

A CONSTITUIÇÃO TRANSFORMADORA DE 1988 NO CONTEXTO DO CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL

THE TRANSFORMATIVE CONSTITUTION OF 1988 IN THE CONTEXT OF MULTI-LEVEL CONSTITUTIONALISM

FLÁVIA PIOVESAN¹

LUIZ EDUARDO CAMARGO OUTEIRO HERNANDES²

RESUMO: O objetivo do artigo é identificar a emergência do novo paradigma do constitucionalismo contemporâneo no qual a Constituição Federal de 1988 está inserida e analisar as respostas do sistema constitucional brasileiro à nova realidade latino-americana. A hipótese de pesquisa é a de que a Constituição Federal de 1988 responde à emergência do novo paradigma do constitucionalismo latino-americano mediante o emprego do diálogo normativo e interinstitucional a partir da cláusula de abertura constitucional e em uma perspectiva multinível de proteção dos direitos humanos. A metodologia empregada na pesquisa foi as análises de conteúdos e de dados documentais coletados a partir de amostras e levantamento bibliográfico. Os resultados atingidos com a pesquisa foram demonstrar a correção da hipótese e explicitar a vocação transformadora da Constituição de 1988.

1090

¹ Professora doutora em Direito Constitucional e Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, visiting fellow do Human Rights Program da Harvard Law School (1995 e 2000), visiting fellow do Centre for Brazilian Studies da University of Oxford (2005), visiting fellow do Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg); Humboldt Foundation Georg Forster Research Fellow no Max Planck Institute (Heidelberg – 2009-2014); Lemman Visiting Scholar no David Rockefeller Center for Latin American Studies da Harvard University (2018). Foi membro da UN High Level Task Force on the implementation of the right to development e do OAS Working Group para o monitoramento do Protocolo de San Salvador em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais. Foi membro da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (mandato de 2018-2021). É Coordenadora Científica da Unidade de Monitoramento e Fiscalização das Decisões da Corte Interamericana no CNJ (UMF-CNJ).

² Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo –SP, Brasil). Pesquisador do Grupo de Pesquisa Hermenêutica e Justiça Constitucional: STF da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Pesquisador do Centro Internacional de Direitos Humanos de São Paulo. Visiting Scholar no Max-Planck-Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, 2023). Visiting Researcher convidado no Research Department International Law and Dispute Resolution do Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law (2023). Procurador da República. Max Planck Institute for Comparative and International Private Law Scholarship (Hamburgo, 2024).



PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais; Constitucionalismo Transformador; Constitucionalismo Multinível; Constituição Federal; Brasil.

ABSTRACT: The objective of the paper is to identify the emergence of the new paradigm of contemporary constitutionalism in which the 1988 Federal Constitution is inserted and to analyze the responses of the Brazilian constitutional system to the new Latin American reality. The research hypothesis is that the 1988 Federal Constitution responds to the emergence of the new paradigm of Latin American constitutionalism through the use of normative and interinstitutional dialogue based on the constitutional opening clause and in a multilevel perspective of human rights protection. The methodology applied in the research was content analysis and documentary data collected from samples and bibliographic survey. The results achieved with the research were to demonstrate the correctness of the hypothesis and explain the transformative vocation of the 1988 Constitution.

KEYWORDS: Fundamental Rights; Transformative Constitutionalism; Multilevel Constitutionalism; Federal Constitution; Brazil.

INTRODUÇÃO

A Constituição Brasileira de 1988 simboliza o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no país. O texto constitucional demarca a ruptura com o regime autoritário militar instalado em 1964, refletindo o consenso democrático “pós ditadura”. Após vinte e um anos de regime autoritário, objetiva a Constituição resgatar o Estado de Direito, a separação dos poderes, a Federação, a Democracia e os direitos fundamentais, à luz do princípio da dignidade humana. O valor da dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, III da Constituição), impõe-se como núcleo básico e informador de todo ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação do sistema constitucional.

A cláusula de abertura³ constitucional do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, conforma o diálogo entre a Constituição de 1988 e o Direito Internacional dos Direitos Humanos e atribui aos tratados de direitos humanos hierarquia privilegiada na ordem jurídica brasileira, o que implica o surgimento de um sistema jurídico multinível marcado por diálogos, permeabilidade e incidências mútuas e recíprocas, sob a inspiração do princípio maior da dignidade humana.

A presente pesquisa busca enfrentar a seguinte questão-problema: De que forma a Constituição Federal de 1988 responde à emergência do novo paradigma do constitucionalismo latino-americano? A hipótese de pesquisa é no sentido de

³ HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo O. *A legitimidade dialógica-deliberativa da jurisdição constitucional do STF: uma proposta de superação do antagonismo entre democracia e controle de constitucionalidade*. Londrina: Editora Thoth, 2024, p. 95.

que a Constituição Federal de 1988 responde à emergência do novo paradigma do constitucionalismo latino-americano mediante o emprego do diálogo normativo e interinstitucional a partir da cláusula de abertura constitucional e em uma perspectiva multinível de proteção dos direitos humanos.

A pesquisa adotou a metodologia de levantamento bibliográfico por meio da consulta a livros, revistas, periódicos e outras fontes de mesmas espécies, que embasaram os aspectos teóricos do tema proposto, e sem perder de vista a análise crítica da literatura atual. Realizou-se ainda pesquisa empírica mediante às análises de conteúdos e de dados documentais coletados a partir de amostras⁴. Essas correspondem aos documentos que registram as decisões judiciais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal⁵, bem como as decisões foram levantadas com recurso à ferramenta de busca no portal do Supremo Tribunal Federal (<http://portal.stf.jus.br/>).

Registra-se que os casos analisados foram escolhidos em razão da existência ou da potencialidade de permitirem um diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e Sistema Interamericano de Direito Humanos, bem como por se adequarem metodologicamente à noção do novo paradigma do constitucionalismo emergente nas Américas⁶ e, com especial menção no Brasil, pautado na abordagem dialógica⁷ e no constitucionalismo transformador⁸.

O objetivo do presente trabalho é identificar a emergência do novo paradigma do constitucionalismo contemporâneo no qual a Constituição Federal de 1988 está inserida e analisar as respostas do sistema constitucional brasileiro à nova realidade latino-americana. A pesquisa se justifica porque a emergência do novo

⁴GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 39 e ss.

⁵BRASIL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Cadernos de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Concretizando Direitos Humanos – Direito dos povos indígenas**. Brasília: STF : CNJ, 2023; BRASIL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Cadernos de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Concretizando Direitos Humanos – Direito à Igualdade Racial**. Brasília: STF : CNJ, 2023; BRASIL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Cadernos de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Concretizando Direitos Humanos – Direitos das mulheres**. Brasília: STF : CNJ, 2023. BRASIL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Cadernos de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Concretizando Direitos Humanos – Direito das pessoas LGBTQIAP+**. Brasília: STF : CNJ, 2023.

⁶GARGARELLA, Roberto; COURTIS, Christian. **El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes**. Santiago: Cepal, 2009, p. 39.

⁷GARAVITO, César Rodríguez. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, v. 14, p. 1-27, 2013.

⁸BOGDANDY, Armin, ANTONIAZZI, Mariela Morales, FERRER, Eduardo MacGregor, PIOVESAN, Flávia (ed). **Transformative Constitutionalism in Latin America**. Oxford, Oxford University Press, 2017. Ver também KLARE, Karl E. Legal Culture and Transformative Constitutionalism, **South African Journal on Human Rights**, v. 14, n.1, p.146-188, 1998.

constitucionalismo latino-americano incorpora o crescente diálogo interinstitucional e o compartilhamento de *standards* comuns de proteção dos direitos humanos e a composição de um *ius constitutionale commune* latino-americano⁹, vetores nos esforços da consolidação da democracia, do aprofundamento do Estado de Direito e da concretização do paradigma do constitucionalismo transformador em uma perspectiva multinível¹⁰.

