da forma de sua instituição pelo STF, somando-se o relativo consenso institucional para a necessidade da prática pelos órgão relacionados ao sistema de justiça (em comunicação do poder executivo, poder judiciário, órgãos auxiliares da justiça e, também, organismos internacionais), em dezembro de 2015, o

CNJ editou a resolução n. 213, a qual regulamentava as audiências de custódia no âmbito de todo território nacional. Essa resolução, da mesma forma como a resolução paulista, buscou fundamentação para instituição da prática na CADH, um fato reconhecido já na introdução do texto legal. A partir desse ponto, as audiências de custódia se tornaram obrigação em todo o Estado, consubstanciando-se direito do acusado, um direito com fundamento em um tratado internacional de direitos humanos. Sobre o texto legal, é possível afirmar:

Principal marco normativo, a Resolução no 213/15 do CNJ detalha com especificidade as atribuições dos principais atores envolvidos nas Audiências de Custódia. Em seus 17 artigos e dois protocolos - sobre aplicação de penas alternativas e procedimentos para apuração de denúncias de tortura – versa desde, antes de ocorrer a Audiência, a do delegado de comunicar o advogado do preso sobre a sua realização, passando pela conduta dos juízes e funcionários administrativo, até pelo acompanhamento das medidas cautelares, após sua realização. Desse modo, evidencia as responsabilidades tanto do Judiciário como do Executivo para com a política. (RIBEIRO, 2017, p. 93) (*sic*)

A implantação do programa das audiências de custódia, no entanto, não veio desacompanhada de críticas. Nesse mesmo sentido, três ações concretas podem ser indicadas como resistência ao programa de audiências de custódia. A primeira delas, o caso propriamente dito, o ajuizamento pela ADEPOL da ADI 5240. Conforme será melhor analisado no tópico que se segue sob a perspectiva da inclusão a partir dos direitos humanos, em menos de uma semana da primeira audiência de custódia no estado de São Paulo, a associação ajuizou uma ADI com a finalidade de declarar a inconstitucionalidade do Provimento Conjunto n. 03/2015, sob o fundamento central de que a instituição das audiências de custódia representa uma inovação jurídica no sistema processual penal brasileiro, de modo que seria reservado à lei a sua instituição – por isso a inconstitucionalidade do ato normativo paulista.

A segunda, trata-se da impetração do mandado de segurança autuado sob o n. 2031658-86.2015.8.26.0000 pela Associação Paulista do Ministério Público perante o órgão especial do TJSP⁴¹. A associação pretendia se reconhecesse também que as audiências de custódia fossem instituídas apenas por lei federal, considerando

⁴¹ O mandado de segurança foi, posteriormente, extinto por falta de interesse de agir, o que ensejou o indeferimento da petição inicial, conforme decisão que pode ser acessada pelo seguinte link: <https://www.conjur.com.br/dl/ms-audiencia-custodia-negado.pdf>

a reserva legal da matéria, de modo a buscar tornar eficaz o Provimento Conjunto n. 03/2015.

A terceira, por fim, o ajuizamento da ADI 5448 pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (ANAMAGES) em face da Resolução n. 213/2015 do CNJ, na qual se pleiteava a declaração de inconstitucionalidade do ato normativo, não obstante o STF não ter enfrentado o mérito nessa ação em razão de ter reconhecido a ilegitimidade ativa da associação autora⁴². Essas reações, no entanto, explicitam visões diversas a respeito do programa de audiências de custódia:

As principais ideias que se sobressaem é de que o sistema, tal qual ele existe, já garante que a prisão provisória não seja utilizada de maneira ilegal ou abusiva, visto que o Delegado, na presença do preso e o Juiz, a partir do auto, já fazem uma análise de mérito e conveniência. As altas taxas de prisões em flagrante seriam, então, decorrência da periculosidade dos indivíduos a sociedade, e soltá-los, ainda que sem o devido processo legal, seria sinônimo de impunidade. O problema da situação do sistema prisional exclusivo do Poder Executivo, não devendo o Judiciário ser provocado para buscar soluções, e deve ser resolvido com a construção de mais presídios. Ou seja, a argumentação nega a existência de um uso abusivo da prisão provisória, ou mesmo do aprisionamento, como medida. Por fim, há a percepção de que o Poder Judiciário já está sobrecarregado, faltando recursos para realizar também essa atividade. (RIBEIRO, 2017, p. 92)

De todo modo, fato é que as audiências de custódia foram implementadas, apesar das inúmeras reações suscitadas, o que levou, já no ano de 2019, à cristalização do programa capitaneado por uma ação institucional do CNJ na legislação processual penal, conforme já afirmado nos parágrafos anteriores. De toda a discussão, todavia, a respeito desse programa, para além da justificativa social, o que se sobressai é a referência a um direito do acusado que encontra fundamento em

⁴² Agravo regimental em ação direta de inconstitucionalidade. Resolução no 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Norma que repercute sobre toda a magistratura nacional. Associação Nacional de Magistrados Estaduais (ANAMAGES). Entidade representativa dos interesses dos magistrados que integram a Justiça dos estados da Federação e do Distrito Federal e Territórios. Parcela da categoria profissional. Ilegitimidade ativa. Agravo a que se nega provimento. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal orientou-se no sentido de que não detém legitimidade ativa ad causam para o controle concentrado de constitucionalidade a associação que represente apenas parcela da categoria profissional sobre a qual repercute o ato normativo impugnado. Precedentes. 2. A Associação Nacional de Magistrados Estaduais (ANAMAGES), entidade representativa dos interesses dos magistrados que integram a Justiça dos Estados da Federação e do Distrito Federal e Territórios (art. 2o, a, do Estatuto), não tem legitimidade para impugnar a Resolução no 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas, a qual contém dispositivos que repercutem sobre toda a magistratura estadual. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, 2016)

tratados internacionais de direitos humanos e que, por consequência, teve a análise de sua validade condicionada aos tratados de direitos humanos, o que indica que, em primeiro lugar, os tratados internacionais de direitos humanos são dotados de normatividade e, em segundo lugar, são o fundamento para o reconhecimento de direitos, esses não mais com base apenas na legislação local, mas com base no direito internacional, o que aponta para uma desterritorialização da noção de cidadania.

Tendo em vista essas questões, o próximo tópico busca adentrar no caso propriamente dito para perseguir a análise (que é extraída também do contexto): sobre se os direitos humanos são dotados de normatividade e se são fundamento para o reconhecimento de direitos no âmbito do estado brasileiro. Essas duas facetas conjugadas, as quais serão explicitadas a seguir, apontam para uma concepção do aspecto normativo da cidadania que perpassa, necessariamente, pelo direito internacional dos direitos humanos.

3.2 A jurisdição constitucional e as audiências de custódia: os atores do sistema de justiça

A ADI 5240 se insere em um contexto de uma reação institucional coordenada entre os poderes judiciário e executivo para enfrentamento do encarceramento em massa do Brasil. Naquele momento, a introdução do ato processual da audiência de custódia apresentava-se como fundamental para a análise da legalidade das prisões efetuadas no Brasil e para o enfrentamento da violência das forças do Estado direcionadas aos acusados. Esse cenário levou a um consenso institucional, liderado pelo CNJ, o qual culminou na Resolução n. 213/2015 desse órgão. Como já visto, no entanto, a constitucionalidade da introdução pelo Provimento Conjunto n. 03/2015 do TJSP das audiências de custódia, com fundamento legal na CADH foi questionada como forma de externalizar as críticas a esse instituto, mormente considerando os atores contrários entenderem não ser devido ao poder judiciário buscar resolver um problema que seria de política pública.

Essa reação encontra expressão na ADI 5240 pela petição inicial da ADEPOL, ajuizada no dia 12 de fevereiro de 2015. Nessa petição, o direito

internacional dos direitos humanos é reconhecido como dotado de força normativa, mas para confirmar a tese principal suscitada pela ADEPOL: a de que a matéria relativa às audiências de custódia deve ser regulamentada por lei federal apenas, motivo pelo qual, segundo narração da organização, o provimento do TJSP é inconstitucional⁴³. É dizer, o direito internacional dos direitos humanos é empregado pela entidade para, uma vez dotado de normatividade, negar o direito de todo acusado ao comparecimento perante uma autoridade judiciária no prazo de 24 horas na espécie normativa empregada. Logo, se por um lado há o reconhecimento da normatividade do direito internacional dos direitos humanos, essa normatividade não é empregada para o reconhecimento de direitos, mas sim para negar-lhes vigência. Por óbvio, ademais, a petição não faz referência ao controle jurisdicional de convencionalidade.

De todo modo, a demanda ajuizada pela ADEPOL transparece, também, a contrariedade da associação pela sistemática adotada para a realização das audiências de custódia, Para além da utilização da normatividade dos direitos humanos para afirmar que a matéria regulamentada pelo provimento paulista é de reserva de lei, é afirmado que o provimento em questão também viola a separação de poderes, por impor às autoridades policiais, integrantes do poder executivo, atribuições que não lhes competiriam⁴⁴, não obstante a previsão convencional da apresentação do acusado perante uma autoridade judiciária em tempo hábil.’

⁴³ “De outro giro, outrossim, sobre a relevantíssima questão do CABIMENTO DA AÇÃO, no tocante à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), a que se refere o art. 1º do Provimento Conjunto impugnado, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343-SP, alterou o seu posicionamento em relação à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos. A SUPREMA CORTE destacou que estes tratados, antes equiparados às leis ordinárias federais apresentam estatura de norma suprallegal. Impende lembrar que o em. MINISTRO CELSO DE MELLO entende que as noras dos tratados internacionais de direitos humanos possuem status constitucional independentemente da forma de sua ratificação. Diante disso, fica caracterizada também a impropriedade do meio empregado mediante Provimento Conjunto visando disciplinar essa matéria (audiência de custódia) com base diretamente no texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).” (BRASIL, 2015b, documento 2)

⁴⁴ Sendo órgãos do Poder Executivo, resta patente, *data vênia*, que **não pode o poder judiciário** editar norma que tenha por fim definir suas atribuições e competências, conferindo-lhe a faculdade de fazer ou deixar de fazer alguma coisa. O **Provimento Conjunto n. 03/2015, entretanto**, ao instituir a audiência de Custódia estabelecendo novas atribuições aos delegados de polícia e seus agentes, antes da aprovação da legislação federal que tramita no Congresso Nacional, resta Clara ofensa ao princípio da divisão de poderes (C.F. art. 2º). (BRASIL, 2015b, documento 2)

A ação, outrossim, foi proposta com pedido cautelar para suspensão da eficácia do Provimento Conjunto n. 03/2015. Recebida, todavia, a petição inicial pelo ministro relator Luiz Fux, não foi apreciado o pedido cautelar, não obstante o relator haver determinado que o trâmite da ação seguiria a disposição do art. 12 da Lei n. 9.869/1999⁴⁵, o qual prevê uma tramitação prioritária para ações de controle concentrado, considerando a relevância da matéria objeto da ação, o que foi reconhecido pelo relator como “[a] hipótese reveste-se de indiscutível relevância” (BRASIL, 2015b, documento 12).

Conforme, assim, o trâmite legal, o TJSP, por sua presidência e corregedoria, foi intimado a prestar informações relativas ao objeto da ação direta. As informações prestadas pelo Tribunal, apesar de não mencionarem o controle jurisdicional de convencionalidade, deixam claro o que já consta das considerações para o Provimento Conjunto n. 03/2015: que “é ato administrativo inserido em uma política pública federal, baseada no artigo 7º, item 5 da CADH, ratificada pelo Brasil em 1992” (BRASIL, 2015b, documento 18), em clara expressão da força normativa dos direitos humanos, reconhecendo-os, inclusive, como direitos de envergadura constitucional, um direito fundamental (BRASIL, 2015b, documento 18).

Ainda quanto às informações prestadas pelo TJSP, vê-se também que o Provimento Conjunto n. 03/2015 se insere, efetivamente, no contexto de resposta institucional conjunta dada pelo poder judiciário em face da condição deplorável do sistema carcerário brasileiro, o que é evidente a partir da citação direta a outros órgãos que apoiaram a medida ou a outros tribunais que também a adotaram: faz menção ao programa de audiências de custódia do CNJ, ao Ministério da Justiça, ao CNJ, ao Tribunais de Justiça dos Estados do Maranhão, do Espírito Santo e do Mato Grosso, de modo que “o Provimento em questão está inserido em uma política pública nacional de controle da violência de autoria do Poder Executivo Federal e relacionada ao número de encarceramentos realizados no país” (BRASIL, 2015b, documento 18).

⁴⁵ Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação. (BRASIL, 1999)

As informações prestadas pelo TJSP, ao se contrapor diretamente à petição inicial da ADEPOL, deixam claro, em primeiro lugar, que a CADH condiciona a validade do direito posto em julgamento no STF⁴⁶, e, em segundo lugar, e que o direito internacional dos direitos humanos foi o fundamento para que fosse reconhecido o direito de todo acusado a se apresentar perante uma autoridade policial, no prazo máximo, conforme o provimento, de 24 horas. Se, por um lado, o controle jurisdicional de convencionalidade não é citado na petição, por outro, a CADH condiciona a validade do Provimento Conjunto n. 03/2015 e é a fonte do direito reconhecido administrativamente pelo Tribunal de Justiça.

A AGU também direciona sua manifestação no mesmo sentido, o de reconhecimento da normatividade do direito internacional dos direitos humanos para fundamentar o direito de todo acusado a se apresentar perante uma autoridade judiciária para avaliação da legalidade de sua prisão. Nessa manifestação, o ato normativo é colocado como a ação que viabiliza a adequada execução da disposição contida na CADH, a partir de uma concepção hierarquicamente escalonada do ordenamento jurídico. Nesse sentido, “deve-se ressaltar que as convenções internacionais mencionadas integram o ordenamento brasileiro e são aptas à produção direta de efeitos jurídicos. Trata-se de atos infraconstitucionais que servem de fundamento imediato de validade para a edição de diplomas normativos de caráter meramente regulamentar” (BRASIL, 2015b, documento 30). A norma infralegal questionada, ademais, pela ADEPOL retira, assim, o fundamento de sua validade do direito internacional dos direitos humanos, razão pela qual pode produzir efeitos de imediato para incorporar no Brasil o direito de todo acusado à audiência de custódia. É dizer, o ato normativo é legal, sob a perspectiva da legalidade estrita, por dar eficácia a norma convencional, não obstante, conforme a manifestação da própria AGU (BRASIL, 2015b, documento 30), não ter seu fundamento direto em norma constitucional.

⁴⁶ [Q]uando questionado, esse Egrégio Supremo Tribunal Federal manifestou-se no sentido de que eventual vício de inconstitucionalidade formal não pode prevalecer em detrimento de norma mais protetiva, assentada em tratados internacionais recepcionados em caráter supralegal, [...]. (BRASIL, 2015b, documento 18)

Aliás, importante notar que neste ponto do processo já se delineia a conclusão a que se chegará, na data do julgamento, o STF: de que a controvérsia a respeito da constitucionalidade do Provimento Conjunto n. 03/2015 não é propriamente de constitucionalidade, já que, segundo o Tribunal, os tratados internacionais de direitos humanos possuem natureza hierárquica mínima supralegal. Isso significa que esse provimento busca validade em norma convencional e lhe dá eficácia, de modo que a Constituição é fundamento indireto para esse controle – um controle não de constitucionalidade, mas de legalidade da disposição infralegal, a despeito do que afirma o §2^a do art. 5^o da Constituição Federal⁴⁷.

