

UMA IDEIA DE ANTROPOFAGIA JURÍDICA APLICADA AO DIREITO COMPARADO E INTERNACIONAL

A VIEW OF LEGAL ANTHROPOPHAGY APPLIED TO COMPARATIVE AND INTERNATIONAL LAW

Rodrigo de Almeida Leite¹

“Queremos a Revolução Caraíba. Maior que a Revolução Francesa. A unificação de todas as revoltas eficazes na direção do homem. Sem nós a Europa não teria sequer a sua pobre declaração dos direitos do homem”.
(Oswald de Andrade – Manifesto Antropofágico)

Resumo: O presente ensaio pretende abordar a forma como a Antropofagia – adaptada ao movimento (pensamento) cultural defendido por Oswald de Andrade na Semana de Arte Moderna de 1922 (e posteriormente) – pode ser aplicada no direito. No caso específico, defendemos uma ideia de “antropofagia jurídica” aplicada ao direito comparado e internacional. No âmbito deste último, procuramos ainda especificar de que modo esta “técnica” pode ser utilizada para dialogar com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a imposição da regra do Controle de Convencionalidade, que foi criada jurisprudencialmente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Palavras-chave: antropofagia jurídica, direito comparado, direito internacional.

Abstract: This essay aims to discuss how Anthropophagy - adapted to the movement (thought) cultural advocated by Oswald de Andrade at the Week of Modern Art in 1922 (and later) - can be applied to the law. In the specific case, we advocate an idea of "legal anthropophagy" applied to comparative law and international. Under the latter, we also specify how this "technique" can be used to communicate with the Inter-American System of Human Rights and the rule of Conventionality Control, which was created by the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights.

Keywords: legal anthropophagy, comparative law, international law.

Considerações iniciais

A ideia de uma antropofagia jurídica aplicada ao direito surge a partir do conhecimento do direito estrangeiro (e internacional), que tem sido aplicado (ou pelo menos procurado ser) diretamente no Brasil sem as devidas proporções e adaptações. Ou seja, busca-se aplicar no Brasil um direito que em grande parte é criado em sociedades bastante desenvolvidas sem a menor crítica. Para observar esta afirmação, basta-se ver a grande quantidade de jurisprudência e doutrina alemã e norte-americana citada pelo Supremo Tribunal Federal em seus julgados. Contudo, muitas vezes os tribunais não fazem uma análise criteriosa dos demais aspectos que têm influência na efetividade de determinada legislação estrangeira: aspectos sociais, políticos, culturais, filosóficos e econômicos.

Por sua vez, o movimento antropofágico surge com uma elite paulista das décadas de 10 e 20 do século passado que tinha conhecimento da arte e da cultura europeia, e que não mais aceitava aqueles padrões milimétricos europeus. Procurava uma cultura identitária, uma cultura que mostrasse de fato a realidade brasileira, a cultura brasileira, com todas as suas

¹ Mestre em Direito Comunitário pela Universidade Clássica de Lisboa. Doutor em Direito pela Universidade de Salamanca. Professor de Direito Constitucional da Universidade Federal Rural do Semiárido – UFERSA. Membro do Grupo de Pesquisa em Direito Administrativo e Constitucional – GPDAC-UFERSA. E-mail: roalmlite@gmail.com.

necessidades, maleabilidade e, porque não dizer também, uma certa dose de “malícia”, não no sentido pejorativo do termo, mas malícia no sentido de autoadaptação e autorresolução de problemas jurídico-sociais a partir de uma consciência nacional-local, e não através de padrões impostos de cima para baixo, sem a menor consciência de uma realidade local, do reconhecimento de padrões culturais locais.²

Nesse contexto, antes de querer fazer parte de uma “elite cultural”, o que nós queremos com este escrito sobre antropofagia jurídica aplicada ao direito é humildemente causar uma reflexão doutrinária na comunidade científica que lida com o direito nacional e internacional em dois aspectos: a) sobre a importância de se fazer um adequado uso do direito de outros países, e aqui se fala no cuidado e métodos que se deve ter na importação da legislação de outros Estados. Estamos falando não propriamente de um direito internacional, mas de um direito comparado; b) a aplicação das normas internacionais de direitos humanos e o cumprimento de decisões de tribunais internacionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, pelo ordenamento e órgãos jurídicos nacionais, fazendo-se uma análise crítica se, de fato, o que deve ser feito é a aceitação direta destes parâmetros internacional-regionais, mesmo quando esses padrões são contrários ou em desacordo com a cultura ou a realidade jurídico-social nacional.