Inicialmente será analisada a relação da Constituição Federal de 1988 com o constitucionalismo transformador e suas implicações com os sistemas multiníveis de proteção dos direitos humanos. Em um segundo momento serão enfocados os desafios estruturais lançados ao Supremo Tribunal Federal em razão da abordagem transformadora do constitucionalismo. Em um terceiro momento, o estudo será concentrado na emergência do sistema multinível de proteção dos direitos humanos. Transita-se então para o exame da resposta da Constituição Federal de 1988 no contexto do constitucionalismo multinível latino-americano. Por fim, são apresentadas as conclusões.

2. CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR

A Constituição da República do Brasil foi fruto da Assembleia Nacional Constituinte, realizada entre 1.º de fevereiro de 1987 e 5 de outubro de 1988. A ruptura com a ordem constitucional anterior já caracterizava indicativo da natureza transformadora da Constituição de 1988. A vocação transformadora¹¹ da Constituição pôde ser vista no discurso de Ulysses Guimarães, quando do encerramento dos trabalhos da Constituinte, ao afirmar que foi “(...) a sociedade, mobilizada (...)” que “(...) pela transição e pela mudança, derrotou o Estado

⁹ PIOVESAN, Flávia. *Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios*. **Revista Direito e Práxis**, v. 8, n. 2, p. 1356-1388, 2017, p. 1358.

¹⁰ ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia; IGNÁCIO, Renata Rossi. *Covid-19 e direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA): impacto dos estándares interamericanos*. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, v. 11, n. 1, p. 59-90, 2020, p. 83.

¹¹ HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo O. *Constituição e Transição de Regimes no Brasil: Uma Abordagem Transformativa*. **Revista Internacional da Academia Paulista de Direito**, n. 7, p. 26-26, 2021.

usurpador". A Nação desejava mudar e a Constituição pretendeu "(...) ser a voz, a letra, a vontade política da sociedade rumo à mudança"¹²¹³.

A Constituição Federal de 1988 representou o "coroamento"¹⁴ da transição de regimes rumo à democracia. A Constituição trouxe compromissos democráticos e um rol de direitos fundamentais, além da intenção de mudar as relações políticas, sociais e econômicas¹⁵, o que representa a sua natureza transformadora¹⁶.

O Constitucionalismo transformador significava então um projeto de longo prazo de vigência, de interpretação e implementação constitucional, em um contexto histórico de desenvolvimento político adequado, para transformar as instituições estatais e sociais de uma sociedade, com o fim de consolidar a democracia em termos participativos e igualitários¹⁷.

Essa ideia transformadora do constitucionalismo implica que as Cortes Constitucionais dos Estados devem interpretar e aplicar a Constituição de modo a engajar instituições do Estado e atores sociais na cooperação para a promoção de mudanças sociais a fim de atingir as diretrizes traçadas pelas normas constitucionais¹⁸. A articulação transformativa inclui os sistemas multiníveis de proteção dos direitos humanos incidentes em certo Estado.

¹² GUIMARÃES, Ulysses. **Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988, publicado no DANC de 5 de outubro de 1988**, p. 14380-14382. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituente-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2024.

¹³ HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo O. **A legitimidade dialógica-deliberativa da jurisdição constitucional do STF: uma proposta de superação do antagonismo entre democracia e controle de constitucionalidade**. Londrina: Editora Thoth, 2024.

¹⁴ SARMENTO, Daniel. 21 Anos da Constituição de 1988: a Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a Experiência Constitucional Brasileira sob a Carta de 1988. **DPU**, n. 30, p. 7-41, 2009, p. 28.

¹⁵ SARMENTO, Daniel. 21 Anos da Constituição de 1988: a Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a Experiência Constitucional Brasileira sob a Carta de 1988. **DPU**, n. 30, p. 7-41, 2009, p. 28.

¹⁶ HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo O. Constituição e Transição de Regimes no Brasil: Uma Abordagem Transformativa. **Revista Internacional da Academia Paulista de Direito**, n. 7, p. 26-26, 2021; HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo O. **A legitimidade dialógica-deliberativa da jurisdição constitucional do STF: uma proposta de superação do antagonismo entre democracia e controle de constitucionalidade**. Londrina: Editora Thoth, 2024.

¹⁷ KLARE, Karl E. Legal Culture and Transformative Constitutionalism, **South African Journal on Human Rights**, v. 14, n.1, p.146-188, 1998, p. 150.

¹⁸ BOGDANDY, Armin von. O mandato transformador do Sistema Interamericano: Legalidade e Legitimidade de um processo jurígenético extraordinário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 9, n. 2, p. 231-250, 2019, p. 232.

A articulação transformativa multinível se fundamenta na existência de um *ius constitutionale commune* na América Latina¹⁹, fruto do mandato transformador²⁰ da Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja fonte se encontra na Convenção Americana de Direitos Humanos. Cortes Constitucionais transformadoras utilizam técnicas dialógicas de forma racionalizada. Esse diálogo inevitável interinstitucional constrói o *ius constitutionale commune*²¹ nas Américas.

O fortalecimento do constitucionalismo transformador no Brasil implica no aumento da intensidade e da qualidade do diálogo judicial entre o Sistema Interamericano e os atores judiciais internos, com o escopo de incrementar a proteção dos direitos humanos, a democracia e o Estado de Direito. Cortes Constitucionais transformadoras utilizam técnicas dialógicas de forma racionalizada. As Cortes sabem quando, como e por quais razões empregam os mecanismos de diálogo nos casos sob suas jurisdições.

O novo paradigma do constitucionalismo interamericano emergente incrementa as funções jurisdicionais, valoriza a independência do Poder Judiciário e permite neutralizar sinais precoces de autocracias insurgentes, na medida em que estas buscam negar ao poder judiciário sua independência²² e papel.

As instituições democráticas são essenciais para a proteção dos direitos humanos, da democracia e do Estado de direito. Elas também são essenciais para a construção de sociedades mais pacíficas em termos positivos²³, justas, inclusivas, sustentáveis e resilientes, nas quais todo ser humano possa ser igual e livre em dignidade, direitos e respeito.

O novo paradigma do constitucionalismo no Brasil se sustenta na noção de que a democracia é uma construção compartilhada, que depende da participação de todos nós²⁴. Da mesma forma, os direitos humanos e o Estado de direito também

¹⁹ ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; PIOVESAN, Flavia; SOLEY, Ximena. *Ius Constitutionale Commune En América Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism*. Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law, Research Paper no. 2016-21, p. 1-21, 2016.

²⁰ BOGDANDY, Armin von. O mandato transformador do Sistema Interamericano: Legalidade e Legitimidade de um processo jurisgenético extraordinário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 231-250, 2019.

²¹ BORGES, Bruno Barbosa; PIOVESAN, Flávia. O diálogo inevitável interamericano e a construção do *ius constitutionale commune*. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 24, n. 3, p. 5-26, 2019.

²² LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *How democracies die*. New York: Penguin Books, 2018, p. 180.

²³ HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo O.; TABAK, Benjamin Miranda. Os benefícios e os custos da efetivação da justiça de transição no Brasil. *Revista Brasileira de Direito*, v. 14, n. 3, p. 160-185, 2018, p. 164.