A PGR também desenha uma conclusão bastante alinhada à AGU – outra evidência do consenso institucional que rondava a introdução das audiências de custódia no Brasil. Nesse ponto, do mesmo modo, entende a PGR que a instituição das audiências de custódia por ato normativo infralegal tem como objetivo e fundamento de validade a CADH, em indiscutível reconhecimento de sua força normativa. Essa força normativa é, logo, empregada para afirmar que há um direito até então não regulamentado de todo acusado de se apresentar perante uma autoridade judiciária, em tempo hábil, para a análise da legalidade de sua prisão. A PGR ainda entende como salutar a iniciativa do CNJ no Programa de Audiências de Custódia, em outra evidência do consenso institucional, não obstante afirmar a PGR que seria necessário uma consulta prévia ao Ministério Público antes da instituição desses atos normativos estaduais para a regulamentação das audiências de custódia (BRASIL, 2015b, documento 47). Nesse ponto, é fundamental destacar que, para a PGR, “[o] Provimento Conjunto 3/2015 visa apenas a regulamentar tratados internacionais de direitos humanos devidamente incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, que passaram pela apreciação e aprovação do Congresso Nacional e da Presidência da República” (BRASIL, 2015b, documento 47), de modo que “o provimento conjunto está em consonância com o ordenamento constitucional,

⁴⁷ Art. 5^o Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 2^o 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. (BRASIL, 1988)

contribui para a promoção de direitos fundamentais como direito à liberdade, à ampla defesa e ao devido processo legal, bem como para reduzir a endêmica superlotação carcerária do país [...]” (BRASIL, 2015b, documento 47).

Com a manifestação da PGR, datada de 21 de julho de 2015, o processo estava pronto para julgamento observada a disposição do art. 12 da Lei n. 9.869/1999. Nesse ínterim, todavia, foram feitas solicitações para ingresso no feito na condição de *amicus curiae*⁴⁸. No processo, apresentaram solicitações a Federação Nacional dos Policiais Federais (FENAPEF), a Defensoria Pública da União (DPU), a Defensoria Pública do Espírito Santo (DPE-ES), a Associação dos Magistrados do Espírito Santo (AMAGES), o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), a Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADEP), as Defensorias Públicas do Distrito Federal (DPDF) e dos Estados do Rio Grande do Sul (DPE-RS), do Rio de Janeiro (DPERJ), de São Paulo (DPESP) e do Tocantins (DPE-TO). Não obstante, foram admitidos ao feito apenas a FENAPEF, a DPU e a DPE-ES, as únicas que apresentaram seus requerimentos tempestivamente, antes de a ADI 5240 ser posta em pauta para julgamento. O fato, porém, de as demais entidades não terem sido admitidas ao feito na condição de *amicus curiae* não impediu que, em suas respectivas petições de ingresso ao feito, se manifestassem, mesmo que de forma breve, sobre a controvérsia objeto de julgamento, como forma, inclusive, de antecipar seu posicionamento em caso de deferimento do pedido.

Dentre as manifestações para ingresso do feito na condição de *amicus curiae*, as manifestações da AMAGE e da ANADEP são petições simples, as quais não informam o posicionamento das instituições, tampouco enfrentam a controvérsia objeto da ação (BRASIL, 2015b, documentos 57 e 62), razão pela qual não compõem as unidades de análise. As manifestações, por sua vez, para ingresso no feito da DPU e da DPE-ES, se não enfrentam de forma direta o mérito da questão, ao menos trazem

⁴⁸ A figura dos *amicii curiae* encontra fundamento legal, em ações de controle concentrado de constitucionalidade, na previsão do §2º do art. 7º da Lei n. 9.868/1999:

Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. § 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades. (BRASIL, 1999)

o consenso institucional a respeito da adoção do programa de audiências de custódia, o que é corroborado pelos documentos que as instruem. Em ambas as manifestações, portanto, se destaca a menção expressa ao programa de audiência de custódia, à liderança do CNJ e do Ministério da Justiça para sua implementação, e, principalmente, a adequação da medida face à situação carcerária do Brasil (BRASIL, 2015b, documentos 32 e 40). Ainda nesse ponto, destaca-se o fato noticiado pela DPE-ES de o ministro Ricardo Lewandowski, então presidente do CNJ, ter participado da primeira audiência de custódia do estado do Espírito Santo, acompanhado de autoridades do poder judiciário local e do poder executivo (BRASIL, 2015b, documento 43).

As demais petições para feitas para o processo, todavia, ao enfrentar o mérito, aduzem para a constitucionalidade da Portaria Conjunta n. 03/2015 e pela aplicação, principalmente, da CADH, mas também, do PIDCP. Nesse sentido, é possível destacar os seguintes trechos das petições, respectivamente, da FENAPEF, da DPU e do Instituto de Defesa do Direito de Defesa, todos aduzem tanto o reconhecimento da normatividade do direito internacional dos direitos humanos para o reconhecimento do direito à audiência de custódia:

FENAPEF

Por todo o exposto, atendidos os requisitos do § 2º do art. 7º da Lei nº 9.868/1999, quais sejam: 1) relevância da matéria e 2) representatividade do postulante; requer-se que Vossa Excelência se digne a admitir o ingresso da FENAPEF na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade na condição de Amicus Curiae, franqueando-se a sua ampla manifestação, a fim de fornecer informações necessárias para demonstrar a constitucionalidade da Portaria Conjunta nº 03/2015, para cumprimento das normas estabelecidas na Convenção Americana de Direitos Humanos (pacto de San José da Costa Rica), ratificado pelo Brasil. (BRASIL, 2015b, documento 25)

Defensoria Pública da União

O Provimento Conjunto número 03/2015, da Presidência do Tribunal de Justiça e da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, não inovou no ordenamento jurídico. Diferentemente disso, limitou-se a regulamentar o modo de efetivação da garantia prevista no artigo 7.º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, tratado internacional sobre direitos humanos vigente na ordem jurídica interna. Mais não fez do que uniformizar, no âmbito do Poder Judiciário Paulista, os procedimentos para a efetivação de direito preexistente. (BRASIL, 2015b, documento 50)

Instituto de Defesa do Direito de Defesa

Assim, Pacto de San José e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que dão amparo à realização de audiência de custódia, encontram-se no ambiente normativo brasileiro, no mínimo, como normas de natureza

supralegal, senão como garantias constitucionais, vez que aprovadas devidamente em 1992, segundo o devido processo legal vigente. O art. 400 do CPP não modifica a existência normativa da audiência, posto constituir dispositivo hierarquicamente inferior em relação ao disposto no art. 7o, no 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). (BRASIL, 2015b, documento 72)

Uma petição, todavia, merece atenção. A petição para ingresso no feito na condição de *amicus curiae* das DP-DF, DPE-RS, DPERJ, DPESP e DPE-TO é também uma petição que confirma a normatividade do direito internacional dos direitos humanos⁴⁹ e que encontra no direito internacional dos direitos humanos o fundamento para afirmar a existência do direito de todo acusado a se apresentar, em tempo hábil, perante uma autoridade judiciária para avaliação da legalidade de sua prisão. Não obstante, trata-se da única petição em todo o processo que reconhece o controle de convencionalidade como uma técnica para controle da validade das leis:

Atualmente, a doutrina tem alertado que, na seara das normas de direitos humanos, deve haver um diálogo entre fontes e tribunais no campo hermenêutico. Trata-se de um controle construtivo de convencionalidade que, segundo Daniel Sarmiento, “consiste em buscar ajustar a legislação interna à normativa internacional pela via hermenêutica, no afã de construir interpretações da primeira que se compatibilizem com parâmetros internacionais de proteção dos direitos humanos. (BRASIL, 2015b, documento 53)

O fato de o controle de convencionalidade ser discutido em apenas uma petição é importante para pensar o verdadeiro significado dessa técnica. Isso porque todas as petições aqui citadas, salvo a petição inicial, empregaram o direito internacional dos direitos humanos como um parâmetro para análise da validade das leis locais, no entanto, esse processo de controle de legalidade não foi nomeado como controle de convencionalidade. Fato é que há, ao longo de todo o processo, essa operação de verificação da validade de leis locais face a tratados internacionais. Apesar disso, os peticionários entendem que esse procedimento dogmático é um controle de legalidade face ao caráter mínimo supralegal dos tratados internacionais. A consequência jurídica desse entendimento é o acórdão da ADI 5240: a menção à

⁴⁹ Em resumo, as normas descritas no artigo 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e no artigo 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos são autoaplicáveis, e os conceitos de “sem demora” e “prazo razoável”, nelas previstos, devem, num controle de convencionalidade construtivo, ser definidos pela regra de direito interno que prevê o limite temporal de 24 horas para a comunicação da prisão à autoridade judicial. (BRASIL, 2015b, documento 53)

legalidade do Provimento Conjunto n. 03/2015 como forma de afastar o controle de constitucionalidade.

De toda forma, mesmo que descompassado face ao controle jurisdicional de convencionalidade, ainda assim os direitos humanos são empregados como fonte para controle da legalidade da legislação infraconstitucional, não obstante o ser de forma a articular hierarquicamente as normas jurídicas para se aferir a validade das normas locais, sem também, salvo a petição das DP-DF, DPE-RS, DPERJ, DPESP e DPE-TO, reconhecer a possibilidade de uma articulação heterárquica entre normas jurídicas para a construção de uma solução dialogada para os problemas jurídicos de aplicação do direito internacional dos direitos humanos.

A consequência dessa constatação é, portanto, o fato de os petionários conduzirem o processo de forma a reconhecer a normatividade dos direitos humanos, atendendo ao primeiro eixo de análise, e, em decorrência disso, reconhecer um direito atinente à controvérsia jurídica, em atendimento ao segundo eixo de análise. Isso significa que mesmo não se utilizando do vocábulo do controle de convencionalidade, a análise da validade das leis a partir do direito internacional dos direitos humanos teve como fruto o reconhecimento do direito de todo o acusado a se apresentar perante uma autoridade judiciária para a avaliação da legalidade de sua prisão.

Analisado o processo judicial, por conseguinte, o próximo tópico avançará sobre o julgamento da ADI 5240, também sob os mesmos parâmetros de análise aqui empregados, a fim de, ao final, buscar chegar à conclusão sobre se o controle de validade das leis, seja de convencionalidade ou de legalidade, gera um incremento democrático pelo reconhecimento de direitos enquanto parte do aspecto normativo da cidadania.

3.3 O julgamento: a inclusão normativa a partir da avaliação da validade do Provimento n. 03/2015 e o reconhecimento do direito à audiência de custódia

No dia 20 de agosto de 2015, a ADI 5240 foi julgada no plenário do STF. Em julgamento conduzido pelo ministro Ricardo Lewandowski, sob relatoria do ministro Luiz Fux, a ação foi julgada, por maioria, para conhecer em parte e, na parte conhecida, julgar improcedentes os pedidos. Na oportunidade, fizeram sustentações

orais a DPU e a DPE-ES. Considerado, ainda, globalmente o julgamento, é fato que a maioria de ministros, com exceção do ministro Marco Aurélio, reconheceu a normatividade do direito internacional dos direitos humanos para, a partir disso, afirmar que o Provimento n. 03/2015 apenas executa norma supralegal válida no ordenamento jurídico pátrio, de modo que essa não padece de inconstitucionalidade. É dizer, em uma análise perfunctória, a decisão do STF supera ambos os eixos de análise a ela aplicados: (i) a normatividade dos direitos humanos aplicada para (ii) reconhecer o direito de todo acusado a se apresentar perante a autoridade judiciária para avaliação da legalidade de sua prisão.

Essa tônica permanece durante toda a sessão, conforme o acórdão de julgamento⁵⁰. Já ao final do julgamento, o presidente do STF, ministro Ricardo Lewandowski, afirma, em tom de crítica, que “subscritor da inicial alega que há ofensa - expressamente, ele consigna isso ao art. 22, inciso I, da Constituição -, em que ele pretende dizer que compete privativamente à União legislar sobre Direito Penal Processual, dentre outras matérias que esse inciso abriga, ele está implicitamente dizendo que o Pacto de São José de Costa Rica não tem a normatividade suficiente para se tornar autoaplicável, no que eu entendo que, evidentemente, o autor está equivocado” (BRASIL, 2015b, documento 87, p. 81), o que atrai, inclusive a matéria constitucional para análise do caso.

Antes, todavia, de se adentrar propriamente à matéria jurídica objetivamente discutida, algo que deve ser verificado é a remissão constante do relator à situação do sistema prisional do Brasil para apresentar as audiências de custódia como uma política pública que pode responder a essas mazelas. Esse ponto é especialmente evidente no voto do ministro relator: ao invés de discutir a matéria constitucional de fundo, o ministro Luiz Fux inicia seu voto a partir de uma descrição da então realidade do sistema carcerário brasileiro, dando especial destaque ao fato de, então, o Brasil ter a 4ª maior população carcerária do mundo (BRASIL, 2015b, documento 87).

⁵⁰ Importante esclarecer que não foi possível ter acesso às notas taquigráficas da sessão de julgamento da ADI 5240, tampouco ao vídeo da sessão, razão pela qual a análise dessa unidade será feita com base exclusivamente no acórdão. Esse fato, ademais, é justificado sob uma perspectiva metodológica na medida em que é o acórdão que revela o entendimento do Tribunal, de modo que os eixos de análise do caso seriam explicitados apenas a partir do acórdão.

Esse ponto, quase uma justificativa política para a decisão tomada, não é determinante para afirmar que quaisquer dos eixos em observação nesta dissertação foi ou não atendido. Não obstante, esse ponto é relevante para o estudo de caso realizado na medida em que revela que o que motivou a decisão tomada em conjunto pelo STF não foi, de forma isolada, os direitos humanos internacionalmente considerados. Pelo contrário, o início do voto do ministro Luiz Fux aduz que o problema político da população carcerária no Brasil foi igualmente determinante, se não o fator principal, para as ações do CNJ, para o provimento dos Tribunais de Justiça, enfim, para as medidas de políticas públicas tomadas para reconhecer e dar efetividade ao direito à audiência de custódia. Há um parágrafo do voto do ministro relator especialmente relevante para esse ponto:

A proposta das audiências de custódia, capitaneada pelo Conselho Nacional de Justiça e encampada por diversos tribunais do país, sem dúvida é das mais relevantes nessa seara, como provam os resultados hauridos até então pelas cortes pioneiras: redução de 50% das prisões cautelares no TJES6 e redução de 40% das prisões cautelares no TJSP7, no primeiro mês de realização das audiências de custódia, além da estimativa de economia de 75 milhões de reais por ano com gastos no sistema penitenciário do Estado do Paraná e de 27 milhões de reais por ano no Amazonas. (BRASIL, 2015b, documento 87, p. 17)

Inevitável, por conseguinte, concluir que o fator relativo à situação carcerária do Brasil no momento de julgamento da ADI 5240 foi determinante para o resultado do julgamento, haja vista a presença desse debate ao longo de toda a sessão, a presença no voto do relator e, claro, a presença no discurso institucional do CNJ, não obstante não ser esse um fator propriamente jurídico, de dogmática.