Frise-se que Oswald de Andrade em seu manifesto antropofágico assim se manifestou: “Queremos a Revolução Caraíba. Maior que a Revolução Francesa. A unificação de todas as revoltas eficazes na direção do homem. Sem nós a Europa não teria sequer a sua pobre declaração dos direitos do homem”. Entendemos que esse alerta proferido tem relação com o que por ora debatemos: o direito deve estar a serviço do homem, ou o homem deve estar a serviço do direito? As normas internacionais de direitos humanos devem ser aplicadas mesmo quando não estão em acordo com a realidade local, ou deve-se buscar “a unificação de todas as revoltas eficazes na direção do homem”? Afinal, são normas de direitos humanos e, então, em vez de aplicá-las diretamente, será que não seria mais sensato aproveitar o que de melhor elas possuem, temperá-las com as nossas necessidades, reestruturá-las e aplicar o que for necessário e mais benéfico ao homem? Talvez esta seja a peça chave da nossa antropofagia jurídica.

Uma questão importante que também será levada em consideração neste ensaio é não apenas a relação quase “vertical” (ainda que teoricamente horizontal) entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos (tribunal internacional por excelência) e o Poder Judiciário interno dos países, mas também saber se é possível um diálogo transversal inverso, no sentido que este tribunal internacional possa também compreender que há realidades locais a serem levadas em consideração em seus julgamentos, e que ela pode também “aprender” com os tribunais nacionais e não aplicar meramente seus padrões jurídicos regionais.

² Sobre este ponto, Raul Bopp, participante do movimento de 22, assim testemunha: “Havia, em São Paulo, uma pequena elite culta, que ia e vinha todos os anos da Europa. Uma seminobrezia rural, com longas tradições de família, florescia à base do café. Eram tempos tranquilos e de fartura plena. Latifúndios opulentos. Cafezais a se perderem de vista. O reduzido grupo de pessoas de bom gosto e cultas, que fazia regularmente as suas viagens transatlânticas, não ficava indiferente aos fatos mais notórios da vida artística europeia. Ouviam os diálogos de um mundo em plena transformação. Em contato com artistas de vanguarda, procuravam conhecer as várias modalidades da pintura moderna e suas sutilezas técnicas. De volta a São Paulo, traziam consigo peças adquiridas, de pintura figurativa ou de correntes abstracionistas. E explicavam aos amigos os princípios básicos desses movimentos. Com as novas tendências plásticas, o artista estava em pleno domínio de expressão, isto é, podia exprimir livremente as suas criações, com maneiras que lhe eram peculiares, emancipado de qualquer formulário estilístico. Uma vez, numa roda de intelectuais, a conversa se espalhou pelos meandros regionalistas, até escorregar numa pergunta: – Por que é que, em São Paulo, não se passava a limpo aquele “Brasil” de Paris, para dar início a uma renovação geral das artes? Elas estavam completamente subtraídas da atualidade, numa situação desalentadora. Davam uma melancólica sensação de atraso. Oswald de Andrade denunciava: ‘Estamos atrasados de cinquenta anos em cultura, chafurdados em pleno parnasianismo’”. BOPP, Raul. **Vida e morte da antropofagia**. 2. ed. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 2006, p. 37-38.

1 Um primeiro postulado sobre a utilização de legislação, doutrina e jurisprudência estrangeira na realidade brasileira

Antes de iniciar este ponto, cabe fazer um breve comentário sobre o que se deseja. Iremos falar da importação de material científico-jurídico de países estrangeiros para fundamentar decisões e legislações brasileiras. Neste passo, cabe discorrer sobre um ramo específico do direito, pouco estudado no Brasil e praticamente inexistente no *curriculum* dos Cursos de Direito do país: O Direito Comparado.