²⁴ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *How democracies die*. New York: Penguin Books, 2018, p. 230.

são uma construção coletiva. O destino deles depende de todos nós, e também da capacidade do constitucionalismo transformador e de suas instituições de enfrentar ameaças autoritárias e salvaguardar as liberdades.

As instituições do sistema multinível de proteção dos direitos humanos, como o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal, são fundamentais para o desenvolvimento dessa construção compartilhada e dialógica, especialmente em contextos marcados por desafios estruturais que exigem a proteção efetiva dos direitos humanos, como no caso da pandemia Covid-19 nas Américas.

3. CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR, DESAFIOS ESTRUTURAIS E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Os desafios estruturais submetidos à apreciação e à deliberação do Supremo Tribunal Federal, que refletem os déficits sistêmicos ou os desafios estruturais no Brasil, são representados pelo aprofundamento da desigualdade social, pelos agravamentos dos padrões históricos de discriminação, pela violência epidêmica e pelos enfraquecimentos do Estado de Direito e da democracia²⁵.

O principal instrumento jurídico submetido ao Supremo Tribunal Federal para o processo e o julgamento dos processos estruturais, que implicam em decisões transformadoras, no âmbito da jurisdição constitucional é a ação de descumprimento de preceito fundamental. Os casos a seguir descritos são exemplos de problemas estruturais sob apreciação da Corte brasileira. Esses problemas estruturais ressignificam as funções da Corte Constitucional brasileira e a identificam como uma Corte transformadora. São eles: RE n. 1.366.243/SC, ADPF n. 976 MC-Ref/DF, ADPF n. 709 MC-Ref/DF, ADPF n. 742 MC/DF, ADPF n. 973/DF, ADPF n. 347 MC/DF, ADPF n. 635/DF, ADPF n. 760/DF, ADPF n. 153/DF e ADPF n. 320/DF.

O RE n. 1.366.243/SC²⁶ e a ADPF n. 976 MC-Ref/DF²⁷ têm por objeto o desafio estrutural relativo à desigualdade social. Nesses casos, o Supremo Tribunal Federal

²⁵ HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo Outeiro; PIOVESAN, Flávia. Desafios judiciais em tempos de pandemia: fortalecendo o diálogo entre a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Brasileiro para a proteção dos direitos humanos. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 9, p. 371-388, 2022, p. 375; BORGES, Bruno Barbosa; PIOVESAN. Mecanismos Nacionais de Implementação das Decisões do Sistema Interamericano. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, v. 81, p. 191-212, 2022, p. 192-193.

²⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE n. 1.366.243/SC, de 11 de abril de 2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357222379&ext=.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2024.

²⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF n. 976 MC-Ref/DF, de 22 de agosto de 2023. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=770954718>>. Acesso em: 27 set. 2024.

analisa os temas do direito à saúde e do direito à moradia sob os aspectos das deficiências estruturais sistêmicas e em um potencial estado de coisas inconstitucional.

No RE n. 1.366.243/SC, a questão sistêmica é o intrincado funcionamento da rede de relações e de estruturas federativas que enfeixam a concretização do direito fundamental à saúde no Sistema Único de Saúde, especialmente nas demandas que versam sobre fornecimento e medicamentos registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, mas não padronizados no Sistema Único de Saúde. Dilemas estruturais dessa natureza justapõem competências administrativas solidárias, cujos funcionamentos deficitários comprometem a realização da política pública de fornecimento de medicamentos por meio do Sistema Único de Saúde aos cidadãos que não possuem condições econômicas para adquiri-los por conta própria.

A ADPF n. 976 MC-Ref/DF delibera sobre as graves omissões do Poder Público que afetam a população em situação de rua no Brasil e ocasionam maciças violações de direitos humanos fundamentais de grupos da sociedade brasileira em situação de extrema vulnerabilidade social a ponto de violar a dignidade da pessoa humana e a concretização de uma sociedade livre, justa e solidária no Brasil. Violações dessa natureza demandam respostas estruturais de longo prazo por parte do Estado.

O desafio estrutural do agravamento dos padrões históricos de discriminação é objeto da ADPF n. 709 MC-Ref/DF²⁸, da ADPF n. 742 MC/DF²⁹ e da ADPF n. 973/DF³⁰. As ações de descumprimentos de preceito fundamentais descritas tratam de problemas estruturais que afligem a prestação direitos sociais a grupos especialmente impactados no Brasil. Os problemas estruturais sob apreciação do Supremo Tribunal Federal são sistêmicos, policêntricos e interseccionais, de modo que a violação do direito provoca efeitos transversais que impactam negativamente outros problemas estruturais interseccionados.

Nas ADPF n. 709 MC-Ref/DF e a ADPF n. 742 MC/DF, o problema estrutural analisado pelo Tribunal diz respeito às deficiências estruturais e orçamentárias dos órgãos responsáveis pela prestação do serviço público de saúde, em todas as esferas de governo, para o combate à epidemia do Covid-19 a favor dos povos indígenas e dos quilombolas. Essas questões constituem problemas eminentemente estruturais. Demanda o problema estrutural alterações em toda a dinâmica do sistema de

²⁸ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF n. 709 MC-Ref/DF, de 05 de agosto de 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754033962>>. Acesso em: 27 set. 2024.

²⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF n. 742 MC/DF, de 24 de fevereiro de 2021. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755703996>>. Acesso em: 27 set. 2024.

³⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF n. 973/DF, de 12 de maio de 2022. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6404537>>. Acesso em: 27 set. 2024.

atenção especial à saúde, tanto nas alocações orçamentárias quanto nas articulações e nas cooperações entre os órgãos responsáveis, com o fim de superar o déficit na prestação do atendimento à saúde dos indígenas e dos quilombolas, especialmente afetados pela pandemia.

A ADPF n. 973/DF foca no problema estrutural da deficiente política contra o racismo institucional no Brasil. A ação de descumprimento de preceito fundamental tem por objeto sanar as graves violações de direitos humanos fundamentais praticadas pelo Estado brasileiro por ações e por omissões que resultam em sistemática e estrutural violação dos direitos à vida, à saúde, à segurança e à alimentação digna da população negra, com especial menção à letalidade decorrente da violência institucional, nos déficits sistêmicos quanto à atenção da saúde da população negra e quanto às políticas de redistribuição de renda, que vulneram os direitos sociais e a dignidade da população negra.

O desafio estrutural da violência epidêmica é objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 347 MC/DF³¹ e na ADPF n. 635/DF³². Ambos os casos tratam não apenas da violência institucional, mas de questões sistêmicas ligadas à desigualdade de poder e à injustiça social, que culminam em um quadro de violência estrutural e compromete o gozo de direitos humanos fundamentais das vítimas e seus familiares no Brasil, com um impacto desproporcionalmente lesivo à população afrodescendentes.

A ADPF n. 347 MC/DF foi o primeiro caso apreciado pelo Supremo Tribunal Federal em que a Corte reconheceu o instituto do estado de coisa inconstitucional no julgamento de 09 de setembro de 2015. O instituto do estado de coisa inconstitucional possibilita ao juiz constitucional impor aos Poderes Públicos a tomada de ações urgentes e necessárias ao afastamento das violações massivas de direitos fundamentais, assim como supervisionar a efetiva implementação com o fim de superar os déficits estruturais e a falência de políticas públicas que assolam o sistema penitenciário brasileiro.