Superado esse ponto, outra questão de discussão no plenário, que não afeta diretamente a análise do estudo de caso, é relativo à legitimidade ativa da ADEPOL para a propositura da ação, isso porque, apesar de não se discutir, nesse ponto, direitos humanos, reconhece-se que é necessário uma articulação institucional para a implementação das audiências de custódia – o que retoma o ponto já analisado no tópico anterior relativo a um certo consenso institucional existente naquele momento a respeito da necessidade de se reconhecer a audiência de custódia como um ato processual legítimo.

De forma específica quanto ao mérito da questão – a constitucionalidade do Provimento Conjunto n. 03/2015 quanto à regulamentação das audiências de

custódia – o voto do ministro relator, com o qual os demais ministros concordaram, é bastante claro quanto aos dois eixos de análise aqui estudados: o acórdão reconhece a normatividade da CADH para afirmar que há um direito de todo acusado a se fazer presente perante uma autoridade judiciária para avaliação da legalidade de sua prisão. A primeira questão, relativa à normatividade que detém o tratado internacional em discussão, é evidente a partir do seguinte trecho:

De plano, anoto que o artigo 7o, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, ao dispor que *“toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”*, sustou os efeitos de toda a legislação ordinária conflitante com esse preceito convencional. Isso se deve ao caráter supralegal que os tratados sobre direitos humanos possuem no ordenamento jurídico brasileiro, como ficou assentado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 349.703, relator para acórdão o Min. **GILMAR MENDES**, Pleno, DJe de 05/06/2009. (BRASIL, 2015b, documento 87, página 25)

Fato é, não obstante, que a ideia do controle de convencionalidade, com fundamento no §2º do art. 5º da Constituição, nos moldes do exposto no segundo capítulo, não é adotada, de forma explícita, pela maioria dos ministros, já que buscam no entendimento do STF, de que os tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro têm força normativa mínima supralegal, logo, inferior à Constituição, fundamento para afirmar que essa não é matéria constitucional. Esse ponto aponta para uma centralização do STF na resolução de controvérsias jurídicas em relação a outras ordens jurídicas – é dizer, o STF busca ter a última palavra a interpretação constitucional no Brasil, inclusive para afirmar que um tratado internacional de direitos humanos deve ser subordinado hierarquicamente à Constituição. Apesar de indicar que não haveria uma abertura ao diálogo normativo, isso não se confirma na realidade, já que o fato de se reconhecer a normatividade a uma norma jurídica estrangeira é indicativo de que há um diálogo transnacional, só não há um diálogo transversal. Tanto é assim que há o reconhecimento direto pelo relator que os tratados internacionais de direitos humanos criam direitos para os indivíduos e suprimem os efeitos de outros atos estatais infraconstitucionais que a eles se opõem (BRASIL, 2015b, documento 87).

Partindo dessa premissa, da normatividade do direito convencional dos direitos humanos, o relator, então, passa a analisar artigo por artigo o Provimento Conjunto n. 03/2015, para, individualmente, apurar se haveria uma ofensa à

Constituição. Com fundamento, portanto, no entendimento do Tribunal de que os tratados de direitos humanos possuem nível normativo mínimo supralegal, a ação ajuizada não é conhecida na parte relativa à regulamentação do direito à audiência de custódia – já que essa não seria uma matéria constitucional, mas sim convencional, logo, supralegal. De todo modo, o direito internacional é elevado à condição de legalidade do provimento questionado, de forma a servir como parâmetro para sua legalidade:

[O] caráter meramente regulamentar do Provimento, reportando-se ao artigo 7o, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos do Homem como fundamento de validade e objeto de regulamentação. Note-se, contudo, que a mera enunciação do caráter regulamentar do Provimento não basta, sendo necessário verificar se as suas diversas disposições efetivamente se limitam a dar fiel cumprimento à norma convencional indicada (ou outra norma legal) ou se efetivamente inovam na ordem jurídica, como sustenta a autora. (BRASIL, 2015b, documento 87, p. 49)

Nesse contexto, o voto vencedor, do ministro Luiz Fux, evidencia os dois aspectos fundamentais para o estudo de caso: o STF reconhece a normatividade do direito internacional dos direitos humanos para introduzir no Brasil um direito e julgá-lo como válido, não apenas com base na legislação local, mas, principalmente, a partir do direito internacional dos direitos humanos.

Importante notar, por sua vez, que a maioria do STF afastou a possibilidade de exercício do controle de convencionalidade no caso concreto. O único ministro que mencionou a hipótese de realização do controle de convencionalidade no caso concreto, ou seja, análise de compatibilidade entre o ato normativo questionado e os tratados internacionais de direitos humanos, foi o ministro Teori Zavascki, que manifestou expressamente sua opinião de que o STF deveria proceder ao controle de convencionalidade para avaliar compatibilidade da norma infralegal com a CADH, independentemente da hierarquia supralegal desta (BRASIL, 2015b, documento 87).

Esse ponto levanta a questão relativa à realização do controle de convencionalidade pelo STF, considerando, especialmente, o posicionamento dominante no Tribunal de que os tratados internacionais de direitos humanos, se não incorporados de forma procedimental equivalente às emendas constitucionais, têm hierarquia normativa mínima supralegal. Fato é que esse ponto aduz a um retorno a uma concepção hierárquica do ordenamento jurídico, que insiste em afirmar a impossibilidade de controle de constitucionalidade nesses termos e rejeita uma

articulação heterárquica de normas jurídicas para privilégio dos direitos fundamentais. Mesmo nesse cenário, não obstante, a norma convencional é utilizada como parâmetro de validade para a norma infralegal, em uma estrutura semelhante ao que propõe a teoria do controle jurisdicional de convencionalidade, mas aproximando-a de um controle de legalidade, considerando a articulação hierárquica das normas jurídicas de que não foge o STF.

De todo modo, no caso em análise, há a penetração de uma norma que advém do direito internacional de direitos humanos, que serve como parâmetro de validade de uma norma infralegal, para reconhecer um direito no ordenamento jurídico local, que tem como fundamento um tratado internacional. Há nesse ponto uma abertura ao diálogo transversal, não obstante a inserção nesse fluxo de comunicação de uma hierarquia normativa, uma vez introduzidas as normas estrangeiras no ordenamento jurídico local. A questão, por conseguinte, talvez seja refletir a respeito do significado do controle de convencionalidade para o STF, considerando a imposição hierarquizante do caráter supralegal dos tratados de direitos humanos.

Dentro, ainda, desse ponto, vislumbra-se, também, que o ministro Gilmar Mendes, ainda que vencido, suscitou que o fato de o Provimento Conjunto n. 03/2015 citar como fundamento de validade a CADH atrai o controle material da constitucionalidade daquele ato normativo, uma vez que o direito à audiência de custódia estaria, em decorrência de tratados de direitos humanos, inscrito no princípio do devido processo legal, observado o art. 5º, inciso LIV, da Constituição (BRASIL, 2015b, documento 87). Esse ponto é especialmente relevante porque, implicitamente, o ministro Gilmar Mendes reconhece um limite material vertical para as legislações infraconstitucionais, considerando que os tratados internacionais de direitos humanos, na visão do ministro, têm natureza materialmente constitucional. Não que esse fato atraia, de forma imediata e automática, o controle de constitucionalidade, mas aponta para um conteúdo normativo materialmente constitucional dos direitos humanos – de modo, portanto, a criar direitos e validar normas infraconstitucionais.

Para além das manifestações favoráveis ao voto do relator, não obstante as dissidências específicas dos ministros Gilmar Mendes e Teori Zavascki, o ministro Marco Aurélio entendeu que a ação deveria ser inadmitida no todo, considerando o

caráter supralegal da CADH, e, no mérito, se admitida a ação, os pedidos deveriam ser julgados procedentes:

Digo mais: se admitida a ação, se se entender que o Tribunal de Justiça de São Paulo inovou no campo normativo, com toda vênua, em que pese a valia das audiências de conciliação, terei que acolher o pedido. Não poderei fugir dessa conclusão, porque decorre da lógica. Tribunal não legisla sobre matéria processual. (BRASIL, 2015b, documento 87, p. 86)

A dissidência, do ministro, todavia, tem fundamento na rejeição do controle de convencionalidade como técnica para avaliação da validade de normas infraconstitucionais e no fato de o entendimento do STF rebaixar hierarquicamente os tratados internacionais a normas de nível supralegal, o que, na visão do ministro, afasta o controle de constitucionalidade. Esse entendimento, não obstante, não se sagrou vencedor, e acabou se mostrando posição isolada no Tribunal, haja vista que todos os demais ministros aderiram ao voto do relator.

Por fim, insta mencionar a discordância de dois ministros a respeito do caráter supralegal da CADH. Nesse ponto, a ministra Rosa Weber e o ministro Celso de Mello indicaram a posição pessoal de ambos de que os tratados internacionais de direitos humanos têm natureza constitucional, no entanto, acompanham a maioria para inadmitir em parte a ação ajuizada e julgá-la improcedente na parte conhecida (BRASIL, 2015b, documento 87). Esse ponto é especialmente relevante pois indica que há espaço no Tribunal para a discussão sobre o nível normativo dos tratados internacionais, o que também, coaduna com o voto do ministro Gilmar Mendes, no tocante à natureza constitucional da CADH. Aliás, o ministro Luís Roberto Barroso, mesmo que votando conforme o voto do relator, aponta que há uma discussão a respeito de uma articulação heterárquica entre as normas de direitos humanos, em um diálogo institucional, o que, novamente, atrai a controvérsia para a seara constitucional.

O resultado, afinal, do julgamento foi o STF ter não conhecido em parte a ação e, na parte conhecida, tê-la julgado improcedente. Essas questões jurídicas, apesar de importantes, não são determinantes para o resultado das análises dos eixos de estudo proposta. O que é relevante é: ao julgar a ADI 5240, o STF, inquestionavelmente, reconheceu a normatividade dos direitos humanos, condicionou a validade de um ato normativo local à CADH e reconheceu um direito previsto então

apenas em um tratado internacional – o direito de todo cidadão a se apresentar perante uma autoridade judicial no prazo máximo de 24 horas para que essa avalie a legalidade de sua prisão.

A ação foi julgada ainda no mês de agosto de 2015. Até o final daquele ano, portanto, o ministro Ricardo Lewandowski iria à OEA, o CNJ editaria a Resolução n. 213/2015 e todos os estados da federação e o distrito federal implementariam as audiências de custódia, ao menos em suas capitais. Trata-se, portanto, de uma ação coordenada a partir de vários atores institucionais na qual o julgamento da ADI 5240 representou o aval do pleno do STF para a consolidação desse direito via resoluções do poder judiciário – especialmente considerando o fato que a alteração legislativa apenas ocorreu no ano de 2019.

Desde então, já se realizaram um total de 1.235.502 audiências de custódia no Brasil, dentre as quais 493.980 culminaram na concessão de liberdade provisória aos acusados e nas quais houve a 91.225 denúncias de tortura ou maus tratos pelas forças do Estado⁵¹. Hoje, a prática do ato processual é identificada como um direito de natureza processual de todo o acusado, de modo que, eventualmente não realizada a audiência de custódia, consubstanciada está grave ilegalidade. Se hoje, todavia, esse direito possui um fundamento legal, seu fundamento de validade está, em verdade, na CADH, em um exemplo claro de força transformadora do direito internacional dos direitos humanos sob a perspectiva do reconhecimento interno de direitos.

Essa construção, todavia, não se dá de forma desconectada com a realidade social. Em verdade, trata-se de uma manifestação, também, daquilo que Torelly (2016b) denominou como transconstitucionalismo reflexivo, no âmbito do fluxo de comunicação jurídica. Vê-se, logo, que o STF entrou em um diálogo transnacional de natureza evidentemente constitucional, dada a natureza materialmente constitucional dos direitos humanos, para engajar atores sociais à implementação das

⁵¹ Conselho Nacional de Justiça. Estatísticas sobre Audiências de Custódia Nacional: banco de dados. Disponível em <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=be50c488-e480-40ef-af6a-46a7a89074bd&sheet=ed897a66-bae0-4183-bf52-571e7de97ac1&lang=pt-BR&opt=cursel>. Acesso em: 17 de maio de 2023.

audiências de custódia a partir de seu reconhecimento como um direito exigível no Brasil.

Ainda que o controle de convencionalidade não tenha sido uma técnica empregada para a discussão a respeito da validade do Provimento n. 03/2015 (muito em razão do entendimento do STF de que os tratados internacionais de direitos humanos possuem natureza mínima supralegal), é possível verificar que o Tribunal se engajou em uma conversa constitucional com uma norma jurídica internacional para afirmar a validade interna de um ato normativo e consubstanciar uma prática processual como um direito. Esse processamento a nível de comunicação jurídica pode não importar na aplicação da técnica do controle jurisdicional de convencionalidade das leis, como proposto no capítulo anterior, mas atinge uma finalidade idêntica a essa modalidade de controle: utilizar como parâmetro um tratado internacional de direitos humanos para afirmar se determinado ato normativo é válido ou não.

Esse controle de validade do ato normativo interno tendo como parâmetro um tratado internacional, por sua vez, tem duas consequências fundamentais para a resposta à pergunta de pesquisa. A primeira delas é, exatamente, a inserção do guardião da Constituição brasileira⁵² no contexto da sociedade mundial quanto à globalização, inclusive, de problemas de natureza constitucional. Não que esse julgamento tenha sido um ponto de virada, mas é um exemplo bastante ilustrativo do desenvolvimento dessa conversa constitucional – considerando a natureza materialmente constitucional dos direitos humanos.

Nesse ponto, o STF, enquanto racionalidade parcial que maneja a comunicação jurídica, abre-se discursivamente para outras soluções jurídicas que dão maior efetividade aos direitos humanos a partir de fundamentos que excedem as fronteiras estatais. O STF, logo, integra parte da conversa transversal entre racionalidades parciais que operam na discursividade jurídica – uma conversa que também toca o sistema político, considerando, por exemplo, a atuação do CNJ para a implementação das audiências de custódia e a participação da OEA para tanto.