Esse que é considerado um ramo específico do direito, por conter métodos próprios de investigação, serve-nos de suporte para dialogar com um pensamento antropofágico jurídico.

Contudo, antes mesmo de pensar em escrever sobre um “método antropofágico”, atente-se para o fato que não se está aqui a criar um novo “Teorema de Pitágoras”. Apenas pela nossa formação jurídica, somos quase sempre levados a pensar de forma hermética, seguindo padrões predeterminados para a tomada de decisões, como se os processos levados ao Poder Judiciário versassem sempre sobre as mesmas situações fáticas. Talvez esta seja a grande luta do século para que se alcance algo perto do conceito de justiça: o jurista deve começar a sair da fundamentação eminentemente jurídica para buscar subsídios na realidade local.

Se fossemos aqui querer discorrer uma espécie de “método antropofágico de direito comparado”, certamente Oswald de Andrade ressuscitaria do túmulo para nos afugentar. Uma concepção fechada de uma Teoria da Antropofagia Jurídica, com métodos bem delineados, com roteiros traçados, certamente não se adequaria ao seu espírito inquieto, travesso e avesso a um “parnasianismo jurídico”. Assim, se quer chamar a atenção para algo que já está posto, e não algo novo: a ideia de um direito comparado é compatível com a ideia de uma antropofagia jurídica. Mais à frente esta afirmação pode ser mais bem contemplada com a amostra de exemplos práticos.

Iniciando o estudo, cabe destacar que a doutrina do Direito Comparado não o restringe à mera qualificação de um instrumento, pois vai mais além, por possuir objeto “determinado, um método específico, princípios jurídicos organizados na literatura jurídica em vários países do mundo”.³ Assim, a sua cientificidade é defendida e corroborada pela sua autonomia didática.⁴ No entanto, Constatinesco retrata o dilema sobre a cientificidade ou a natureza de método do Direito Comparado, afirmando que a doutrina anglo-saxã não valora esta discussão, posto que na verdade o que se aprecia são os resultados da utilização do Direito Comparado, considerando supérfluas todas as outras discussões.⁵

Método ou ciência, o importante é que o Direito Comparado tem como função primordial a reforma do direito de determinado ordenamento estatal, emanando efeitos em um plano científico, ao permitir a abertura de novos níveis de conhecimento jurídico⁶ e proporcionando também meios técnicos de suprir lacunas e imperfeições dos direitos.⁷

³ CARVALHO, Welinton. Direito Comparado. Método ou Ciência. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 45, n.180, out./dez, 2008, p.142.

⁴ DANTAS, Ivo. **Direito constitucional comparado: introdução, teoria e metodologia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 56.

⁵ CONSTANTINESCO, Leontin-Jean, **Tratado de direito comparado: introdução ao direito comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 281.

⁶ IBÁÑEZ, Santiago González-Varas. Presente pasado y futuro del derecho comparado. In: **Revista Chilena de Derecho**, v.26, n.3, 1999, p. 666. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2650152>>. Acesso em: 20 mar. 2010.

⁷ SERRANO, Pablo Jiménez. **Como utilizar o direito comparado para elaboração de tese científica**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 19.

Em geral, se detectam duas falhas em parte da doutrina nacional, ao tratar do direito comparado:

a) a insensibilidade ante a possibilidade de explorar as razões pelas quais se dão distintas respostas a problemas sociais nos ordenamentos jurídicos;

b) os ordenamentos jurídicos que se comparam com o Brasil são provenientes de países ocidentais europeus na sua maioria: Itália, Alemanha, França, Suíça, Espanha, Portugal, etc., ou seja, acaba se estabelecendo um laço de filiação com uma sociedade europeia que apresenta uma superioridade no âmbito econômico-social,⁸ e não se analisam os fatores econômicos, sociais, políticos, jurídicos e culturais, que permeiam o ordenamento jurídico da sociedade estrangeira.