Por sua vez, a ADPF n. 635/DF trata do uso arbitrário da força e da brutalidade policial, com as marcas do racismo estrutural. O quadro da violência institucional é o desafio estrutural marcante nesta ação de descumprimento de preceito fundamental por afetar diretamente parcela da população que vive em comunidades vulneráveis submetidas a processos de violências em razão do seu *status* social em uma relação assimétrica de poder, medo e domínio. As deficiências sistêmicas na condução da política pública de redução da letalidade policial

³¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF n. 347 MC/DF, de 09 de setembro de 2015. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 27 set. 2024.

³² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF n. 635/DF, de 19 de novembro de 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5816502>>. Acesso em: 27 set. 2024.

resultam em uma violação generalizada de direitos humanos fruto da omissão estrutural dos três poderes, cuja resposta estrutural exige uma solução complexa a demandar a participação e a articulação de todos os poderes.

O desafio estrutural do enfraquecimento do Estado de Direito e da democracia é objeto de deliberação na ADPF n. 760/DF³³, na ADPF n. 153/DF³⁴ e na ADPF n. 320/DF³⁵. O desafio sistêmico do enfraquecimento do Estado de Direito está submetido à apreciação pelo Supremo Tribunal Federal especificamente na ADPF n. 760/DF, ao passo que a ADPF n. 153/DF e a ADPF n. 320/DF abrangem ainda o problema do desafio estrutural do enfraquecimento da democracia no Brasil.

A ADPF n. 760/DF tem por questão de fundo a crise climática fruto de objeto de falhas estruturais nas políticas ambientais no Brasil. Trata-se de um estado de coisas inconstitucional quanto ao desmatamento ilegal da Floresta Amazônica, cujo resultado é o impacto negativo ao meio ambiente, aos povos indígenas e às comunidades habitantes de áreas protegidas.

Na ADPF n. 153/DF e na ADPF n. 320/DF, o Supremo Tribunal Federal delibera acerca da implementação da justiça de transição no Brasil. O enfrentamento ao desafio estrutural da justiça de transição permite o fortalecimento da democracia, enseja a reparação integral às vítimas e aos seus familiares por atos qualificados como graves violações dos direitos humanos, cria uma cultura de não-repetição de novos fatos análogos no futuro, além de promover a superação de um cenário de “violência estrutural” e contribuir para o surgimento de uma “paz positiva” e duradoura no Brasil³⁶.

4. SISTEMA MULTINÍVEL E OS DIREITOS HUMANOS

Os Direitos Humanos são conquistas históricas do ser humano³⁷ e representam frutos da igual dignidade da pessoa humana.

A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do Direito. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução. Nas palavras de Thomas Buergenthal:

³³BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF n. 760/DF, de 12 de novembro de 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6049993>>. Acesso em: 27 set. 2024.

³⁴BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF n. 153/DF, de 21 de outubro de 2008. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2644116>>. Acesso em: 27 set. 2024.

³⁵BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF n. 320/DF, de 15 de maio de 2014. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4574695>>. Acesso em: 27 set. 2024.

³⁶HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo Outeiro; TABAK, Benjamin M. Os benefícios e os custos da efetivação da justiça de transição no Brasil. *Revista Brasileira de Direito*, v. 14, n. 3, p. 160-185, 2018.

³⁷BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5.

“O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós-guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte destas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse”³⁸.

Em face do regime de terror, no qual imperava a lógica da destruição e no qual as pessoas eram consideradas descartáveis, ou seja, em face do flagelo da Segunda Guerra Mundial, emerge a necessidade de reconstrução do valor dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional. O sistema internacional de proteção dos direitos humanos constitui o legado maior da chamada “Era dos Direitos”³⁹, que tem permitido a internacionalização dos direitos humanos e a humanização do Direito Internacional contemporâneo.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos é capaz de estabelecer parâmetros protetivos mínimos; de compensar déficits nacionais; e de fomentar novas dinâmicas envolvendo os diversos atores sociais.

A proteção internacional dos direitos humanos possui como marco a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948. Esse instrumento inaugurou a concepção contemporânea dos direitos humanos, como direitos universais e indivisíveis. A partir de então, o processo de universalização dos direitos humanos firmou a base para o sistema normativo global de proteção dos direitos humanos no âmbito das Nações Unidas, composto por instrumentos gerais, como os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, e instrumentos específicos como, por exemplo, a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 10 de dezembro de 1984⁴⁰.

Ao lado do sistema normativo global, surgem os sistemas regionais de proteção, que buscam internacionalizar os direitos humanos nos planos regionais, particularmente na Europa, América e África, somados aos incipientes esforços de criação de sistemas regionais no mundo árabe e asiático. Consolida-se, assim, a convivência do sistema global da ONU com instrumentos do sistema regional, por sua vez, integrado pelos sistemas interamericano, europeu e africano de proteção aos direitos humanos.

³⁸ BUERGENTHAL, Thomas. *International Human Rights in a Nutshell*. Minnesota: West Publishing Co, 1988. p.32.

³⁹ Acerca dessa travessia dos direitos humanos, cumpre frisar: "No final desse processo, os direitos do cidadão terão se transformado, realmente, positivamente, em direitos do homem. Ou, pelo menos, serão os direitos do cidadão daquela cidade que não tem fronteiras, porque compreende toda humanidade; ou, em outras palavras, serão os direitos do homem enquanto direitos do cidadão do mundo." (BOBBIO, Norberto, *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, Campus, 1998, p.50).

⁴⁰ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos Globais, Justiça Internacional e o Brasil. *Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed. Territ.*, v. 15, p. 93 – 110, 2000, p. 94-96.

Os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos no plano internacional. Nesta ótica, os diversos sistemas de proteção de direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos. Ao adotar o valor da primazia da pessoa humana, estes sistemas se complementam, somando-se ao sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais. Esta é inclusive a lógica e principiologia próprias do Direito dos Direitos Humanos.

Criou-se uma rede de tutela dos direitos humanos no plano internacional que redimensiona a soberania estatal e o âmbito de aplicação da jurisdição nacional⁴¹. A proteção dos direitos humanos passa a ser operada em dimensões sistêmicas e não mais em uma perspectiva estanque ou sedimentada na ordenação estatal, em razão da primazia do valor da pessoa humana⁴².

Emerge, dessa forma, um novo paradigma baseado em um sistema jurídico multinível marcado por diálogos, permeabilidade e incidências mútuas e recíprocas, a envolver as arenas global, regional e local, sob a inspiração do princípio maior da dignidade humana.

5. CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL: DIÁLOGOS ENTRE SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Na América Latina, é possível identificar a formação de um sistema multinível de proteção dos direitos humanos, ainda que não necessariamente seja possível afirmar acerca da existência de um sistema de governança multinível. Pelo contrário, o surgimento do sistema de proteção dos direitos humanos ocorre em um ambiente caótico e paradoxal⁴³, no qual ditaduras militares detinham o poder político e violavam sistematicamente os direitos humanos no plano nacional.

Quando a Convenção Americana de Direitos Humanos entrou em vigor em 1978, as Constituições nacionais falhavam até então em promover a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos nos níveis internos dos Estados-partes, como, por exemplos, nos casos da Argentina, Chile, Uruguai e Brasil⁴⁴. Foi a partir de um

⁴¹ SIKKINK, Kathryn. Human Rights, Principled Issue-Networks, and Sovereignty in Latin America. **International Organization**, v. 47, n. 3, p. 411-441, 1993, p. 413.

⁴² PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos Globais, Justiça Internacional e o Brasil. **Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed. Territ.**, v. 15, p. 93 – 110, 2000, p. 98.

⁴³ PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 6, n. 2, p. 142-15, 2014, p. 144.