⁵² Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] (BRASIL, 1988)

O direito de todo acusado de se apresentar perante uma autoridade judiciária em um prazo razoável, logo, foi o ponto de partida hermenêutico para o julgamento da ADI 5240 – inclusive, foi também o ponto de partida normativo para edição do Provimento Conjunto n. 03/2015, posteriormente, da Resolução n. 213/2015 e da Lei n. 13.964/2019, que alterou o Código de Processo Penal para aí incluir a previsão legal da realização das audiências de custódia. Esse direito, logo, por sua previsão em um tratado internacional, advém de um padrão mínimo de inclusão gerado a partir de sua implementação enquanto norma global. É, por conseguinte, indissociável do sistema pluridimensional de proteção aos direitos humanos, observada a busca para, a partir do problema constitucional comum, estabelecer as bases de um mínimo legal observável por todos a nível global. As audiências de custódia, por conseguinte, são a consequência, também, de uma comunicação transversal pela semântica dos direitos humanos a partir da inserção global de padrões mínimos de inclusão a serem observados por todos os agentes.

Dentro desse cenário, a análise da constitucionalidade das audiências de custódia também evidencia um fenômeno que se liga à própria gênese da Constituição de 1988, o que já foi analisado no capítulo anterior: os direitos humanos globalmente estabelecidos tiveram o condão de liderar a inclusão democrática pela internalização de padrões internacionais de reconhecimento de direitos. O reconhecimento do direito de todo acusado à audiência de custódia, ao garantir eficácia ao artigo 7º da CADH corrobora com um conceito abrangente de cidadão, por se tratar de um direito que decorre de sua simples condição humana, possibilitando, logo, um incremento na integração normativa dos indivíduos ao sistema jurídico

É evidente, por conseguinte, que os direitos individuais excedem os limites geográficos dos Estados, transformando o governo democrático de modo exógeno para uma reorientação a uma maior inclusão local a partir de padrões internacionais de proteção ao ser humano. A democracia, portanto, passa a ter sua legitimidade fortalecida não apenas a partir da inclusão do maior número de indivíduos em processos eleitorais, mas também por processos de integração judiciais em que se busca o reconhecimento de direitos baseados em normativas internacionais, nas normas globais de direitos humanos – o exato caso da ADI 5240.

Esse desenho, não obstante, não afasta as críticas à postura centralizante do STF, a qual já foi evidenciada neste mesmo tópico a partir de sua recalcitrância em enfrentar o tema da constitucionalidade das audiências de custódia, bem como por não adotar o controle de convencionalidade, ao menos de forma expressa, como uma técnica dogmática apta a dar sentido à validade do Provimento Conjunto n. 03/2015. De todo modo, esse ponto deve ser visto também a partir do fato de o STF ter reconhecido, de forma evidente, a normatividade dos direitos humanos e os aplicados no caso concreto – em uma manifestação inequívoca de inclusão funcional a partir do reconhecimento de direitos ao indivíduo.

CONCLUSÃO

Em uma determinada passagem do livro “O conde de Monte-Cristo”, Edmond Dantès, ao fugir do Castelo de If para se tornar o conde, ao sentir o ar livre da liberdade, como seu primeiro movimento, “ao estar ao ar livre, tinha sido um movimento de alegria. Então, ele respirou fundo aquela brisa perene que traz nas asas todos aqueles aromas desconhecidos da noite e do mar” (DUMAS, [s.d.], p. 1519). Para além da evidente representação da liberdade como a brisa perene e o desconhecido, Edmond Dantès se joga no incógnito em procura de sua salvação.

Essa frase, para esta dissertação, possui, logo, duas facetas importantes: a primeira, lembrar que, para além da ADI 5240 e a constitucionalidade das audiências de custódia, o que se discute, mesmo que indiretamente, é o direito de todo cidadão à “brisa perene”; a segunda, os “aromas desconhecidos” serem aquilo que acompanha a “brisa perene”, os “aromas desconhecidos” são parte dessa liberdade, esses aromas, os direitos humanos, desconhecidos, extraterrestres.

Esta dissertação, por conseguinte, pôde concluir que o controle de convencionalidade é um instrumento para a transformação do ordenamento jurídico local, mesmo que ainda sem um delineamento teórico que corresponda à prática dos Tribunais, mas a partir de uma operação jurídica mais simples, de fundamento de validade em uma concepção hierárquica no direito internacional para as normas locais. O controle de convencionalidade, outrossim, transforma o ordenamento jurídico local ao permitir um diálogo entre esse direito e o direito internacional a partir do direito constitucional, de modo a reconhecer direitos até então não reconhecidos localmente. Esses direitos reconhecidos, o direito à audiência de custódia, opera o fortalecimento da cidadania em seu aspecto normativo, na medida em que reconhece o indivíduo enquanto cidadão dotado de direitos individuais de natureza procedimental.

Para tanto, de início, partiu-se de um breve estudo a respeito da sociedade mundial e, do ponto de vista jurídico, da descrição do fluxo de comunicação nessa sociedade multicêntrica. Como ponto de partida para essa análise, partiu-se do transconstitucionalismo, um modelo estrutural de conexão entre as diferentes ordens jurídicas, rejeitando tanto um modelo hierárquico quanto um modelo fragmentário de descrição do sistema jurídico. Esse modelo, como visto, busca promover diálogos

constitucionais entre as esferas fragmentárias da sociedade mundial, estabelecendo vínculos entre identidades nacionais pela alteridade. A abordagem transconstitucional dos direitos humanos restringe o caráter expansivo de certas ordens jurídicas em detrimento de outras, promovendo a limitação de ordens institucionais excludentes. O constitucionalismo se abre, logo, para relações normativas com outras formas jurídicas estatais e não estatais, já que visa construir redes de aprendizagem recíproca para a formulação de soluções jurídicas e socialmente adequadas. O transconstitucionalismo se apresenta como um contraponto normativo à primazia expansiva das estruturas cognitivas da sociedade mundial, de modo a preservar a autonomia funcional do direito e estabelecer canais de comunicação transversais entre sistemas jurídicos diversos.

A transconstitucionalização dos direitos humanos, nesse cenário, descreve as relações jurídicas sob a influência da semântica da globalização. Os direitos humanos, definidos como expectativas normativas de inclusão jurídica de todas as pessoas na sociedade, são um problema constitucional comum que transcende as fronteiras estatais. Esses direitos expandem sua semântica universalizante para diversas ordens jurídicas, criando um entrelaçamento transconstitucional multinível. Em decorrência disso, os direitos humanos estão inseridos no contexto da governança global, envolvendo instituições dedicadas à gestão de assuntos relacionados a esses direitos.

Com base nas informações apresentadas, foi possível perceber que o cenário atual envolve uma mudança no modelo de governança global, onde regimes baseados na racionalidade jurídica emergem e deslocam os processos de afirmação dos direitos humanos do espaço exclusivo do Estado para um âmbito transnacional determinado por processos que aplicam a racionalidade jurídica. Essa mudança implica na perda gradual da capacidade regulatória do Estado diante desses regimes globais, que também operam na racionalidade jurídica, o que resulta na criação de espaços decisórios transnacionais em questões de direitos humanos. Esses espaços requerem uma articulação heterárquica das ordens jurídicas, a fim de conciliar a noção de soberania e a proteção global dos direitos humanos, estabelecendo um arranjo transversal de governança nessa área.

Nesse contexto, a transconstitucionalização dos direitos humanos se torna necessária para possibilitar a articulação entre diferentes sistemas jurídicos, evitando a imposição de uma ordem sobre a outra, e garantindo a proteção transversal desses direitos. As normas globais desempenham um papel fundamental nesse cenário de conversa transversal entre as diversas ordens jurídicas, uma vez que refletem padrões de comportamento considerados adequados em âmbito global. Essas normas podem tanto restringir entidades que não estejam em conformidade com determinadas regras de comportamento quanto recompensar aqueles que as seguem, demonstrando a conformidade do direito doméstico com os padrões globalmente estabelecidos de inclusão mínima.

Dada, por sua vez, a transconstitucionalização dos direitos humanos, fato é que a própria noção de Estado Democrático de Direito seria afetada em razão da proliferação de ordens jurídicas determinantes para a circulação do fluxo de comunicação em matéria de direitos humanos e fundamentais. Nesse ponto, é importante retomar que a noção de cidadania, a qual estabelece os limites de inclusão e exclusão no sistema jurídico e político, é inevitavelmente afetada agora pelos direitos humanos. A legitimidade dos sistemas sociais, afinal, está relacionada à inclusão promovida pela cidadania, pois quanto mais indivíduos são envolvidos no direito, maior é a legitimidade do exercício do poder político. A emergência de normas globais em direitos humanos amplia a noção de cidadania, pois essa passa a ser influenciada pelas pretensões normativas de inclusão dos direitos humanos e determinada pela conversa constitucional entre diferentes ordenamentos jurídicos, tornando a cidadania constitucional transnacionalmente determinada.

O conceito de cidadania, no âmbito constitucional, por sua vez, é fundamental para a própria noção de legitimidade no exercício do poder e na produção do direito. Em uma democracia constitucional, conforme já exposto, a cidadania desempenha duas funções básicas: integrar o indivíduo ao Estado, ao estabelecer relações entre o indivíduo e a coletividade estatal, e legitimar o exercício do poder estatal, implicando o indivíduo no processo de produção de normas. As constituições, assim, reconhecem os cidadãos como sujeitos de direito, sujeitos políticos e sujeitos sociais, garantindo-lhes direitos fundamentais, participação nos processos eleitorais e direitos sociais ligados ao bem-estar social. A legitimidade do exercício do poder

estatal está vinculada à garantia de direitos mínimos aos indivíduos, aproximando-os dos governos e estabelecendo um senso de deveres com o Estado. Dessa forma, a cidadania desempenha um papel central na legitimidade democrática, conectando-a ao reconhecimento dos indivíduos como cidadãos e estabelecendo tanto uma função normativa, ao vincular os indivíduos ao Estado pela produção do direito, quanto uma função institucional ou de integração, ao estabelecer um vínculo entre os indivíduos e o Estado como prestador de serviços sociais.

A mudança normativa da cidadania, impulsionada pela criação de direitos humanos internacionais, reflete a democratização dos Estados nacionais. No entanto, o desenvolvimento da democracia não seguiu uma trajetória linear, pois enfrentou paradoxos relacionados à sua própria função e sua ligação com o militarismo. A integração progressiva dos indivíduos na figura do cidadão, por meio da diferenciação funcional, é fundamental para a produção da democracia constitucional. Esse processo busca preservar os direitos dos cidadãos, promovendo sua integração jurídica e política. Os direitos humanos, reconhecidos internacionalmente, desempenham um papel crucial na inclusão normativa dos indivíduos na sociedade, permitindo o acesso universal ao sistema jurídico e contribuindo para a coesão social.

Os direitos humanos têm, ainda, uma dimensão global que expande sua aplicabilidade em uma democracia constitucional. Eles influenciam a política e moldam o sistema jurídico em prol de uma maior inclusão social. O reconhecimento dos indivíduos como sujeitos de direito é essencial nesse processo. A dissociação entre cidadão e soldado, garantindo que os direitos sejam atribuídos a todos os seres humanos, independentemente da mobilização militar, contribui para a estabilização do sistema constitucional democrático. Nesse contexto, a qualidade do cidadão como titular de direitos individuais desempenha um papel fundamental na construção da legitimidade do Estado. As normas internacionais desempenham um papel significativo na definição desses direitos, consolidando uma fonte de legitimidade democrática baseada no fortalecimento da cidadania em seu aspecto subjetivo/normativo. A convergência das democracias constitucionais em torno das normas globais de direitos humanos reforça a integração normativa global e redefine a legitimidade democrática em termos de procedimentos globais de integração normativa. Esses procedimentos refletem a interconexão normativa em torno dos

direitos humanos, impulsionando processos jurídico-políticos de maior inclusão normativa na aplicação das normas globais.

Fica claro, por conseguinte, que o reconhecimento jurídico dos direitos individuais e políticos tem impacto no aspecto normativo da cidadania, promovendo a inclusão dos indivíduos nos sistemas sociais. Esse processo ocorre tanto por meio de integração normativa política, que envolve a inclusão dos indivíduos como cidadãos na sociedade, quanto por processos jurídicos de reconhecimento e enunciação de direitos, especialmente para minorias.

Nesse cenário, a emergência de problemas constitucionais globais relacionados aos direitos humanos leva ao estabelecimento de um sistema pluridimensional de proteção desses direitos. Esse sistema de proteção impacta a conformação da cidadania nas democracias constitucionais, elevando os direitos humanos, como aspiração normativa de inclusão, a uma fonte de legitimidade democrática, fortalecendo a cidadania global em seu aspecto normativo.

No contexto brasileiro, a incorporação do direito internacional e das normas globais de direitos humanos ocorre principalmente por meio de processos judiciais de reconhecimento e afirmação de direitos. Esses processos indicam uma maior inclusão democrática dos indivíduos, pois reconhecem normativamente sua condição de cidadão. A ordem constitucional brasileira reflete a ascensão do constitucionalismo global, especialmente direcionado aos direitos humanos, de modo que a soberania dos cidadãos não é exclusivamente derivada da legislação nacional, mas também resulta de processos transnacionais de proteção aos direitos fundamentais.

Sob a perspectiva dogmática, uma forma evidente de incorporar normas globais de direitos humanos e promover mudanças no aspecto normativo da cidadania é por meio do controle de convencionalidade. Esse controle decorre da compreensão de que a proteção dos direitos humanos transcende o âmbito do direito estatal, passando a fazer parte dos objetivos da comunidade internacional. Ele se manifesta principalmente por meio de tratados celebrados entre os Estados, e pressupõe a coerência na aplicação desse direito de proteção. Essa coerência é alcançada por meio da supervisão internacional da compatibilidade dos atos internos dos Estados com suas obrigações internacionais de proteção, o que é conhecido como controle de convencionalidade.

O controle jurisdicional da convencionalidade das leis é um meio para evitar conflitos entre esferas jurídicas complementares, tanto nacional quanto internacional. Ao analisar a convencionalidade de um ato local, um juiz nacional age de forma a harmonizar o sistema americano de proteção aos direitos humanos, por meio da aplicação uniforme das disposições legais definidas em tratados internacionais. É importante ressaltar que esses tratados são firmados pelo Estado brasileiro, que se compromete a observar suas obrigações perante a comunidade internacional. O Judiciário brasileiro, como parte integrante do Estado, também se compromete a observar essas disposições e evitar o descumprimento das obrigações assumidas, o que pode resultar em responsabilização na esfera internacional.

Essa operação dogmática, conforme analisado nesta dissertação, encontrou expressão na introdução normativa das audiências de custódia, cujo ápice foi o julgamento da ADI 5240 pelo STF. Rememore-se, nesse ponto, que as audiências de custódia são atos processuais realizados no prazo máximo de 24 horas após a prisão em flagrante delito, onde o acusado comparece perante a autoridade judiciária designada, na presença do Ministério Público e de seu advogado ou defensor. O propósito dessas audiências é permitir que o juiz relaxe uma prisão em flagrante ilegal, converta a prisão em flagrante em prisão preventiva ou conceda a liberdade provisória ao acusado. A prática das audiências de custódia foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro em 2019, por meio da Lei nº 13.964, porém sua previsão convencional já existia desde 1992, quando o Brasil incorporou a CADH e o PIDCP.