Assim, a comparação não deve esgotar-se no descobrimento da existência de duas normas em dois ordenamentos jurídicos que se tomam em comparação, pois a cultura jurídica de uma sociedade não se constrói unicamente a partir de regras jurídicas. Um bom trabalho de comparação deveria ao menos dissecar três etapas: a) a identificação do dispositivo legal estrangeiro, e assim não analisar unicamente “a norma” jurídica, mas as várias normas que funcionam em um ordenamento jurídico, influenciando determinada questão; b) análise dos documentos secundários influenciadores, a exemplo da doutrina (e sua influência política), a jurisprudência dos tribunais, as atas do Parlamento e os costumes do país; c) as premissas implícitas, que são os aspectos históricos, culturais, econômicos, políticos e sociais,⁹ que alguns doutrinadores denominam de “fontes materiais do direito”.

Esse arcabouço teórico é interessante para traduzir a seguinte ideia: antes mesmo de tentar adaptar uma legislação estrangeira, devem-se analisar todos os fatores do país de origem, e não apenas isso, deve-se principalmente levar em consideração (e em primeiro lugar) os aspectos nacionais, para, a partir daí, analisar o que pode ser aproveitado de estranho em nosso ordenamento jurídico, de modo que este não perca as suas características estruturais, e de forma a permitir que essa utilização da legislação estrangeira venha apenas a somar e aperfeiçoar o sentido e o alcance de justiça requerido pelo caso concreto ou realidade local.

Em nossa visão, a ideia de antropofagia denota sempre um ganho. Ao desejar-se partir para fazer um comparativo entre ordenamentos jurídicos diferentes, não se pode importar algo que venha a depreciar ou diminuir, por exemplo, a proteção a direitos fundamentais já existentes no Brasil.

A antropofagia jurídica caminharia, assim, no sentido de deglutir o que nos vem de fora, processar estas informações, aproveitar o que nos beneficia e descartar o que não nos serve. E este processo deve ser feito sempre tomando como referencial a nossa realidade local. Imaginar, por exemplo, que em caso de lacuna na legislação brasileira, a consulta e aplicação de uma legislação ou jurisprudência estrangeira possam diminuir os já insuficientes níveis de proteção de direitos à população brasileira, por simples afirmação de que esta legislação é melhor por ser aplicada em um país desenvolvido, não se cogita. É algo impensável se afirmar pura e simplesmente que o que se utiliza em outros países desenvolvidos é também o melhor para o Brasil.

Dessa forma, as ideias desenvolvidas pelo ramo do Direito Comparado talvez se coadunem com uma ideia de antropofagia quando se está a falar em comparação entre institutos jurídicos de países diferentes.

⁸ JÁCOME, Jorge González. El Uso del derecho comparado como forma de escape de a subordinación colonial. **International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional**, n.7, jan./maio 2006, p. 11-16. Disponível em: <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=82400706>>. Acesso em: 20 mar. 2010.

⁹ De acordo com Ivo Dantas, embora a identificação da norma em si seja importante, é sobretudo sobre os fatores elencados nas letras “b” e “c” que os pesquisadores devem se debruçar. DANTAS. *Op. Cit.*, p. 222.

2 A Teoria da Reserva do Possível aplicada aos direitos sociais como exemplo de um direito comparado mal realizado

Quando na seara jurídica se fala em direitos sociais, a primeira ideia que se tem é que são direitos de segunda dimensão, e que têm por característica serem direitos prestacionais, ou seja, direitos onde o Estado deverá arcar com recursos financeiros para a sua concretização.

Contudo, esses direitos muitas vezes ficam à mercê dos órgãos públicos e a população acaba por sofrer ante a falácia de que não existe recurso suficiente para o atendimento de tais direitos. Saúde, educação, cultura e segurança pública são exemplos de direitos sociais.

Para justificar a não prestação desses direitos em certos casos, foi criada a denominada “Teoria da Reserva do Possível”, cujo nascimento se deu de forma pretoriana na Alemanha. O caso célere que gerou esta teoria ficou conhecido como *Numerus Clausus*, e sua decisão foi tomada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão (o tribunal de maior hierarquia no ordenamento jurídico alemão).