⁴⁴ HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo O. **Transconstitucionalismo e Justiça de Transição: diálogo entre cortes no caso “Gomes Lund”**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.

movimento⁴⁵ de reconstrução democrática, de reconhecimento da eficácia dos direitos humanos e de fortalecimento do Estado de Direito⁴⁶, que se construiu a base de alteração do paradigma que vigorava nesse período histórico.

É reconhecido o dever de responsabilização de proteção dos direitos humanos⁴⁷, que se consolida em uma “norma de responsabilização com escopo global”. Essa norma se espalha na forma de “cascata de normas”⁴⁸ no universo da justiça global, e em especial, na região interamericana, por meio da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O sistema multinível de proteção dos direitos humanos na América Latina é fruto do novo paradigma jurídico centrado no princípio da dignidade da pessoa humana (*human-rights approach*). A dignidade da pessoa humana é vista com valor estruturante⁴⁹ do constitucionalismo latino-americano, pautado na abordagem dos direitos humanos (*human rights approach*)⁵⁰.

Forma-se uma rede complexa que conecta instituições e sistemas jurídicos, que se abrem para um diálogo articulado em diversos níveis normativos⁵¹. Esse diálogo cooperativo entre sistemas jurídicos pautado na abordagem dos direitos humanos possibilitou o reconhecimento de um “núcleo comum” de princípios identificado no plano internacional como “*jus cogens*”⁵² e no nível interamericano como “*ius constitutionale commune* latino-americano”⁵³.

Esse sistema multinível de proteção dos direitos humanos latino-americano se constitui essencialmente pelas Constituições nacionais e pela Convenção

⁴⁵ HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo O.; TABAK, Benjamin Miranda. Os benefícios e os custos da efetivação da justiça de transição no Brasil. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 3, p. 160-185, 2018.

⁴⁶ SIKKINK, Kathryn; WALLING, Carrie Booth. The Impact of Human Rights Trials in Latin America. **Journal of Peace Research**, v. 44, n. 4, p. 427-445, jul. 2007, p. 443.

⁴⁷ HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo O.; TABAK, Benjamin Miranda. Os benefícios e os custos da efetivação da justiça de transição no Brasil. **Revista Brasileira de Direito**, v. 14, n. 3, p. 160-185, 2018, p. 172.

⁴⁸ SIKKINK, Kathryn. **The Justice Cascade: How Human Rights Prosecutions Are Changing World Politics**. New York: W. W. Norton & Company, 2011, p. 16.

⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Diritti fondamentali – Um dibattito teórico, a cura di Ermanno Vitale**. Roma, Bari: Laterza, 2002, p. 338.

⁵⁰ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, São Paulo, n.19, p. 67-93, 2012, p. 71.

⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia. Teoría de la democracia**. Madrid: Editorial Trotta, v. 2, 2011, p. 475.

⁵² CASSESE, Sabino. **Los Tribunales ante la Construcción de un Sistema Jurídico Global**. Sevilla: Editorial Derecho Global, 2010, p. 18.

⁵³ PIOVESAN, Flávia. *Ius constitutionale commune* latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios. **Revista Direito e Práxis**, v. 8, n. 2, p. 1356-1388, 2017.

Americana de Direitos Humanos. Nesse cenário, as Cortes nacionais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos possuem um papel fundamental para a efetividade do sistema multinível de proteção dos direitos humanos.

Essa implementação enseja criações de mecanismos de diálogos entre as instituições dos Estados e as instituições do sistema interamericano de direitos humanos, que interconectam o “constitucionalismo dialógico”⁵⁴ e o “convencionalismo dialógico”⁵⁵, bem como possibilita a abertura para o diálogo com a sociedade civil, com o fim de concretizar os direitos fundamentais dos cidadãos no plano interno dos Estados e de fortalecer as legitimidades sociais das instituições nacionais e interamericanas de proteção dos direitos humanos.

O constitucionalismo multinível na América Latina está fulcrado no “núcleo comum” de princípios identificado no plano interamericano como “*ius constitutionale commune latino-americano*”, cujas bases normativas são as Constituições nacionais e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Os direitos fundamentais compreendidos nessa rede de proteção sistêmica são conectados pelo diálogo entre as fontes normativas dos níveis regional e nacionais e pelo diálogo⁵⁶ entre cortes regionais de proteção dos direitos humanos e nacionais, cujos direitos fundamentais são obrigados a proteger de forma eficaz⁵⁷.

No Brasil, o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, que tece a interação entre o Direito brasileiro e os tratados internacionais de direitos humanos. Ao fim da extensa Declaração de Direitos enunciada pelo art. 5º, a Constituição Federal de 1988 estabelece que os direitos e garantias expressos na 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”. À luz desse dispositivo constitucional, os direitos fundamentais podem ser organizados em três distintos grupos: a) o dos direitos expressos na CF 1988; b) o dos direitos implícitos, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta constitucional; e c) o dos direitos expressos nos tratados internacionais subscritos pelo Brasil. A CF de 1988 inova, assim, ao incluir, dentre os direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário. Ao

⁵⁴ GARGARELLA, Roberto. “We the People” Outside of the Constitution. The Dialogic Model of Constitutionalism and the System of Checks and Balances. **En Current Legal Problems**, v. 61, n. 1, p. 1-47, 2014.

⁵⁵ VILA, Marisa Iglesias. ¿Conduce el constitucionalismo dialógico a cuestionar el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gelman? **Revista Derecho del Estado**, n. 49, p. 91-110, 2021, p. 95.

⁵⁶ HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo O. **Transconstitucionalismo e Justiça de Transição: diálogo entre cortes no caso “Gomes Lund”**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.

⁵⁷ PERNICE, Ingolf. The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action. **The Columbia Journal of European Law**, v. 15, n. 30, p. 350-407, 2009, p. 378.

efetuar tal incorporação, a CF de 1988 está a atribuir aos direitos internacionais uma hierarquia especial e diferenciada, qual seja, a de norma constitucional.

No contexto latino-americano, e especialmente por força do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, o diálogo entre as Constituições e o Direito Internacional dos Direitos Humanos tem como pressuposto cláusulas de abertura constitucional, que, com maior ou menor grau de refinamento, conferem aos tratados de direitos humanos hierarquia privilegiada na ordem jurídica, por vezes atribuindo-lhes incorporação automática sob a égide do princípio *pro persona*, radicado na prevalência da dignidade humana. As Constituições latino-americanas estabelecem cláusulas constitucionais abertas, que permitem a integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional, especialmente no campo dos direitos humanos, ampliando e expandindo o bloco de constitucionalidade.

Se, de um lado, há a tendência de as Constituições latino-americanas contemplarem cláusulas de abertura constitucional, por outro, há a permeabilidade do Direito Internacional dos Direitos Humanos ao diálogo, considerando sua vocação em fixar parâmetros protetivos mínimos sob o lema da primazia da norma mais favorável e mais benéfica à vítima.

É a partir dos diálogos local-regional-global em um sistema jurídico multinível que se vislumbra a emergência de um novo paradigma jurídico.