Não obstante, o programa de audiências de custódia foi lançado pelo CNJ em fevereiro de 2015, seguindo o mesmo modelo previsto na legislação processual penal atual. Esse programa tinha como objetivos verificar se o acusado sofreu violência durante a prisão e permitir que a autoridade judicial avaliasse a legalidade da prisão em flagrante, considerando a possibilidade de conversão em prisão preventiva ou concessão de liberdade provisória com medidas cautelares diversas da prisão. Além das justificativas sociais para sua introdução, é importante destacar que essas audiências se fundamentam em tratados internacionais de direitos humanos, indicando a normatividade desses tratados e o reconhecimento de direitos com base

no direito internacional, o que aponta para uma noção de cidadania além das fronteiras territoriais.

No caso de forma específica, foi possível verificar que a discussão concentrada sobre o controle de convencionalidade em uma única petição destaca a importância de compreender o verdadeiro significado dessa técnica. Embora não tenha sido explicitamente referido como controle de convencionalidade, todas as petições apresentadas no processo judicial, na ADI 5240, neste contexto utilizaram o direito internacional dos direitos humanos como parâmetro para analisar a validade das leis locais. Ao longo de todo o processo, houve uma verificação da validade das leis locais à luz dos tratados internacionais. Os petionários, no entanto, consideram esse procedimento dogmático como um controle de legalidade, devido ao caráter mínimo supralegal dos tratados internacionais. O resultado jurídico desse entendimento foi o acórdão da ADI 5240, que mencionou a legalidade do Provimento Conjunto n. 03/2015 como forma de evitar o controle de constitucionalidade.

Mesmo que haja uma falta de alinhamento com o controle jurisdicional de convencionalidade, os direitos humanos ainda são utilizados como fonte para avaliar a legalidade da legislação infraconstitucional. No entanto, não se reconhece a possibilidade, no processo, de uma abordagem heterárquica entre as normas jurídicas para a construção de uma solução dialogada para os problemas de aplicação do direito internacional dos direitos humanos. Diante dessa constatação, os petionários conduziram o processo de modo a reconhecer a normatividade dos direitos humanos, satisfazendo o primeiro aspecto de análise realizada, e conseqüentemente reconhecendo o direito do acusado de comparecer perante uma autoridade judicial para avaliar a legalidade de sua prisão, razão pela qual se atendeu ao segundo aspecto de análise. Embora o termo "controle de convencionalidade" não seja utilizado, a análise da validade das leis com base no direito internacional dos direitos humanos resulta no reconhecimento desse direito fundamental para todos os acusados.

O julgamento da ADI 5240 ilustra, portanto, o engajamento do STF em uma conversa constitucional com normas jurídicas internacionais para afirmar a validade interna de um ato normativo e reconhecer a prática processual das audiências de custódia como um direito. Embora não tenha sido aplicada a técnica do controle

jurisdicional de convencionalidade nos moldes como proposto pela dogmática jurídica exposta nesta dissertação, o Tribunal utilizou um tratado internacional de direitos humanos como parâmetro para avaliar a validade de uma lei – uma manifestação discreta do controle de convencionalidade das leis. Isso demonstra a inserção do STF no contexto global e a interação entre racionalidades parciais que operam na esfera jurídica, contribuindo para a efetividade dos direitos humanos.

O direito de todo acusado de comparecer perante uma autoridade judiciária em um prazo razoável foi o ponto central do julgamento da ADI 5240 e serviu como fundamento normativo para a implementação das audiências de custódia. Esse direito, previsto em um tratado internacional, surge a partir de um padrão mínimo de inclusão estabelecido pela norma global. As audiências de custódia são, portanto, uma consequência dessa comunicação transversal baseada na semântica dos direitos humanos e na adoção de padrões mínimos de inclusão globalmente observáveis por todos os agentes.

Essa análise da constitucionalidade das audiências de custódia reflete o papel dos direitos humanos no processo de inclusão democrática, estabelecendo padrões internacionais de reconhecimento de direitos. O reconhecimento do direito à audiência de custódia para todo acusado fortalece um conceito abrangente de cidadania, uma vez que deriva da mera condição humana e contribui para a integração normativa dos indivíduos ao sistema jurídico. Assim, os direitos individuais transcendem as fronteiras estaduais, reorientando a democracia em direção a uma maior inclusão local com base em normas internacionais de proteção aos direitos humanos. A legitimidade democrática é fortalecida não apenas pela participação nos processos eleitorais, mas também pela busca pelo reconhecimento de direitos fundamentados em normas globais de direitos humanos. A ADI 5240 exemplifica esse processo de integração judicial em prol da inclusão e proteção dos direitos humanos – são o ar profundo respirado pelo STF daqueles aromas de liberdade.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, G. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- ALTER, K. J. **The new terrain of international law: courts, politics, rights**. Oxfordshire: Princeton University Press, 2014.
- ÁVILA, T. A. P. DE. Audiência de custódia: avanços e desafio. **Revista de informação legislativa**, 211. v. 53, n. 1, p. 301–333, set. 2016.
- AZEVEDO NETO, P. T. **A justiciabilidade dos direitos sociais nas Cortes Internacionais: em busca da proteção efetiva do sujeito trabalhador na contemporaneidade**. Tese (Doutorado em Direito)—Minas Gerais: Universidade Federal de Minas Gerais, 2016.
- BACHUR, J. P. Legitimação e procedimento: um debate à luz das perspectivas de Weber, Habermas e Luhmann. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 65, n. 2, p. 101, 27 ago. 2020.
- BENVENISTI, E. Reclaiming Democracy: The Strategic Uses of Foreign and International Law by National Courts. **The American Journal of International Law**, v. 102, n. 2, p. 241–274, 2008.
- BOBBIO, N. **Teoria do ordenamento jurídico**. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2014.
- BRASIL. Decreto-lei n. 3.689. Decreto-lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941. . 3 out. 1941.
- BRASIL. Regimento interno do Supremo Tribunal Federal. . 15 out. 1980.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. . 5 nov. 1988.
- BRASIL. Decreto n. 592. Decreto n. 592 de 6 de julho de 1992. . 6 jul. 1992 a.
- BRASIL. Decreto nº 678. . 6 dez. 1992 b.
- BRASIL. 9.868. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. . 10 nov. 1999.
- BRASIL. 14.449. Lei n. 11.449 de 15 de janeiro de 2007. . 15 jan. 2007.
- BRASIL. 7030. Decreto nº 7030. . 14 dez. 2009.
- BRASIL. 13.105. Código de Processo Civil. . 16 mar. 2015 a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 5240**. Autor: Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL). Relator ministro Luiz Fux. DJ: 20 ago. 2015b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal **Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 347 Distrito Federal**. Autor: Partido Socialismo e Liberdade. Relator Ministro Marco Aurélio. DJ: 9 set. 2015c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental na Ação direta de inconstitucionalidade n. 5.448 Distrito Federal**. Autor: Associação Nacional dos Magistrados Estaduais. Relator ministro Dias Toffoli. DJ: 2 dez. 2016. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12498633>>. Acesso em: 14 maio. 2023

CALABRIA, C. R. DE A. **The efficacy of the Inter-American Court of Human Rights: A Socio-legal study based on the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights concerning Amnesty Laws, Indigenous Rights, and Rights of Detainees**. Doctorate—Manchester: University of Manchester, 2018.

CARDOSO, E. L. C. **Litígio estratégico e sistema interamericano de direitos humanos**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Termo de abertura do projeto “Audiências de Custódia”**. (R. E. Lewandowski, Ed.), 30 abr. 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Audiência de custódia**. Brasília: CNJ, 2016.

DUMAS, A. **Le Comte de Monte-Cristo**. 1. ed. Paris: Candide & Cyrano, [s.d.].

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 1. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

IGREJA, R. L. O Direito como objeto de estudo empírico: o uso de métodos qualitativos no âmbito da pesquisa empírica em Direito. Em: MACHADO, M. R. (Ed.). **Pesquisar empiricamente o direito**. 1. ed. São Paulo: Rede de estudos empíricos em Direito, 2017. p. 428.

JACKSON, V. A. Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement. **The Harvard Law Review**, v. 119, n. 1, p. 109–128, nov. 2015.

KALDOR, M. Governance, Legitimacy, and Security: three scenarios for the Twenty First Century. Em: **Principled World Politics: the challenge of normative**

international relations. 1. ed. Lanham: Rowman & Littlefield, 2000.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KOCH, C. DE O. **Crériterios de judicialização de casos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. 1. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

KOSKENNIEMI, M. **Human Rights - So 90's**. Oxford Martin School, 4 mar. 2014. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=9hFdZRYZhkg>>. Acesso em: 23 nov. 2021

KOSKENNIEMI, M. Entre a apologia e a utopia: a política do Direito Internacional. **Revista de Direito Internacional**, v. 15, n. 1, 27 abr. 2018.

MACHADO, M. R. O estudo de caso na pesquisa em direito. Em: MACHADO, M. R. (Ed.). **Pesquisar empiricamente o direito**. 1. ed. São Paulo: Rede de estudos empíricos em Direito, 2017. p. 357–289.

MARTINS, T. A. **Controle de convencionalidade: a influência das decisões da corte interamericana de direitos humanos no Brasil e a declaração de nulidade da lei de anistia**. Dissertação (Mestrado em Direito)—Brasília: Universidade de Brasília, 2011.

MAZZUOLI, V. D. O. **Rumo às novas relações entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito interno: da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes**. Tese (Doutorado em Direito)—Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008.

MAZZUOLI, V. DE O. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MÜLLER, F. **Quem é o povo? : a questão fundamental da democracia**. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NEVES, M. A Força Simbólica dos Direitos Humanos. **Instituto de Direito Público da Bahia**, 4. n. 1, p. 1–35, dez. 2005.

NEVES, M. **Transconstitucionalismo**. 1. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

NEVES, M. (Não) Solucionando problemas constitucionais : transconstitucionalismo além de colisões. **Lua nova**, v. 93, n. 1, p. 201–232, 2014a.

NEVES, M. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos

Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. **Revista de Informação Legislativa**, v. 51, n. 201, p. 193–214, mar. 2014b.

NEVES, M. From Constitutionalism to Transconstitutionalism : Beyond Constitutional Nationalism, Cosmopolitan Constitutional Unity and Fragmentary Constitutional Pluralism. Em: BLOKKER, P.; THORNHILL, C. (Eds.). **Sociological Constitutionalism**. 1. ed. [s.l.] Cambridge University Press, 2017. p. 267–312.

NEVES, M. **Constituição e direito na modernidade periférica : uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018.

PALMA, M. Trans-anticonstitutionalism. Em: NOGUEIRA DE BRITO, M.; CALABRIA, C.; PORTELA L. ALMEIDA, F. (Eds.). **Law as Passion**. Cham: Springer International Publishing, 2021. p. 137–161.

PIOVESAN, F. C. Direitos Humanos e a Jurisdição Constitucional Internacional. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 1, n. 1, p. 147–161, 1 jun. 2003.

PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO; CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA. Provimento conjunto n. 03/2015. Provimento conjunto n. 03/2015. . 22 jan. 2015.

RIBEIRO, N. C. T. **Implementação de Políticas Públicas e Burocracia de Nível de Rua: Programa Audiência de Custódia**. Dissertação (Mestrado em Ciência Política)—Brasília: Universidade de Brasília, 2017.

SIKKINK, K.; FINNEMORE, M. Dinâmicas de norma internacional e mudança política. **Monções: revista de Relações Internacionais da UFGD**, v. 3, n. 1, p. 335–393, dez. 2014.

TEUBNER, G. **Global Bukowina: Legal Pluralism in the World-Society**. Rochester, NY, 1996. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/abstract=896478>>. Acesso em: 27 nov. 2022

THORNHILL, C. **The Sociology of Law and the Global Transformation of Democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

THORNHILL, C. **Crise democrática e direito constitucional global**. 1. ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.

THORNHILL, C. Constitutionalism and Warfare. **Direito Público**, v. 19, n. 102, 6 set. 2022.

THORNHILL, C.; CALABRIA, C. R. DE A. Global Constitutionalism and Democracy: the Case of Colombia. **Jus Cogens**, v. 2, n. 2, p. 155–183, set. 2020.

THORNHILL, C. J. **A Sociology of Constitutions: Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

TORELLY, M. Do direito internacional à governança global: mudanças estruturais do espaço transnacional. **Revista de Direito Brasileiro**, 6. v. 15, p. 20–46, dez. 2016a.

TORELLY, M. D. **Governança transversal dos direitos fundamentais: experiências Latino-Americanas**. Doctorate—Brasília: Universidade de Brasília, 29 mar. 2016b.

YIN, R. K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.

ZAMPIER, D. **CNJ lança diretrizes de gestão para biênio 2015-2016**. **Agência CNJ de Notícias**, 4 mar. 2015. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cnj-lanca-diretrizes-de-gestao-para-bienio-2015-2016/>>. Acesso em: 13 maio. 2015

APÊNDICES

Apêndice A – Tabela de processos selecionados

<i>Número do acórdão</i>	<i>Classe</i>	<i>Data de Julgamento</i>	<i>Referência</i>
<i>ADI 5240</i>	Ação direta de inconstitucionalidade	20/08/2015	ADI 5240, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016
<i>ADI 3937</i>	Ação direta de inconstitucionalidade	24/08/2017	ADI 3937, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 24/08/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2019 PUBLIC 01-02-2019
<i>ADI 4066</i>	Ação direta de inconstitucionalidade	24/08/2017	ADI 4066, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 24/08/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 06-03-2018 PUBLIC 07-03-2018
<i>ADI 3470</i>	Ação direta de inconstitucionalidade	29/11/2017	ADI 3470, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 29/11/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2019 PUBLIC 01-02-2019

<i>HC 141949 / DF</i>	Habeas corpus	23/08/2018	(HC 141949, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 13/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-077 DIVULG 20-04-2018 PUBLIC 23-04-2018)
<i>HC 171118 / SP</i>	Habeas corpus	12/11/2019	(HC 171118, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 12/11/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-204 DIVULG 14-08-2020 PUBLIC 17-08-2020)
<i>ADPF 496</i>	Arguição de descumprimento de preceito fundamental	22/06/2020	(ADPF 496, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 22/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-235 DIVULG 23-09-2020 PUBLIC 24-09-2020)
<i>ADPF 153</i>	Arguição de descumprimento de preceito fundamental	29/04/2010	(ADPF 153, Relator(a): EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 29/04/2010, DJe-145 DIVULG 05-08-2010 PUBLIC 06-08-2010 EMENT VOL-02409-01 PP-00001 RTJ VOL-00216-01 PP-00011)
<i>RE 466.343</i>	Recurso Extraordinário	03/12/2008	(RE 466343, Relator(a): CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-

01106 RTJ VOL-00210-02 PP-
00745 RDECTRAB v. 17, n.
186, 2010, p. 29-165)

Apêndice B.1 – Relatório de estudo de caso da Petição Inicial da ADEPOL

Referências: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 5240**. Autor: Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL). Relator ministro Luiz Fux. DJ: 20 ago. 2015b. Documento 2. Petição inicial da ADEPOL.