O caso analisado pelo tribunal alemão referia-se a uma demanda judicial proposta por estudantes que não haviam sido admitidos em escolas de medicina de Hamburgo e Munique em face da política de limitação do número de vagas em cursos superiores adotada pela Alemanha em 1960. A ação teve como fundamento o art. 12 da Constituição Alemã que determinava que “*todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação*”.¹⁰

No julgamento do caso, o Tribunal Constitucional Alemão compreendeu que o direito à prestação positiva – no caso, o aumento do número de vagas na universidade – “*encontra-se sujeito à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar, de maneira racional, da sociedade*. Ou seja, a argumentação adotada refere-se à razoabilidade da pretensão”.¹¹

Essa jurisprudência, construída no início da década de 1970, determinava assim que a efetividade de direitos sociais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado. Desta forma, se entendeu que a prestação reclamada deve corresponder ao que o “indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispendo o Estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável”.¹²

No caso concreto, a proporcionalidade e razoabilidade imperaram na decisão do Tribunal Constitucional Alemão. Isto porque esta Corte não poderia, simplesmente com base no dispositivo constitucional que afirma que todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão e seu centro de informação, abrir novas vagas em cursos de Medicina nas Universidades Alemãs apenas por uma escolha do cidadão que não foi selecionado para as vagas já existentes. Aqui, não houve negação do curso escolhido (direito social à educação). O que houve foi um processo de oferta de vagas dentro de um número possível pelo Estado, que não deixou de oferecer o curso. Mesmo assim, o aluno reprovado demonstrou indignação, pois desejava a todo custo ingressar no curso de Medicina.

Ou seja, analisando a realidade da Alemanha, onde de fato existe uma prestação mais efetiva dos direitos sociais, como saúde e educação, não se poderia exigir do Estado algo fora de um padrão de razoabilidade. E este raciocínio se aplica porque nos países desenvolvidos ainda existe uma boa qualidade nos direitos sociais oferecidos pelo Estado. Em outras

¹⁰ MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. In: **Revista Brasileira de Direito Público**, ano.5, n.18, jul./set., 2007, p. 13.

¹¹ *Idem*, p. 13.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 29.

palavras, querer-se um “*plus*” na prestação de um direito social seria inclusive até violar um princípio constitucional de isonomia.

Pois bem. Após a utilização dessa teoria no direito alemão, uma parte da doutrina começou a querer aplicar esses fundamentos no Brasil. Pura e simplesmente da mesma maneira que na Alemanha.

Essa teoria começou a ser utilizada nos Tribunais brasileiros como fundamento do Estado (entendendo-se aqui os seus entes: União, Estados e Municípios) na defesa de ações propostas por cidadãos querendo a efetivação de direitos sociais. Mais especificadamente ela era (e ainda é) levantada nas ações versando sobre direito à saúde, no qual milhares de pessoas todos os dias requerem ao Poder Judiciário que o Estado forneça um leito de hospital, um medicamento caro para salvar a vida de uma pessoa com uma doença rara, ou mesmo coquetéis para tratamento de câncer e AIDS (estes são apenas exemplos). O que se quer não é a prestação de um direito à saúde, mas simplesmente o direito à vida.

Dessa forma, a teoria da reserva do possível tem sido argumentada nos tribunais brasileiros para justificar que: a) o Estado não tem como atender as peculiaridades de cada pessoa, pois não possui recursos para tanto; b) se o Estado começar a destinar verbas para atender estas ações particulares, irá faltar dinheiro para o atendimento básico ao restante da população.

O intrigante do Brasil é que quiseram impor essa teoria da mesma forma que na Alemanha. Porém, sem atender a um grande detalhe (suspeito eu que de forma intencional, claro): na Alemanha há de fato a prestação do direito à saúde de forma satisfatória. No Brasil, infelizmente, na maioria dos casos o serviço público de saúde é lastimável! Assim, solicitar ao Poder Judiciário que forneça um medicamento para um tratamento de saúde, ou mesmo que conceda um leito de UTI em um hospital público, ou na sua impossibilidade, que se pague o tratamento em UTI de hospital particular, não é nada fora da razoabilidade. Pelo contrário, se quer um “mínimo denominador comum”: garantir-se o direito à vida.