Com efeito, por mais de um século, a cultura jurídica latino-americana tem adotado um paradigma jurídico fundado em três características essenciais: a) a pirâmide com a Constituição no ápice da ordem jurídica, tendo como maior referencial teórico Hans Kelsen, na afirmação de um sistema jurídico endógeno e autorreferencial (observa-se que, em geral, Hans Kelsen tem sido equivocadamente interpretado, já que sua doutrina defende o monismo com a primazia do Direito Internacional — o que tem sido tradicionalmente desconsiderado na América Latina)⁵⁸; b) o hermetismo de um direito purificado, com ênfase no ângulo interno da ordem jurídica e na dimensão estritamente normativa (mediante um dogmatismo jurídico a afastar elementos “impuros” do Direito); e c) o *State approach* (*State centered perspective*), sob um prisma que abarca como conceitos estruturais e fundantes a soberania do Estado no âmbito externo e a segurança nacional no

⁵⁸ Para Hans Kelsen, “partindo-se da ideia da superioridade do Direito Internacional em relação às diferentes ordens jurídicas estatais (...), o tratado internacional aparece como uma ordem jurídica superior aos Estados contratantes (...). Desse modo, o tratado em face da lei e mesmo da Constituição tem uma preeminência, podendo derogar uma lei ordinária ou constitucional, enquanto que o inverso é impossível. Segundo as regras de Direito Internacional, um tratado não pode perder sua força obrigatória senão em virtude de outro tratado ou de certos fatos determinados por lei, mas não por um ato unilateral de uma das partes contratantes, especialmente por uma lei. Se uma lei, mesmo uma lei constitucional, violar um tratado, ela é inválida, a saber, contrária ao Direito Internacional. Ela afronta diretamente o tratado e indiretamente o princípio do *pacta sunt servanda*” (*La garantie juridictionnelle de la Constitution: la justice constitutionnelle*, **Revue du Droit Public**, abr/mai/jun. 1928, p. 211-212).

âmbito interno, tendo como fonte inspiradora a *lente ex parte principe*, radicada no Estado e nos deveres dos súditos, na expressão de Norberto Bobbio⁵⁹.

Testemunha-se a crise desse paradigma tradicional e a emergência de um novo paradigma a guiar a cultura jurídica latino-americana, que, por sua vez, adota como três características essenciais: a) o trapézio com a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos no ápice da ordem jurídica (com repúdio a um sistema jurídico endógeno e autorreferencial, destacando-se que as Constituições latino-americanas estabelecem cláusulas constitucionais abertas, que permitem a integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional, especialmente no campo dos direitos humanos, ampliando e expandindo o bloco de constitucionalidade); b) a crescente abertura do direito — agora “impuro” —, marcado pelo diálogo do ângulo interno com o ângulo externo (há a permeabilidade do direito mediante o diálogo entre jurisdições; empréstimos constitucionais e a interdisciplinariedade, a fomentar o diálogo do direito com outros saberes e diversos atores sociais, ressignificando, assim, a experiência jurídica; é a partir do diálogo a envolver saberes diversos e atores diversos que se verifica a democratização da interpretação constitucional a ressignificar o direito); e c) o *human rights approach* (*human centered approach*), sob um prisma que abarca como conceitos estruturais e fundantes a soberania popular e a segurança cidadã no âmbito interno, tendo como fonte inspiradora a *lente ex parte populi*, radicada na cidadania e nos direitos dos cidadãos, na expressão de Norberto Bobbio⁶⁰.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro e as instituições do Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos possuem um papel fundamental para a construção e para os desenvolvimentos do sistema multinível de proteção dos direitos humanos e do constitucionalismo multinível entre os planos nacional e regional interamericano.

A título ilustrativo, o Supremo Tribunal Federal brasileiro se engajou em diálogo com as instituições do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no incidente de tutela provisória na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n. 709⁶¹. No referido incidente, a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB, Partido Socialista Brasileiro – PSB, Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, Partido Comunista do Brasil – PCDOB, Rede de Sustentabilidade – REDE, Partido dos Trabalhadores – PT e Partido Democrático Trabalhista – PDT, requerentes da presente ADPF 709, e, ainda, Associação

⁵⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1988.

⁶⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1988.

⁶¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Referendo na Medida Cautelar na ADPF n. 709/DF**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754033962>. Acesso em: 27 set. 2024.

Brasileira de Antropologia – ABA, Comissão Guarani Yvyrupá - CGY, Conectas Direitos Humanos, Conselho Indígena Tapajós Arapiuns – CITA, Conselho Indigenista Missionário – CIMI, Defensoria Pública da União –DPU, Instituto Socioambiental – ISA, Movimento Nacional de Direitos Humanos – MNDH, Terra de Direitos, União dos Povos Indígenas do Javari – UNIVAJA), na qualidade de *amici curiae*, requereram, conjuntamente, o deferimento de tutela provisória incidental pelo Supremo Tribunal Federal, em razão da escalada de conflitos violentos e de violações de direitos, envolvendo as terras indígenas Yanomami, Karipuna, Uru-Eu-Wau-Wau, Kayapó, Araribóia, Mundurucu e Trincheira Bacajá.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH havia deferido a Medida Cautelar n. 563-20, de 17 de julho de 2020, para a salvaguarda dos Povos Indígenas Yanomami e Ye'kwana. A CIDH considerou na oportunidade presentes os requisitos de gravidade, urgência e irreparabilidade contidos no artigo 25 do seu Regulamento. Dessa forma, dentre outras medidas, a Comissão determinou ao Estado Brasileiro que adotasse as medidas necessárias para proteger os direitos à saúde, à vida e à integridade pessoal dos membros dos povos indígenas Yanomami e Ye'kwana, implementando, de uma perspectiva culturalmente apropriada, medidas preventivas contra a disseminação da COVID-19, além de lhes fornecer atendimento médico adequado em condições de disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e qualidade, de acordo com os parâmetros internacionais aplicáveis⁶². No mesmo sentido, foi o entendimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos na Medida Cautelar n. 679-20, de 11 de dezembro de 2020, para a proteção do Povo Indígena Mundurucu⁶³.

Após a análise dos pressupostos de fato e de direito, o Ministro Relator Luís Roberto Barroso concedeu a medida de urgência no incidente de tutela provisória na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n. 709, em benefício dos Povos Indígenas Yanomami e Mundurucu, nos mesmos termos das decisões na Medida Cautelar n. 563-20, de 17 de julho de 2020, e Medida Cautelar n. 679-20, de 11 de dezembro de 2020, concedidas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. A decisão de tutela de urgência preferida pelo Ministro Relator Luís Roberto Barroso foi ratificada pelo Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal em 21 de junho de 2021. Determinou o Supremo que, sem prejuízo do dever da União de desenvolver um plano de desintração, que a fosse elaborado um “Plano de Enfrentamento da covid-19 para os Povos Indígenas Brasileiros, de

⁶²COMISSÃO IDH. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Medida Cautelar n. 563-20. Membros dos Povos Indígenas Yanomami e Ye'kwana em relação ao Brasil. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2020/35-20MC563-20-BR-PT.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2024.

⁶³ COMISSÃO IDH. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Medida Cautelar n. 679-20. Membros do Povo Indígena Munduruku em relação ao Brasil.** Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/94-20MC679-20-BR.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2024.

comum acordo, pela União e pelo Conselho Nacional de Direitos Humanos, com a participação das comunidades indígenas”.

No entendimento do Ministro Barroso, “de acordo com as diretrizes internacionais da ONU e da Comissão IDH, a medida protetiva mais eficaz a ser tomada em favor destes povos (povos indígenas em isolamento voluntário) é assegurar-lhes o isolamento da sociedade envolvente, por meio de barreiras ou cordões sanitários que impeçam (...) o acesso de estranhos às suas terras (cita a Resolução n.01/2020 da CIDH).”