Pontos de análise	Resposta aos quesitos	Trechos
1) <i>O controle jurisdicional de convencionalidade é reconhecido como uma técnica para controle de validade das leis?</i>	NÃO	
2) <i>O direito internacional dos direitos humanos é reconhecido como dotado de normatividade?</i>	SIM – Em apenas um trecho	<p>“De outro giro, outrossim, sobre a relevantíssima questão do CABIMENTO DA AÇÃO, no tocante à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), a que se refere o art. 1º do Provimento Conjunto impugnado, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343-SP, alterou o seu posicionamento em relação à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos. A SUPREMA CORTE destacou que estes tratados, antes equiparados às leis ordinárias federais apresentam estatura de norma supralegal. Impende lembrar que o em. MINISTRO CELSO DE MELLO entende que as noras dos tratados internacionais de direitos humanos possuem <i>status</i> constitucional independentemente da forma de sua ratificação. Diante disso, fica caracterizada também a impropriedade do meio empregado mediante Provimento Conjunto visando disciplinar essa matéria (audiência de custódia) com base diretamente no texto da</p>

3) O fato de ser dotado de normatividade decorre do reconhecimento de seu uso por outros atores sociais?

NÃO

4) O direito internacional dos direitos humanos, caso dotado de normatividade, é reconhecido como aplicável no caso concreto?

NÃO

5) Essa aplicação no caso concreto condiciona a validade da norma infraconstitucional ao direito internacional dos direitos humanos?

NÃO

6) A aplicação do direito internacional dos direitos humanos é realizada de modo a (i) reconhecer novos direitos; (ii) afirmar direitos já reconhecidos no ordenamento jurídico local; ou (iii) não afirmar ou reconhecer qualquer direito?

NÃO

Documentos que acompanham a petição inicial

1. Procuração e documentos constitutivos
2. Projeto de lei n. 554/2011 do Senado Federal: proposta para alterar o Código de Processo Penal para incluir as audiências de custódia na legislação brasileira
3. Projeto de lei n. 784/2014 da Câmara dos deputados
 - a. São citados os mesmos artigos
4. Ato normativo impugnado (Publicação no DOE)
5. Nota técnica n. 14/2014 de autoria do Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo à época (06/10/2014) – aponta a inconstitucionalidade do ato normativo e dificuldades práticas.
6. Depoimento do juiz de direito de São Paulo Bruno Luiz Cassiolato
7. Nota crítica da ANAMAGES (dificuldades práticas)

Apêndice B.2 – Relatório de estudo de caso das informações do TJSP

Referências: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 5240**. Autor: Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL). Relator ministro Luiz Fux. DJ: 20 ago. 2015b. Documento 18. Informações do TJSP.

Pontos de análise	Resposta aos quesitos	Trechos
1) <i>O controle jurisdicional de convencionalidade é reconhecido como uma técnica para controle de validade das leis?</i>	NÃO	
2) <i>O direito internacional dos direitos humanos é reconhecido como dotado de normatividade?</i>	SIM	<p>“O Provimento Conjunto no 03/2015, da Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo e Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, ao instituir as Audiências de Custódia”.</p> <p>“Envergadura constitucional; direito fundamental essencial; mínimo existencial”</p>
3) <i>O fato de ser dotado de normatividade decorre do reconhecimento de seu uso por outros atores sociais?</i>	SIM	<ul style="list-style-type: none"> • Programa Segurança sem Violência • Ministério da Justiça • Conselho Nacional de Justiça. • Tribunais de Justiça do Maranhão, do Espírito Santo e do Mato Grosso. • “o Provimento em questão está inserido em uma política pública nacional de controle da violência de autoria do Poder Executivo Federal e relacionada ao número de encarceramentos realizados no país.”
4) <i>O direito internacional dos direitos humanos, caso dotado de normatividade, é reconhecido como aplicável no caso concreto?</i>	SIM	<p>“a pronta remessa ao magistrado do auto de prisão em flagrante não visa senão viabilizar a imediata decisão acerca da legalidade, cabimento e necessidade de manutenção da prisão em flagrante, tudo em respeito aos princípios, insculpidos no artigo 5o da Carta Federal, da presunção de inocência</p>

5) *Essa aplicação no caso concreto condiciona a validade da norma infraconstitucional ao direito internacional dos direitos humanos?*

SIM

(inciso LVII), devido processo legal (inciso LIV), contraditório (inciso LV) e, sobretudo, à dignidade da pessoa humana, corolário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).”

“quando questionado, esse Egrégio Supremo Tribunal Federal manifestou-se no sentido de que eventual vício de inconstitucionalidade formal não pode prevalecer em detrimento de norma mais protetiva, assentada em tratados internacionais recepcionados em caráter supralegal, [...]”

6) *A aplicação do direito internacional dos direitos humanos é realizada de modo a (i) reconhecer novos direitos; (ii) afirmar direitos já reconhecidos no ordenamento jurídico local; ou (iii) não afirmar ou reconhecer qualquer direito?*

SIM

A aplicação do direito internacional dos direitos humanos é o fundamento para a instituição das audiências de custódia.

Documentos que acompanham as informações

1. Processo administrativo 2014/00153634

- a.** Trata-se de processo administrativo para proposição de regulação das audiências de custódia no âmbito do Estado de São Paulo.
- b.** Do processo, consta manifestação da Associação de Juízes pela Democracia (AJD), a qual reconhece a força normativa da Convenção Americana de Direitos Humanos, no tocante à regulamentação das audiências de custódia.
 - i.** No entanto, a manifestação da AJD ressalta principalmente aspectos de política criminal.

2. Of/CONDEPE-SP/063/2015

- a.** Trata-se de manifestação do Conselho Estadual de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana – São Paulo

- b.** A manifestação não faz referência ao direito internacional dos direitos humanos, mas ressalta o caráter positivo do programa de audiências de custódia enquanto política pública.
- 3.** Ofício n. 38/2015
 - a.** Trata-se de manifestação da Associação dos Advogados Criminalistas do Estado de São Paulo (ACRIMESP).
 - b.** O ofício demonstra um certo consenso institucional do programa, já que indica que a Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo, por seu secretário Alexandre de Moraes, participou do desenvolvimento da regulamentação.
 - c.** A manifestação não faz menção à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.
 - d.** A manifestação se atém à análise da medida sob a perspectiva da política pública.
- 4.** Manifestação do Movimento em Defesa da Democracia
 - a.** A manifestação faz referência à Convenção Americana sobre direitos humanos e ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.
 - b.** Faz-se referência à experiência europeia e latino-americana.
- 5.** Notícia veiculada no site do Ministério da Justiça em 16/04/2015
 - a.** Informa a assinatura de um termo de cooperação técnica entre o ministro da justiça, José Eduardo Cardozo, e o presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Ricardo Lewandowski.
 - b.** A notícia faz referência a uma diretriz da gestão à época do CNJ – combater o encarceramento em massa.
- 6.** Publicação do Diário de Justiça do Estado do Mato Grosso, de 13/04/2015, que contém a Portaria n. 13/2015, que informa a constituição de comissão destinada à regulamentação das audiências de custódia em âmbito estadual.
 - a.** A portaria faz referência à Convenção Americana de Direitos Humanos.
- 7.** Provimento n. 24/2014, do Tribuna de Justiça do Maranhão, que regulamenta a realização de audiências de custódia em âmbito estadual.

- a. O provimento faz referência à Convenção Americana de Direitos Humanos.
- 8. Resolução n. 13/2015 do Tribunal de Justiça do Espírito Santo
 - a. Regulamenta, em âmbito estadual, a realização de audiências de custódia.
 - b. O documento faz referência à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Apêndice B.3 – Relatório de estudo de caso da petição para ingresso no feito da FENAPEF

Referências: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 5240**. Autor: Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL). Relator ministro Luiz Fux. DJ: 20 ago. 2015b. Documento 25. Petição para ingresso no feito na condição de *amicus curiae* da Federação Nacional dos Policiais Federais (FENAPEF).

Pontos de análise	Resposta aos quesitos	Trechos
1) O controle jurisdicional de convencionalidade é reconhecido como uma técnica para controle de validade das leis?	NÃO	
2) O direito internacional dos direitos humanos é reconhecido como dotado de normatividade?	SIM	Por todo o exposto, atendidos os requisitos do § 2o do art. 7o da Lei no 9.868/1999, quais sejam: 1) relevância da matéria e 2) representatividade do postulante; requer-se que Vossa Excelência se digne a admitir o ingresso da FENAPEF na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade na condição de Amicus Curiae, franqueando-se a sua ampla manifestação, a fim de fornecer informações necessárias para demonstrar a constitucionalidade da Portaria Conjunta no 03/2015, para cumprimento das normas estabelecidas na Convenção Americana de Direitos Humanos (pacto de San José da Costa Rica), ratificado pelo Brasil.
3) O fato de ser dotado de normatividade decorre do reconhecimento de seu uso por outros atores sociais?	NÃO	
4) O direito internacional dos direitos humanos, caso dotado de normatividade, é reconhecido como aplicável no caso concreto?	SIM	[...] demonstrar a constitucionalidade da Portaria Conjunta no 03/2015, para cumprimento das normas estabelecidas na Convenção Americana de Direitos Humanos (pacto de San José da Costa Rica), ratificado pelo Brasil.

<p>5) Essa aplicação no caso concreto condiciona a validade da norma infraconstitucional ao direito internacional dos direitos humanos?</p>	<p>SIM</p>	<p>[...] demonstrar a constitucionalidade da Portaria Conjunta no 03/2015, para cumprimento das normas estabelecidas na Convenção Americana de Direitos Humanos (pacto de San José da Costa Rica), ratificado pelo Brasil.</p>
<p>6) A aplicação do direito internacional dos direitos humanos é realizada de modo a (i) reconhecer novos direitos; (ii) afirmar direitos já reconhecidos no ordenamento jurídico local; ou (iii) não afirmar ou reconhecer qualquer direito?</p>	<p>SIM</p>	<p>[...] demonstrar a constitucionalidade da Portaria Conjunta no 03/2015, para cumprimento das normas estabelecidas na Convenção Americana de Direitos Humanos (pacto de San José da Costa Rica), ratificado pelo Brasil.</p>

Documentos que acompanham a petição

1. Procuração
2. Ata de assembleia e estatuto
3. Termo de posse da diretoria

Apêndice B.4 – Relatório de estudo de caso da petição da AGU

Referências: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 5240.** Autor: Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL). Relator ministro Luiz Fux. DJ: 20 ago. 2015b. Documento 30. Manifestação da AGU.

Pontos de Análise	Resposta aos quesitos	Trechos
1) <i>O controle jurisdicional de convencionalidade é reconhecido como uma técnica para controle de validade das leis?</i>	NÃO	
2) <i>O direito internacional dos direitos humanos é reconhecido como dotado de normatividade?</i>	SIM	“[...] o ato atacado viabiliza a adequada execução de disposição contida na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (“Pacto de São José da Costa Rica”).” “A propósito, deve-se ressaltar que as convenções internacionais mencionadas integram o ordenamento brasileiro e são aptas à produção direta de efeitos jurídicos. Trata-se de atos infraconstitucionais que servem de fundamento imediato de validade para a edição de diplomas normativos de caráter meramente regulamentar.”
3) <i>O fato de ser dotado de normatividade decorre do reconhecimento de seu uso por outros atores sociais?</i>	NÃO	
4) <i>O direito internacional dos direitos humanos, caso dotado de normatividade, é reconhecido como aplicável no caso concreto?</i>	SIM	“Todavia, cumpre destacar, desde logo, que o provimento hostilizado não extrai seu fundamento de validade diretamente da Constituição. Com efeito, a Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de São José da Costa Rica” determina, em seu artigo 7.º item 5, que toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”. “Semelhante prescrição consta, também, do artigo 9.º item 3.º do Pacto

5) *Essa aplicação no caso concreto condiciona a validade da norma infraconstitucional ao direito internacional dos direitos humanos?*

SIM

Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos.”

“Como se vê, o Brasil é signatário de convenções internacionais que versam sobre a audiência de custódia do preso em flagrante e, como tal, possui o dever de adotar medidas normativas para sua fiel execução.”

“Evidencia-se, dessa maneira, a compatibilidade do ato normativo em exame com os princípios da legalidade e da reserva legal, haja vista a existência de convenções internacionais que fundamentam a sua edição”

“Evidencia-se, dessa maneira, a compatibilidade do ato normativo em exame com os princípios da legalidade e da reserva legal, haja vista a existência de convenções internacionais que fundamentam a sua edição”

“[...] o ato atacado viabiliza a adequada execução de disposição contida na Convenção Americana sobre Direitos Humanos ("Pacto de São José da Costa Rica").”

6) *A aplicação do direito internacional dos direitos humanos é realizada de modo a (i) reconhecer novos direitos; (ii) afirmar direitos já reconhecidos no ordenamento jurídico local; ou (iii) não afirmar ou reconhecer qualquer direito?*

SIM

É reconhecido o direito de todo indivíduo de, caso detido, ser apresentado perante a autoridade judiciária para exame da legalidade e necessidade de sua detenção, como forma de executar norma de direito internacional dos direitos humanos.

Apêndice B.5 – Relatório de estudo de caso da petição para ingresso no feito da Defensoria Pública da União

Referências: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 5240**. Autor: Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL). Relator ministro Luiz Fux. DJ: 20 ago. 2015b. Documento 32. Petição para ingresso no feito na condição de *amicus curiae* da Defensoria Pública da União.

Pontos de análise	Resposta aos quesitos	Trechos
1) O controle jurisdicional de convencionalidade é reconhecido como uma técnica para controle de validade das leis?	NÃO	
2) O direito internacional dos direitos humanos é reconhecido como dotado de normatividade?	NÃO	
3) O fato de ser dotado de normatividade decorre do reconhecimento de seu uso por outros atores sociais?	NÃO	
4) O direito internacional dos direitos humanos, caso dotado de normatividade, é reconhecido como aplicável no caso concreto?	NÃO	
5) Essa aplicação no caso concreto condiciona a validade da norma infraconstitucional ao direito internacional dos direitos humanos?	NÃO	
6) A aplicação do direito internacional dos direitos humanos é realizada de modo a (i) reconhecer novos direitos; (ii) afirmar direitos já reconhecidos no ordenamento jurídico local; ou (iii) não afirmar ou reconhecer qualquer direito?	NÃO	

Documentos que acompanham a petição

1. Portaria de designação do defensor público especial para atuação no STF.

2. Acórdão de julgamento do HC n. 5009720-63.2014.404.0000/PR, no TRF da 4ª Região, no qual se decidiu por revogar a prisão preventiva com base nos indícios produzidos em audiência de custódia.
3. Petição inicial de ACP, autuada sob o n. 8837-91.2014.4.01.3200, ajuizada pela DPU na Seção Judiciária do Estado do Amazonas para, em cumprimento à Convenção Americana de Direitos Humanos e ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis, regulamentar, no âmbito dessa seção judiciária, as audiências de custódia.
4. Apelação na mesma ação interposta em face de sentença que reconheceu a ilegitimidade ativa da DPU para ajuizamento da ACP.
5. Edital de convocação de audiência pública realizada pela DPU e pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa no dia 25/08/2014 para debater sobre a realização das audiências de custódia, o qual cita expressamente tratados internacionais como fundamento para a realização desse ato processual.
6. Moção de apoio da DPU ao PL 554/2011 do Senado Federal.