Além disso, o Estado se defende das decisões dos juízes afirmando que estes não podem interferir na esfera administrativa do Poder Executivo e ordenar o pagamento de quantias ou tratamentos de saúde. Para sua defesa, utiliza-se da teoria da já referida reserva do possível. Este instituto, fruto da recepção de um direito constitucional comparado equivocado, conforme Andreas Krell,

[...] representa uma adaptação de um *tópos* da jurisprudência constitucional alemã, que entende que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição de disponibilidade dos respectivos recursos. Ao mesmo tempo, a decisão sobre a disponibilidade dos mesmos estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e dos parlamentos, através da composição dos orçamentos públicos.¹³

Em outras palavras, de acordo com essa teoria, o Poder Judiciário não poderia ordenar, por exemplo, que determinado cidadão que necessita de um tratamento de saúde receba do Estado o tratamento ou a quantia devida, pois o judiciário não tem conhecimento do orçamento estatal, nem deve gerir suas finanças, tendo em vista a separação de poderes existente em nosso ordenamento constitucional.

Essa teoria não deve tomar assento na ordem jurídica brasileira, e a melhor resposta seria que o Estado não pudesse alegar a reserva do possível ou a falta de previsão de recursos para o pagamento de alguma decisão. De acordo com Andreas Krell, se os “recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas (transporte, fomento econômico, serviço de

¹³ KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 52.

dívida) onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem: sua vida, integridade física e saúde”.¹⁴

O que se tem notado na prática é que o Poder Judiciário tem rechaçado o argumento dessa teoria mal importada nos casos versando sobre direitos sociais no Brasil. E indo além, alguns juízes mais corajosos, principalmente os de primeira instância (tanto da justiça federal como da justiça comum), têm tomado as seguintes medidas quando se deparam com ações nas quais há risco de vida iminente para os cidadãos, onde estes requerem alguma providência do Estado para sobreviver: a) determinam liminarmente o pedido da parte para a garantia do direito à saúde e à vida; b) arbitram uma multa para o Estado e uma multa pessoal para o Secretário de Saúde (seja municipal ou estadual), em caso de atraso no cumprimento da decisão; c) determinam que em caso de não haver recurso disponível na Secretaria de Saúde, que se retire verba de outras áreas que não são prioritárias, como comunicação, diárias, etc.; d) ordenam a prisão dos responsáveis pelas secretarias de saúde quando estes descumprem a decisão judicial.

Ainda que sejam atitudes corajosas, a prisão de autoridades públicas e as multas pessoais quase sempre são reformadas pelos magistrados de 2ª Instância. Estes, que são instrumentos típicos de pressão, acabam ficando inúteis. No entanto, não se pode deixar de ver nestes juízes uma atitude positiva em prol dos direitos sociais e de responsabilidade e sensibilidade para com a sociedade brasileira.

Toda essa celeuma em torno da Teoria da Reserva do Possível mostra a quantidade de problemas que pode haver na importação de ideias estrangeiras sem um mínimo de conhecimento das realidades envolvidas. Assim, há de se ter um “cuidado antropofágico” à hora de equiparar institutos jurídicos de países diferentes, sob pena de não se fazer justiça em nosso país.

3 A prevalência de jurisprudências europeias e norte-americanas no Supremo Tribunal Federal em detrimento de precedentes de Cortes Constitucionais latino-americanas

Questão peculiar ao tema da antropofagia jurídica é também a atuação do Supremo Tribunal Federal no tocante à utilização de jurisprudência estrangeira para fundamentação de suas decisões: já foi identificado pela doutrina que existe uma total ausência de diálogo constitucional transnacional com os países da América do Sul.

Interessante investigação realizada por Virgílio Afonso da Silva mostra que o STF tem maior interesse no que está sendo julgado no Tribunal Constitucional Alemão ou na Suprema Corte Norte-Americana, em detrimento dos países vizinhos do Brasil. Nem mesmo a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos encontra eco no Supremo Tribunal Federal.