No mesmo sentido, o Ministro Fachin em seu voto afirmou “também a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sobre pandemia e direitos humanos nas Américas, editou a Resolução n.1/2020, também direcionada à maior proteção, seja uma proteção preventiva, seja uma proteção posterior às comunidades indígenas. Todas essas idéias, determinações e diretrizes vêm exatamente ao encontro do objeto principal da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental. A situação calamitosa em que essas populações vivem foi objeto de decisão por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que emitiu a Recomendação n.35/2000 ao Estado Brasileiro, a fim de, cautelarmente, instruir o Governo a atuar na proteção dos povos indígenas Yanomami e Ye’kwana”.

No julgamento de referendo de 05 de agosto de 2020 pelo Supremo Tribunal Federal, a Corte por meio do Ministro Luz Fux já havia se utilizado dos casos *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* (Sentença de 31/08/2001), *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros vs. Honduras* (Sentença de 08/10/2015) e *Fernández Ortega y outros vs. México* (Sentença de 30/08/2010), todos da Corte Interamericana de Direitos Humanos para argumentar sobre a necessidade de respeitar as cosmovisões desses povos, de assegurar-lhes o acesso à justiça, garantir o direito à consulta prévia, livre e informada e de levar em consideração a relação diferenciada que possuem com a terra.

Nessa mesma decisão, o Ministro Luz Fux ainda argumentou com base nos casos *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (Sentença de 17/06/2005), *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay* (Sentença de 29/03/2006), *Pueblo Saramaka vs. Surinam* (Sentença de 28/11/2007) e *Tiu Tojín vs. Guatemala* (Sentença de 26/11/2008), para destacar a indispensabilidade de proteção efetiva por parte dos Estados com base nas peculiaridades dos povos indígenas e que leve em consideração suas características econômicas, sociais, suas situações de especial vulnerabilidade, seu direito consuetudinário, seus valores, usos e costumes.

Na mesma direção dialógica, cabe destaque à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 635 que tem por objeto a vedação a ações policiais nas favelas durante a pandemia. Em seu voto, o Ministro Relator Fachin ressaltou que “o Estado Brasileiro foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Favela Nova Brasília, não apenas pela violação às regras mínimas de uso da força, mas também por não prever protocolos para o uso da força, seja para atestar a necessidade do emprego, seja para fiscalizá-lo. (...) Como se sabe, uma das

consequências que emerge do reconhecimento da responsabilidade internacional do Estado é a garantia de não repetição (caso *Chocrón Chocrón versus Venezuela*, (...), sentença de 01 de julho de 2011). Assim, é justo que se espere que, a partir da condenação do Estado Brasileiro, medidas concretas sejam adotadas para evitar que os lamentáveis episódios de Nova Brasília não se repitam”.

Ao reconhecer que “a omissão estrutural é a causa de uma violação generalizada, cuja solução demanda uma resposta complexa do Estado”, o Supremo Tribunal Federal alude à decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Favela Nova Brasília*, relativamente à elaboração de um plano para a redução da letalidade dos agentes de segurança. Ressalta, ademais, que as decisões da Corte Interamericana são vinculantes para o Estado Brasileiro.

Outro caso emblemático refere-se ao julgamento da ADPF n. 347, em que ineditamente o Supremo Tribunal Federal reconhece a existência de um “estado de coisas inconstitucional no sistema prisional por violação massiva e persistente de direitos fundamentais”, como já realçado no tópico 3 deste artigo. No julgamento do mérito, o Ministro Relator Luís Roberto Barroso, em seu voto, desenvolve intenso diálogo com o sistema interamericano, determinando, ademais, a elaboração de um plano nacional para superação do estado de coisas inconstitucional, por meio da atuação cooperativa de diversas autoridades, instituições e comunidades. Endossa que “a Corte Interamericana de Direitos Humanos também utiliza o instrumento dos processos estruturais, tendo igualmente adotado uma forma de intervenção experimentalista e dialógica na fase de execução do julgado”. Enfatiza, ainda, a observância de parâmetros protetivos constitucionais e internacionais para a formulação de um plano nacional, compreendendo o dever de compensação punitiva por privação de liberdade em situação mais gravosa, à luz da jurisprudência interamericana. Especial destaque é conferido ao princípio da dignidade humana como um valor intrínseco ao ser humano.

Portanto, como evidenciam estes três casos paradigmáticos (ADPF n. 709; ADPF n. 635; e ADPF n. 347), o Supremo Tribunal Federal brasileiro está a contribuir para o desenvolvimento do constitucionalismo multinível na América Latina, ao fomentar diálogos jurisdicionais com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ambas instituições do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, e fortalecer a rede e o sistema multinível de proteção dos direitos humanos no Brasil e na América Latina, sob a inspiração do princípio da prevalência da dignidade humana.

6. CONCLUSÃO

Três são as principais conclusões deste estudo que ambicionou focar a Constituição de 1988 no contexto do Constitucionalismo multinível.

A primeira conclusão atém-se à vocação transformadora da Constituição de 1988, seja por acolher a concepção contemporânea de direitos humanos, seja por incorporar cláusula de abertura constitucional. Reitere-se que a Constituição

Brasileira de 1988 simboliza o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no país. A Constituição de 1988 acolhe a ideia da universalidade dos direitos humanos, na medida em que consagra o valor da dignidade humana, como princípio fundamental do constitucionalismo inaugurado em 1988. O texto constitucional ainda realça que os direitos humanos são tema de legítimo interesse da comunidade internacional, ao ineditamente prever, dentre os princípios a reger o Brasil nas relações internacionais, o princípio da prevalência dos direitos humanos. Trata-se, ademais, da primeira Constituição Brasileira a incluir os direitos internacionais no elenco dos direitos constitucionalmente garantidos. Logo, toda e qualquer norma deve ser interpretada à luz dos parâmetros constitucionais e convencionais. Ao controle de constitucionalidade soma-se o controle de convencionalidade das leis. O controle de convencionalidade aponta à emergência de um novo paradigma jurídico pautado no sistema jurídico multinível, dotado de permeabilidades mediante a estatalidade aberta, em que diálogos, empréstimos e interações se movem sob a inspiração do princípio maior da dignidade humana.

A segunda conclusão deste estudo é que a vocação transformadora da Constituição de 1988 se vê potencializada por meio dos diálogos jurisdicionais entre o Supremo Tribunal Federal e o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Como o estudo empírico desenvolvido por este artigo pode demonstrar, há uma crescente demanda de ações estruturais submetidas ao Supremo Tribunal Federal, sobretudo por meio do instrumento das ADPFs, a exigir respostas estruturais a violações estruturais, fomentando a transformação social. Verifica-se a promissora permeabilidade dialógica do Supremo aos parâmetros interamericanos, em um diálogo jurisdicional aberto, norteado pelo princípio da prevalência da dignidade humana, no marco de um sistema protetivo multinível.

A terceira conclusão deste estudo é que este diálogo jurisdicional crescente e promissor entre o Supremo Tribunal Federal e o sistema interamericano tem por resultado o fortalecimento da proteção dos direitos humanos, acentuando a vocação transformadora da Constituição de 1988, no contexto do constitucionalismo multinível. É à luz deste diálogo que se avança na proteção de direitos e na transformação de realidades.

Portanto, a Constituição Federal de 1988 responde à emergência do novo paradigma do constitucionalismo latino-americano mediante o emprego do diálogo normativo e interinstitucional a partir da cláusula de abertura constitucional e em uma perspectiva multinível de proteção dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; PIOVESAN, Flavia; SOLEY, Ximena. *Ius Constitutionale Commune En América Latina: A Regional Approach to Transformative*



Constitutionalism. **Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law, Research Paper** no. 2016-21, p. 1-21, 2016.

ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia; IGNÁCIO, Renata Rossi. Covid-19 e direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA): impacto dos padrões interamericanos. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, v. 11, n. 1, p. 59-90, 2020.

BOBBIO, Norberto, **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1998.

BOGDANDY, Armin von. O mandato transformador do Sistema Interamericano: Legalidade e Legitimidade de um processo jurigenético extraordinário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 9, n. 2, p. 231-250, 2019.

BOGDANDY, Armin, ANTONIAZZI, Mariela Morales, FERRER, Eduardo MacGregor, PIOVESAN, Flávia (ed). **Transformative Constitutionalism in Latin America**. Oxford, Oxford University Press, 2017. Ver também KLARE, Karl E. Legal Culture and Transformative Constitutionalism, **South African Journal on Human Rights**, v. 14, n.1, p.146-188, 1998.

BORGES, Bruno Barbosa; PIOVESAN, Flávia. Mecanismos Nacionais de Implementação das Decisões do Sistema Interamericano. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, v. 81, p. 191-212, 2022.

_____. O diálogo inevitável interamericano e a construção do ius constitutionale commune. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 24, n. 3, p. 5-26, 2019.

BRASIL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Cadernos de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Concretizando Direitos Humanos – Direito à Igualdade Racial**. Brasília: STF : CNJ, 2023.

_____. **Cadernos de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Concretizando Direitos Humanos – Direitos das mulheres**. Brasília: STF : CNJ, 2023.

_____. **Cadernos de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Concretizando Direitos Humanos – Direito das pessoas LGBTQQIAP+**. Brasília: STF : CNJ, 2023.

_____. **Cadernos de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Concretizando Direitos Humanos – Direito dos povos indígenas.** Brasília: STF : CNJ, 2023.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF n. 153/DF, de 21 de outubro de 2008.** Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2644116>>. Acesso em: 27 set. 2024.

_____. **ADPF n. 320/DF, de 15 de maio de 2014.** Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4574695>>. Acesso em: 27 set. 2024.

_____. **ADPF n. 347 MC/DF, de 09 de setembro de 2015.** Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 04 nov. 2023.

_____. **ADPF n. 635/DF, de 19 de novembro de 2019.** Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5816502>>. Acesso em: 27 set. 2024.

_____. **ADPF n. 709 MC-Ref/DF, de 05 de agosto de 2020.** Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754033962>>. Acesso em: 04 nov. 2023.

_____. **ADPF n. 742 MC/DF, de 24 de fevereiro de 2021.** Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755703996>>. Acesso em: 27 set. 2024.

_____. **ADPF n. 760/DF, de 12 de novembro de 2020.** Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6049993>>. Acesso em: 27 set. 2024.

_____. **ADPF n. 973/DF, de 12 de maio de 2022.** Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6404537>>. Acesso em: 27 set. 2024.

_____. **ADPF n. 976 MC-Ref/DF, de 22 de agosto de 2023.** Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=770954718>>. Acesso em: 27 set. 2024.

_____. **RE n. 1.366.243/SC**, de 11 de abril de 2023. Disponível em:
<<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357222379&ext=.pdf>>.
Acesso em: 27 set. 2024.

_____. **Referendo na Medida Cautelar na ADPF n. 709/DF**. Disponível em:
<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754033962>>.
Acesso em: 27 set. 2024.

BUERGENTHAL, Thomas. **International Human Rights in a Nutshell**.
Minnesota: West Publishing Co, 1988.

CASSESE, Sabino. **Los Tribunales ante la Construcción de un Sistema Jurídico Global**. Sevilla: Editorial Derecho Global, 2010.

COMISSÃO IDH. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.
Medida Cautelar n. 563-20. Membros dos Povos Indígenas Yanomami e Ye'kwana em relação ao Brasil. Disponível em:
<<https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2020/35-20MC563-20-BR-PT.pdf>>.
Acesso em: 27 set. 2024.

_____. **Medida Cautelar n. 679-20. Membros do Povo Indígena Munduruku em relação ao Brasil**. Disponível em:
<<http://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/94-20MC679-20-BR.pdf>>. Acesso em:
27 set. 2024.

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

_____. **Diritti fondamentali – Um dibattito teórico, a cura di Ermanno Vitale**.
Roma, Bari: Laterza, 2002.

GARAVITO, César Rodríguez. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, v. 14, p. 1-27, 2013.

GARGARELLA, Roberto. “We the People” Outside of the Constitution. The Dialogic Model of Constitutionalism and the System of Checks and Balances. **En Current Legal Problems**, v. 61, n. 1, p. 1-47, 2014.

GARGARELLA, Roberto; COURTIS, Christian. **El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes**. Santiago: Cepal, 2009.

GUIMARÃES, Ulysses. Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988, publicado no DANC de 5 de outubro de 1988, p. 14380-14382. Disponível em:



<<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituente-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>>.
Acesso em: 27 set. 2024.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo O. **A legitimidade dialógica-deliberativa da jurisdição constitucional do STF: uma proposta de superação do antagonismo entre democracia e controle de constitucionalidade**. Londrina: Editora Thoth, 2024.

_____. Constituição e Transição de Regimes no Brasil: Uma Abordagem Transformativa. **Revista Internacional da Academia Paulista de Direito**, n. 7, p. 26-26, 2021.

_____. **Transconstitucionalismo e Justiça de Transição: diálogo entre cortes no caso “Gomes Lund”**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.

HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo Outeiro; PIOVESAN, Flávia. Desafios judiciais em tempos de pandemia: fortalecendo o diálogo entre a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Brasileiro para a proteção dos direitos humanos. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 9, p. 371-388, 2022.

1113

HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo O.; TABAK, Benjamin Miranda. Os benefícios e os custos da efetivação da justiça de transição no Brasil. **Revista Brasileira de Direito**, v. 14, n. 3, p. 160-185, 2018.

KLARE, Karl E. Legal Culture and Transformative Constitutionalism, **South African Journal on Human Rights**, v. 14, n.1, p.146-188, 1998.

KELSEN, Hans. La garantie juridictionnelle de la Constitution: la justice constitutionnelle, **Revue du Droit Public**, abr/mai/jun., 1928.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **How democracies die**. New York: Penguin Books, 2018.

PERNICE, Ingolf. The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action. **The Columbia Journal of European Law**, v. 15, n. 30, p. 350-407, 2009.



PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos Globais, Justiça Internacional e o Brasil. **Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed. Territ.**, v. 15, p. 93 – 110, 2000.

_____. Ius constitutionale communitatino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios. **Revista Direito e Práxis**, v. 8, n. 2, p. 1356-1388, 2017.

_____. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 6, n. 2, p. 142-15, 2014.

_____. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, São Paulo, n.19, p. 67-93, 2012.

SARMENTO, Daniel. 21 Anos da Constituição de 1988: a Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a Experiência Constitucional Brasileira sob a Carta de 1988. *DPU*, n. 30, p. 7-41, 2009.

SIKKINK, Kathryn. *The Justice Cascade: How Human Rights Prosecutions Are Changing World Politics*. New York: W. W. Norton & Company, 2011.

_____. Human Rights, Principled Issue-Networks, and Sovereignty in Latin America. *International Organization*, v. 47, n. 3, p. 411-441, 1993.

1114

SIKKINK, Kathryn; WALLING, Carrie Booth. The Impact of Human Rights Trials in Latin America. *Journal of Peace Research*, v. 44, n. 4, p. 427-445, jul. 2007.

VILA, Marisa Iglesias. ¿Conduce el constitucionalismo dialógico a cuestionar el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gelman? *Revista Derecho del Estado*, n. 49, p. 91-110, 2021.