Apêndice B.6 – Relatório de estudo de caso da petição para ingresso no feito da Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo

Referências: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 5240**. Autor: Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL). Relator ministro Luiz Fux. DJ: 20 ago. 2015b. Documento 40. Petição para ingresso no feito na condição de *amicus curiae* da Defensoria Pública do Espírito Santo.

Pontos de análise	Resposta aos quesitos	Trechos
1) O controle jurisdicional de convencionalidade é reconhecido como uma técnica para controle de validade das leis?	NÃO	
2) O direito internacional dos direitos humanos é reconhecido como dotado de normatividade?	NÃO	
3) O fato de ser dotado de normatividade decorre do reconhecimento de seu uso por outros atores sociais?	NÃO	
4) O direito internacional dos direitos humanos, caso dotado de normatividade, é reconhecido como aplicável no caso concreto?	NÃO	
5) Essa aplicação no caso concreto condiciona a validade da norma infraconstitucional ao direito internacional dos direitos humanos?	NÃO	
6) A aplicação do direito internacional dos direitos humanos é realizada de modo a (i) reconhecer novos direitos; (ii) afirmar direitos já reconhecidos no ordenamento jurídico local; ou (iii) não afirmar ou reconhecer qualquer direito?	NÃO	

Documentos que acompanham a petição

1. Publicação no DOE da nomeação do signatário da petição enquanto Defensor Público Geral.

2. Resolução n. 13/2015 do Tribunal de Justiça do Espírito Santo (votada e aprovada pelo pleno).
3. Termo da primeira audiência de custódia realizada no Estado, com a presença do ministro Ricardo Lewandowski.
4. Documento da DPE-ES para coleta de informações de seus assistidos antes da realização da audiência.
5. Notícia veiculada no DOE que informa que a realização de audiências de custódia reduziu em 50% a entrada de presos provisórios em presídios (Capa de jornal veiculado pelo executivo).
6. Notícia do jornal local “A Tribuna” que noticia o programa de audiências de custódia do Estado.

Apêndice B.7 – Relatório de estudo de caso da petição da PGR

Referências: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 5240**. Autor: Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL). Relator ministro Luiz Fux. DJ: 20 ago. 2015b. Documento 47. Manifestação da PGR.

Pontos de análise	Resposta aos quesitos	Trechos
1) <i>O controle jurisdicional de convencionalidade é reconhecido como uma técnica para controle de validade das leis?</i>	NÃO	
2) <i>O direito internacional dos direitos humanos é reconhecido como dotado de normatividade?</i>	SIM	<p>“O Provimento Conjunto 3, de 22 de janeiro de 2015, da Presidência e da Corregedoria-Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), busca regulamentar o art. 7^o, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) [...]”</p> <p>“Considerando a natureza supralegal dos tratados internacionais, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do recurso extraordinário 349.703/RS,⁹ o Provimento Conjunto 3/2015 consiste em norma de caráter secundário, contra a qual é incabível ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade.”</p> <p>Consoante ressaltou o tópico anterior, a instituição de audiência de custódia pelo Provimento Conjunto 3, de 22 de janeiro de 2015, da Presidência e da Corregedoria-Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), objetivou o direito, previsto na Convenção Americana sobre</p>

Direitos Humanos, segundo o qual “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo.”

3) *O fato de ser dotado de normatividade decorre do reconhecimento de seu uso por outros atores sociais?*

NÃO

4) *O direito internacional dos direitos humanos, caso dotado de normatividade, é reconhecido como aplicável no caso concreto?*

SIM

“Dessa forma, não cabe falar em usurpação da competência privativa da União para legislar sobre Direito Processual, tampouco se vislumbra violação aos princípios da legalidade e da divisão funcional de poder. O Provimento Conjunto 3/2015 visa apenas a regulamentar tratados internacionais de direitos humanos devidamente incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, que passaram pela apreciação e aprovação do Congresso Nacional e da Presidência da República.”

5) *Essa aplicação no caso concreto condiciona a validade da norma infraconstitucional ao direito internacional dos direitos humanos?*

SIM

“Dessa forma, não cabe falar em usurpação da competência privativa da União para legislar sobre Direito Processual, tampouco se vislumbra violação aos princípios da legalidade e da divisão funcional de poder. O Provimento Conjunto 3/2015 visa apenas a regulamentar tratados internacionais de direitos humanos devidamente incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, que passaram pela apreciação e aprovação do Congresso Nacional e da Presidência da República.”

6) *A aplicação do direito internacional dos direitos humanos é realizada de modo a (i) reconhecer novos direitos; (ii) afirmar direitos já reconhecidos no ordenamento jurídico local; ou (iii) não afirmar ou reconhecer qualquer direito?*

SIM

“Desse modo, o provimento conjunto está em consonância com o ordenamento constitucional, contribui para a promoção de direitos fundamentais como direito à liberdade, à ampla defesa e ao devido processo legal, bem como para reduzir a endêmica superlotação carcerária do país, pois tende a ampliar situações nas quais cidadãos presos podem obter liberdade provisória, sem embargo de receber a imposição de alguma medida cautelar restritiva do art. 319, I a IX, do Código de Processo Penal.”

Apêndice B.8 – Relatório de estudo de caso da petição de memoriais da Defensoria Pública da União

Referências: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 5240**. Autor: Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL). Relator ministro Luiz Fux. DJ: 20 ago. 2015b. Documento 50. Memoriais da Defensoria Pública da União.

Pontos de análise	Resposta aos quesitos	Trechos
1) <i>O controle jurisdicional de convencionalidade é reconhecido como uma técnica para controle de validade das leis?</i>	NÃO	
2) <i>O direito internacional dos direitos humanos é reconhecido como dotado de normatividade?</i>	SIM	O Provimento Conjunto número 03/2015, da Presidência do Tribunal de Justiça e da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, não inovou no ordenamento jurídico. Diferentemente disso, limitou-se a regulamentar o modo de efetivação da garantia prevista no artigo 7.o, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, tratado internacional sobre direitos humanos vigente na ordem jurídica interna. Mais não fez do que uniformizar, no âmbito do Poder Judiciário Paulista, os procedimentos para a efetivação de direito preexistente.
3) <i>O fato de ser dotado de normatividade decorre do reconhecimento de seu uso por outros atores sociais?</i>	NÃO	
4) <i>O direito internacional dos direitos humanos, caso dotado de normatividade, é reconhecido como aplicável no caso concreto?</i>	SIM	O Provimento Conjunto número 03/2015, da Presidência do Tribunal de Justiça e da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, não inovou no ordenamento jurídico. Diferentemente disso, limitou-se a regulamentar o modo de efetivação da garantia prevista no artigo 7.o, item 5, da Convenção Americana de Direitos

5) *Essa aplicação no caso concreto condiciona a validade da norma infraconstitucional ao direito internacional dos direitos humanos?*

SIM

Humanos, tratado internacional sobre direitos humanos vigente na ordem jurídica interna. Mais não fez do que uniformizar, no âmbito do Poder Judiciário Paulista, os procedimentos para a efetivação de direito preexistente.

O Provimento Conjunto número 03/2015, da Presidência do Tribunal de Justiça e da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, não inovou no ordenamento jurídico. Diferentemente disso, limitou-se a regulamentar o modo de efetivação da garantia prevista no artigo 7.o, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, tratado internacional sobre direitos humanos vigente na ordem jurídica interna. Mais não fez do que uniformizar, no âmbito do Poder Judiciário Paulista, os procedimentos para a efetivação de direito preexistente.

6) *A aplicação do direito internacional dos direitos humanos é realizada de modo a (i) reconhecer novos direitos; (ii) afirmar direitos já reconhecidos no ordenamento jurídico local; ou (iii) não afirmar ou reconhecer qualquer direito?*

SIM

O Provimento Conjunto número 03/2015, da Presidência do Tribunal de Justiça e da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, não inovou no ordenamento jurídico. Diferentemente disso, limitou-se a regulamentar o modo de efetivação da garantia prevista no artigo 7.o, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, tratado internacional sobre direitos humanos vigente na ordem jurídica interna. Mais não fez do que uniformizar, no âmbito do Poder Judiciário Paulista, os procedimentos para a efetivação de direito preexistente.

Apêndice B.9 – Relatório de estudo de caso da petição para ingresso no feito da das Defensorias Públicas do Distrito Federal e dos Estados do Rio Grande do Sul, do Rio de Janeiro, de São Paulo e do Tocantins

Referências: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 5240**. Autor: Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL). Relator ministro Luiz Fux. DJ: 20 ago. 2015b. Documento 53. Manifestação de para ingresso no feito na condição de *amicus curiae* pelas DPEs.

Pontos de Análise	Resposta aos quesitos	Trechos
1) <i>O controle jurisdicional de convencionalidade é reconhecido como uma técnica para controle de validade das leis?</i>	SIM	Atualmente, a doutrina tem alertado que, na seara das normas de direitos humanos, deve haver um diálogo entre fontes e tribunais no campo hermenêutico. Trata-se de um controle construtivo de convencionalidade que, segundo Daniel Sarmiento, “consiste em buscar ajustar a legislação interna à normativa internacional pela via hermenêutica, no afã de construir interpretações da primeira que se compatibilizem com parâmetros internacionais de proteção dos direitos humanos”.
2) <i>O direito internacional dos direitos humanos é reconhecido como dotado de normatividade?</i>	SIM	Em resumo, as normas descritas no artigo 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e no artigo 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos são autoaplicáveis, e os conceitos de “sem demora” e “prazo razoável”, nelas previstos, devem, num controle de convencionalidade construtivo, ser definidos pela regra de direito interno que prevê o limite temporal de 24 horas para a comunicação da prisão à autoridade judicial.
3) <i>O fato de ser dotado de normatividade decorre do</i>	SIM	Aqui vale ressaltar que nem mesmo a previsão legal

reconhecimento de seu uso por outros atores sociais?

contida no artigo 306 do Código de Processo Penal supre a necessidade de comparecimento imediato da pessoa presa à autoridade judicial. Tal é o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que assim se pronunciou no caso *Tibi v. Equador*²²: “El hecho de que un juez tenga conocimiento de la causa o le sea remitido el informe policial correspondiente, como lo alegó el Estado, no satisface esa garantía, ya que el detenido debe comparecer personalmente ante el juez o autoridad competente”.

4) *O direito internacional dos direitos humanos, caso dotado de normatividade, é reconhecido como aplicável no caso concreto?*

SIM

A questão que merece maior destaque diz respeito à aplicabilidade das normas descritas no artigo 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, e no artigo 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Com efeito, considerando que tais tratados possuem status de normas supralegais, mostra-se plenamente aplicável, na hipótese, o artigo 5º, § 1º, da Constituição da República, que dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Isso significa que, independentemente do Provimento Conjunto nº 03/2015 do TJSP/CGJSP ou da elogiável ação do CNJ para a implementação da audiência de custódia como prática judiciária em todo Brasil, o preso possui (há muito tempo) o direito de ser apresentado perante a autoridade judicial competente, sem demora/em prazo razoável.

5) *Essa aplicação no caso concreto condiciona a validade da norma infraconstitucional ao direito internacional dos direitos humanos?*

SIM

“Em resumo, as normas descritas no artigo 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e no artigo 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos são autoaplicáveis, e os conceitos de “sem demora” e “prazo razoável”, nelas previstos, devem, num controle de convencionalidade construtivo, ser definidos pela regra de direito interno que prevê o limite temporal de 24 horas para a comunicação da prisão à autoridade judicial.”

“O Provimento Conjunto nº 03/2015 do TJSP/CGJSP apenas uniformiza a rotina administrativa da audiência de custódia no Estado e não estabelece “regras de conduta para os juízes, promotores, defensores ou delegados, quando diante de pessoas presas em flagrante delito, até 24 horas após a sua prisão, são intimados para participar da audiência de custódia”. Isso porque, tais “regras de conduta” já são impostas há muito tempo pelos tratados de direitos humanos.”

6) *A aplicação do direito internacional dos direitos humanos é realizada de modo a (i) reconhecer novos direitos; (ii) afirmar direitos já reconhecidos no ordenamento jurídico local; ou (iii) não afirmar ou reconhecer qualquer direito?*

SIM

Em resumo, as normas descritas no artigo 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e no artigo 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos são autoaplicáveis, e os conceitos de “sem demora” e “prazo razoável”, nelas previstos, devem, num controle de convencionalidade construtivo, ser definidos pela regra de direito interno que prevê o limite temporal de 24 horas para a comunicação da prisão à autoridade judicial.

Desta feita, por ser desnecessária qualquer intervenção do legislador para a concretização do direito da pessoa presa à audiência de custódia, não há que se falar em violação à cláusula constitucional da separação de Poderes nem ao princípio constitucional da reserva de lei. A norma que dispõe sobre a audiência de custódia, há muito tempo, integra o ordenamento jurídico e deve ser imediatamente aplicada.

O Provimento Conjunto nº 03/2015 do TJSP/CGJSP apenas uniformiza a rotina administrativa da audiência de custódia no Estado e não estabelece “regras de conduta para os juízes, promotores, defensores ou delegados, quando diante de pessoas presas em flagrante delito, até 24 horas após a sua prisão, são intimados para participar da audiência de custódia”. Isso porque, tais “regras de conduta” já são impostas há muito tempo pelos tratados de direitos humanos.

Apêndice B.10 – Relatório de estudo de caso da petição para ingresso no feito da Associação Nacional dos Defensores Públicos

Referências: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 5240**. Autor: Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL). Relator ministro Luiz Fux. DJ: 20 ago. 2015b. Documento 57. Manifestação para ingresso no feito na condição de *amicus curiae* da Associação Nacional dos Defensores Públicos.

Pontos de análise	Resposta aos quesitos	Trechos
1) <i>O controle jurisdicional de convencionalidade é reconhecido como uma técnica para controle de validade das leis?</i>	NÃO	
2) <i>O direito internacional dos direitos humanos é reconhecido como dotado de normatividade?</i>	NÃO	
3) <i>O fato de ser dotado de normatividade decorre do reconhecimento de seu uso por outros atores sociais?</i>	NÃO	
4) <i>O direito internacional dos direitos humanos, caso dotado de normatividade, é reconhecido como aplicável no caso concreto?</i>	NÃO	
5) <i>Essa aplicação no caso concreto condiciona a validade da norma infraconstitucional ao direito internacional dos direitos humanos?</i>	NÃO	
6) <i>A aplicação do direito internacional dos direitos humanos é realizada de modo a (i) reconhecer novos direitos; (ii) afirmar direitos já reconhecidos no ordenamento jurídico local; ou (iii) não afirmar ou reconhecer qualquer direito?</i>	NÃO	

Apêndice B.11 – Relatório de estudo de caso da petição para ingresso no feito da Associação dos Magistrados do Espírito Santo

Referências: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 5240**. Autor: Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL). Relator ministro Luiz Fux. DJ: 20 ago. 2015b. Documento 62. Petição para ingresso no feito na condição de *amicus curiae* da Associação dos Magistrados do Espírito Santo.