De acordo com Virgílio Afonso,¹⁵ uma das principais deficiências do Sistema Interamericano de Direitos Humanos em relação à aplicação de suas normas no ordenamento jurídico brasileiro, está na falta de familiaridade e, sobretudo, pela atitude refratária do judiciário brasileiro em relação ao direito internacional geral. Por mais que os ministros do STF estejam frequentemente em contato com os membros de outros tribunais do continente americano, isto não parece refletir na jurisprudência do Supremo. Em outras palavras, há uma total ausência de interesse do STF por um diálogo efetivo com as Cortes Constitucionais da América do Sul.

¹⁴ *Idem*, p.53.

¹⁵ SILVA. Virgílio Afonso da. **Integração e diálogo constitucional na América do Sul**. Working Paper, p. 10. Disponível em: <http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2010-Dialogo_e_integracao.pdf > Acesso em: 05 jan. 2011.

Prova da grande discrepância entre o uso de jurisprudências europeias e latino-americanas na fundamentação das decisões do STF é o fato de que na pesquisa levada a cabo por Virgílio¹⁶ no *website* do STF, não havia nenhuma decisão do Supremo fazendo referência a jurisprudências dos tribunais constitucionais da Argentina, Chile ou Colômbia, enquanto havia cinquenta e oito referências a decisões do Tribunal Constitucional da Alemanha e oitenta referências a decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos. Para o autor,¹⁷ estes números são autoexplicativos. A jurisprudência do STF é altamente permeável a argumentos utilizados em alguns tribunais de outros países, “mas ignora por completo a jurisprudência dos tribunais de países vizinhos, que são justamente aqueles que, em alguns âmbitos, têm problemas – como a efetividade dos direitos humanos”, semelhantes ao ordenamento jurídico brasileiro.¹⁸ Quanto à Corte Interamericana, no momento em que o jurista fez esta busca no *website* do STF, havia unicamente uma referência ao tribunal interamericano.¹⁹

4 O cumprimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos: há espaços para atitudes antropofágicas?

O direito internacional hoje é um dos ramos mais peculiares da ciência jurídica porque não possui, em sua essência, uma das características principais do direito em nível nacional: a coerção para o cumprimento de suas leis.

Esse ramo do direito acaba tendo uma conotação política que permeia os seus traços jurídicos, que são os tratados e convenções internacionais. Assim, para que seja dado cumprimento às obrigações internacionais, é necessária muita vontade política. E quando não se cumprem estas medidas internacionais, o país pode ser responsabilizado internacionalmente. Contudo, esta responsabilização acaba por não trazer efeitos práticos na vida dos cidadãos. Ao menos no nosso continente americano.

Na tentativa de proteger os direitos humanos, foram criados alguns tribunais internacionais de direitos humanos. Entre eles temos o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, sediado em Estrasburgo, órgão judicial máximo do Sistema Europeu de Direitos Humanos (vinculado ao Conselho da Europa); e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com sede em São José, Costa Rica, tribunal regional do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, vinculado à Organização dos Estados Americanos.

Esses dois tribunais têm por missão responsabilizar os países por violações de direitos humanos assumidos em tratados internacionais de cada sistema de direitos humanos, seja no Europeu ou no Interamericano. A grande questão é que a doutrina internacional afirma que as sentenças destes tribunais são declarativas, condenatórias, obrigatórias, mas não autoexecutórias. Declarativas porque declaram uma violação de direitos humanos por parte dos países, condenatórias porque ao reconhecer uma violação, condenam o país a promover

¹⁶ *Idem*, p. 18.

¹⁷ SILVA. *Op. Cit.*, p. 20.

¹⁸ No caso da Colômbia, Milton Betancur realizou uma pesquisa semelhante à realizada por Virgílio Afonso no Brasil. Em sua investigação, ele identificou que em 18 anos de atividade (1992-2009), o Tribunal Constitucional Colombiano, em suas decisões, fez um total de mil e noventa e três referências aos órgãos e normas do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o que reflete uma média aproximada de setenta referências por ano. BETANCUR, Milton Andrés Rojas. La Eficacia de los Órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y de la Convención Americana de Derechos Humanos. (Acerca de la frecuencia de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en las sentencias y autos de la Corte Constitucional de Colombia). In: **Revista Holística Jurídica**, n.6, dez. 2009, p. 68-69.