Pontos de análise	Resposta aos quesitos	Trechos
1) O controle jurisdicional de convencionalidade é reconhecido como uma técnica para controle de validade das leis?	NÃO	
2) O direito internacional dos direitos humanos é reconhecido como dotado de normatividade?	NÃO	
3) O fato de ser dotado de normatividade decorre do reconhecimento de seu uso por outros atores sociais?	NÃO	
4) O direito internacional dos direitos humanos, caso dotado de normatividade, é reconhecido como aplicável no caso concreto?	NÃO	
5) Essa aplicação no caso concreto condiciona a validade da norma infraconstitucional ao direito internacional dos direitos humanos?	NÃO	
6) A aplicação do direito internacional dos direitos humanos é realizada de modo a (i) reconhecer novos direitos; (ii) afirmar direitos já reconhecidos no ordenamento jurídico local; ou (iii) não afirmar ou reconhecer qualquer direito?	NÃO	

Apêndice B.12 – Relatório de estudo de caso da petição para ingresso no feito do Instituto de Defesa do Direito de Defesa

Referências: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 5240**. Autor: Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL). Relator ministro Luiz Fux. DJ: 20 ago. 2015b. Documento 72. Manifestação para ingresso do feito na condição de *amicus curiae* do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD).

Pontos de análise	Resposta aos quesitos	Trechos
1) <i>O controle jurisdicional de convencionalidade é reconhecido como uma técnica para controle de validade das leis?</i>	NÃO	
2) <i>O direito internacional dos direitos humanos é reconhecido como dotado de normatividade?</i>	SIM	<p>“Ocorre que, como se sabe, desde 1992, integra o ordenamento jurídico brasileiro norma que determina que o preso deverá ser conduzido, “sem demora”, à presença de uma autoridade judicial. Especificamente, o art. 7o, no 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aprovada pelo Decreto no 678/1992, determina a “apresentação de pessoa detida em flagrante delito, até 24 horas após a sua prisão, para participar de audiência de custódia”, instituto que, até há bem pouco tempo, permaneceu sem aplicação, até que alguns Tribunais estaduais, inspirados pelo CNJ, se sensibilizaram e resolveram regulamentar e implementar a audiência mencionada.”</p> <p>“Registre-se, ainda que em um parágrafo, que a ação direta em epígrafe não tem condição de ser conhecida, já que o Provimento Conjunto no 3/2015 possui natureza meramente regulamentadora, editada para “determinar, em</p>

cumprimento ao disposto no artigo 7o, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), a apresentação de pessoa detida em flagrante delito, até 24 horas após a sua prisão, para participar de audiência de custódia” (art. 1o), constituindo norma de caráter secundário, que, por isso, não pode ser atacada por meio de ação direta de inconstitucionalidade, conforme assentado por essa C. Corte Constitucional nas ADI 2398, rel. Min. Cezar Peluso, j. em 25.6.2007 e ADI 3376, rel. Min. EROS GRAU, j. em 16.6.2005.”

“O art. 5o, § 1o, da CF, confere aos direitos fundamentais aplicabilidade imediata; o § 2o estabelece que os direitos e garantias fundamentais expressos na Carta Magna não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte; neste ambiente, vieram, em 1992, os Decretos nos 592 e 694, adentrando o ordenamento jurídico, no mínimo, como normas supralegais, ainda que de natureza infraconstitucional, conforme assentado por essa C. Corte Suprema, por exemplo, no julgamento do HC 88.240, rel. Min. ELLEN GRACIE, j. em 7.10.2008,”

3) *O fato de ser dotado de normatividade decorre do reconhecimento de seu uso por outros atores sociais?*

NÃO

4) *O direito internacional dos direitos humanos, caso dotado de normatividade, é reconhecido como aplicável no caso concreto?*

SIM

“Assim, Pacto de San José e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que dão amparo à realização de audiência de custódia, encontram-se no ambiente normativo brasileiro, no mínimo, como normas de natureza supralegal, senão como garantias constitucionais, vez que aprovadas devidamente em 1992, segundo o devido processo legal vigente. O art. 400 do CPP não modifica a existência normativa da audiência, posto constituir dispositivo hierarquicamente inferior em relação ao disposto no art. 7o, no 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).”

“Seja porque fundada em norma de natureza supralegal, seja porque fundada em garantia fundamental, a regulamentação da audiência de custódia pelo E. Tribunal de Justiça paulista ampara-se no art. 96, I, a, da Carta, que se limitou a dispor sobre competência e funcionamento de seus órgãos jurisdicionais e administrativos, juízos e polícia judiciária incluídos, com o objetivo de emprestar eficiência a normas processuais e garantias fundamentais previstas na legislação brasileira.”

5) *Essa aplicação no caso concreto condiciona a validade da norma infraconstitucional ao direito internacional dos direitos humanos?*

SIM

“O delegado de polícia, o juiz criminal, o promotor de justiça e o defensor público não participam das audiências de custódia por força do Provimento do Tribunal estadual, mas o fazem para efetivar o cumprimento dos tratados de direitos humanos que

6) *A aplicação do direito internacional dos direitos humanos é realizada de modo a (i) reconhecer novos direitos; (ii) afirmar direitos já reconhecidos no ordenamento jurídico local; ou (iii) não afirmar ou reconhecer qualquer direito?*

SIM

garantem tal direito individual.”

“O delegado de polícia, o juiz criminal, o promotor de justiça e o defensor público não participam das audiências de custódia por força do Provimento do Tribunal estadual, mas o fazem para efetivar o cumprimento dos tratados de direitos humanos que garantem tal direito individual.”

“O Poder Judiciário não pode ir além, nem ficar aquém: cabe aos Tribunais ofertar as condições para que se realizem as audiências de custódia, exatamente como agiu o E. Tribunal de Justiça de São Paulo, editando o Provimento Conjunto no 3/2015.”

Documentos que acompanham a petição

1. Estatuto.
2. Termo de cooperação técnica n. 007/2015, celebrado entre o Ministério da Justiça, o CNJ e o IDDD para implementação das audiências de custódia.
3. Diplomas e medalhas de reconhecimento.

Apêndice B.13 – Relatório de estudo de caso do acórdão de julgamento da ADI n. 5240

Referências: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 5240**. Autor: Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL). Relator ministro Luiz Fux. DJ: 20 ago. 2015b. Documento 87. Acórdão

Pontos de Análise	Resposta aos quesitos	Trechos
<p>1) <i>O controle jurisdicional de convencionalidade é reconhecido como uma técnica para controle de validade das leis?</i></p>	<p>Ministro Teori Zavascki</p>	<p>Mas, mesmo que seja considerada, como reza a jurisprudência do Supremo, uma norma de hierarquia supralegal (e não constitucional), penso que o controle - que se poderia encartar no sistema de controle da convencionalidade - deve ser exercido para aferir a compatibilidade da relação entre uma norma supralegal e uma norma legal.</p>
<p>2) <i>O direito internacional dos direitos humanos é reconhecido como dotado de normatividade?</i></p>	<p>Relator ministro Luiz Fux: SIM</p>	<p>De plano, anoto que o artigo 7o, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, ao dispor que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”, sustou os efeitos de toda a legislação ordinária conflitante com esse preceito convencional. Isso se deve ao caráter supralegal que os tratados sobre direitos humanos possuem no ordenamento jurídico brasileiro, como ficou assentado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 349.703, relator para acórdão o Min. GILMAR MENDES, Pleno, DJe de 05/06/2009.</p> <p>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.</p> <p>Os artigos 1o, 3o, 5o, 6o e 7o do Provimento Conjunto 03/2015 do TJSP apenas explicitam disposições esparsas da Convenção Americana sobre Direitos do Homem e do Código de Processo Penal, permitindo, assim, a sua compreensão clara e sistemática, indispensável ao seu fiel cumprimento.</p>
	<p>Ministro Ricardo Lewandowski: SIM</p>	<p>Nós temos entendido - nós, o CNJ -, assim como o eminente Relator agora que as normas internacionais, os tratados e convenções que o Brasil, em sua soberania, decidiu subscrever e depois internalizar, tendo em conta inclusive, enfim, a vontade do Congresso Nacional, que representa o povo brasileiro, isso desde 1992, portanto, há mais de 20 anos, já é uma lei interna, portanto é autoaplicável.</p>

3) O fato de ser dotado de normatividade decorre do reconhecimento de seu uso por outros atores sociais?

Ministro Edson Fachin: SIM Tenho a liberdade de averbar minha inflexão pela percepção dessa Convenção no seu patamar de natureza constitucional, portanto num patamar mais elevado do que a configuração atual. Nada obstante, o entendimento dominante é esse e, de qualquer sorte, não se deve conhecer, nesta parte, da pretensão de declaração de constitucionalidade, eis que o debate constitucional, neste momento, não se coloca.

Ministro Luís Roberto Barroso: SIM Não tenho dúvida de que compete, Presidente, ao Supremo Tribunal Federal definir o que vale internamente no Brasil. Porém, essa definição, no mundo contemporâneo, é feita em um diálogo institucional com as Cortes internacionais, não apenas a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a cujo sistema nós pertencemos, como todas as Cortes internacionais de Direitos Humanos.

Com todas as vênias, nós temos o efeito de uma norma em vigor - artigo 7o da Convenção Americana de Direitos Humanos, Direito à Liberdade Pessoal, artigo 7o, I, V:

Ministro Gilmar Mendes: SIM Eu estava, nesse contexto, então, especulando se, a rigor, com as mesmas premissas, não seria devido, a partir da admissão da Convenção Interamericana, ler o disposto, por exemplo, aqui, na cláusula do devido processo legal (artigo 5o, inciso LIV) - "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" - com o conteúdo que lhe dá a própria Convenção Interamericana, à parte da possibilidade aventada pelo ministro Teori de se fazer, talvez, o contraste direto. Mas o curioso é que, na prática, isso, para o qual ele chama a atenção, passa a ocorrer, porque, internalizada a Convenção, nos passamos a ler o Texto Constitucional, como cláusula do devido processo legal, com esses conteúdos. Portanto, há um tipo de - vamos chamar assim - modificação positiva no sentido de iluminar o conceito jurídico indeterminado como uma cláusula: o princípio do contraditório ou a cláusula do devido processo legal.

NÃO

4) O direito internacional dos direitos humanos, caso dotado de normatividade, é reconhecido como aplicável no caso concreto?

Relator ministro Luiz Fux: SIM

Em outras palavras, o direito convencional a uma audiência de custódia deflagra o procedimento legal de *habeas corpus* perante a Autoridade Judicial.

Esse dispositivo enuncia, em primeiro lugar, o caráter meramente regulamentar do Provimento, reportando-se ao artigo 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos do Homem como fundamento de validade e objeto de regulamentação. Note-se, contudo, que a mera enunciação do caráter regulamentar do Provimento não basta, sendo necessário verificar se as suas diversas disposições efetivamente se limitam a dar fiel cumprimento à norma convencional indicada (ou outra norma legal) ou se efetivamente inovam na ordem jurídica, como sustenta a autora.

Os artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 7º do Provimento Conjunto 03/2015 do TJSP apenas explicitam disposições esparsas da Convenção Americana sobre Direitos do Homem e do Código de Processo Penal, permitindo, assim, a sua compreensão clara e sistemática, indispensável ao seu fiel cumprimento.

Ministro Luís Roberto Barroso: SIM

Presidente, apenas, esse tema me interessa desde a minha tese de titularidade feita em outra vida, na década de 90, eu estou acompanhando o Ministro Luiz Fux, porque entendo que a audiência de custódia está prevista no item 7.1 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, e que, portanto, basicamente o que faz o ato impugnado é regulamentar, porque não é nem internalizar, porque a convenção já foi internalizada, de longa data, pelo Decreto no 678 - até anotei, ela foi internalizada não...

5) *Essa aplicação no caso concreto condiciona a validade da norma infraconstitucional ao direito internacional dos direitos humanos?*

Ministro Teori Zavascki: SIM

Se esse é um direito do preso, que decorre da Convenção Americana dos Direitos Humanos - e é isso que estamos dizendo -, é importante que a implementação desse direito se faça imediatamente

Ministra Rosa Weber: SIM

Eu, na verdade, acompanho, então, o eminente Relator, resguardando a minha posição pessoal para debate, justamente com relação a esse tema que diz com a própria a hierarquia dos tratados internacionais. No caso, o Pacto de São José da Costa Rica já assegura, como foi muito bem definido aqui, a essa audiência, que nos agora vamos chamar de apresentação, de uma maneira muito mais adequada, do réu, ou do investigado.

Relator ministro Luiz Fux: SIM

A apresentação da pessoa detida é determinada diretamente pelo artigo 7o, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos do Homem e, ainda, pelos artigos 656 e 657 do CPP¹⁹, assinalando-se que estas normas processuais tiveram a sua eficácia paralisada naquilo que contrariam a norma convencional – especificamente as expressões “*se julgar necessário*” e “*em dia e hora que designar*”. Assim, a apresentação do preso vem fundada na ordem legal e convencional, que a todos vincula, inclusive à Autoridade Policial.

Ministro Luís Roberto Barroso: SIM

Dessa forma, a Resolução do Tribunal de Justiça meramente regulamenta uma norma que já vigia no Direito brasileiro sem **status** constitucional, de acordo com a jurisprudência do Supremo.

Ministro Gilmar Mendes: SIM

Agora, em relação a esse ponto, para mim parece evidente, ele está dizendo: é inconstitucional, porque não foi legislação federal. Qual seria a resposta? Não é inconstitucional, porque há legitimidade por parte inclusive da Convenção.

6) A aplicação do direito internacional dos direitos humanos é realizada de modo a (i) reconhecer novos direitos; (ii) afirmar direitos já reconhecidos no ordenamento jurídico local; ou (iii) não afirmar ou reconhecer qualquer direito?

Ministro Celso de Mello

Os elementos adicionais, *agora bem explicitados* pelo eminente Relator, **permitem-me** acompanhar Sua Excelência **para confirmar, no plano material, a inteira validade jurídico-constitucional** do Provimento Conjunto no 03/2015 do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **que se limitou, de modo plenamente legítimo, a conferir efetividade ao que dispõe** o Artigo 7o, item n. 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, **tendo em vista** a circunstancia de que as normas **definidoras** dos direitos e garantias fundamentais **revestem-se, em nosso sistema normativo**, de aplicabilidade direta e imediata (**CF**, art. 5o, § 1o).

SIM

Trecho ilustrativo: “Presidente, então, vou superar a questão do conhecimento e, no mérito, vou acompanhar o voto do ministro Fux, ressaltando esse aspecto importante, a meu ver, de que de fato, devemos ler, sim, cláusula como a do devido processo legal, com o conteúdo que lhe empresta, na espécie, o texto da Convenção, que determina que o preso seja imediatamente apresentado ao juiz.”