¹⁹ A pesquisa foi feita no *website* do STF, www.stf.jus.br, na seção de busca de jurisprudência. O autor procurou decisões com o vocábulo “corte interamericana”. Ainda que o autor não identifique qual foi a data na qual fez a busca, seu artigo foi publicado em 2010. Para maiores detalhes, *vid.* SILVA. *Op.Ccit.*, p. 19.

alguma reparação por este dano causado, obrigatórias porque os países se comprometem a cumprir as decisões, e não autoexecutórias porque a sentença não pode ser executada automaticamente, ficando o Estado com liberdade para implementar a decisão da forma que achar melhor. Além disso, não há um órgão internacional que, em caso de descumprimento desta decisão, force a execução das suas medidas de reparação no país. Assim, se o país não cumpre a sentença destes tribunais regionais de direitos humanos, ao menos no Sistema Interamericano, não há um mecanismo que exerça uma pressão diplomática para forçar os países a cumprir as sentenças.

Tentando remediar essa deficiência (ainda que seja natural deste tipo de tribunal), a Corte Interamericana de Direitos Humanos criou, através de sua jurisprudência, o que se denominou de “controle de convencionalidade”. De acordo com esta determinação, qualquer órgão público dos países, seja do Poder Executivo, Legislativo, Judiciário ou outro de qualquer natureza, tem a obrigação de efetuar o controle de convencionalidade de seus atos, que simplesmente é o ato de comparar a ação estatal (seja ela legislativa ou executiva) com a jurisprudência da Corte Interamericana e com os instrumentos normativos do Sistema Interamericano (as convenções internacionais e os demais protocolos adicionais do sistema). Assim, se, por exemplo, um tribunal nacional profere uma decisão contrária à jurisprudência da Corte Interamericana, esta sentença seria “inconvencional”, e estaria violando as obrigações do Sistema Interamericano.

Nesse mesmo sentido seria a atuação do Poder Legislativo, se elaborasse alguma lei que violasse algum dispositivo da Convenção Americana de Direitos Humanos. Ainda para a Corte, este dever tem de ser realizado de ofício, ou seja, mesmo que não seja alegado por nenhuma parte em um processo, o juiz nacional deve questionar se a sua decisão judicial não estaria violando os parâmetros do Sistema Interamericano. Essa teoria do controle de convencionalidade acaba tornando a Corte Interamericana um tribunal com características de supranacionalidade, quando na verdade, ela não é um tribunal de cassação de decisões nacionais, nem um tribunal de 4ª ou 5ª instância recursal. Ela tem o poder de apenas responsabilizar o Estado por violações de direitos humanos.

Veja-se que a dicotomia entre o direito internacional e o direito constitucional é antiga e parece ser eterna. Há uma falta de visão por parte dos constitucionalistas e internacionalistas, que parecem não querer enxergar um ao outro, e assim acabam tomando posições isoladas, seja por um nacionalismo exagerado dos juízes nacionais, seja pela falta de sensibilidade dos juízes internacionais ante certas peculiaridades nacionais. Resulta desta dicotomia que:

a) Para o direito internacional, conforme o art. 27 da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados, um Estado não pode alegar questões internas para justificar o descumprimento de uma obrigação imposta por um tratado internacional. Presume-se que se o país aderiu a um tratado, o fez de livre e espontânea vontade e sabia das consequências de sua adesão. É como se o país estivesse dando um cheque em branco para o tribunal internacional.

b) O direito constitucional muitas vezes coloca os tratados internacionais em um grau inferior à constituição, na escala de hierarquia de leis. E ainda pode acontecer como na Venezuela, que equipara os tratados internacionais às normas constitucionais, mas o Tribunal Supremo daquele país criou uma “teoria da inexecução de sentenças da Corte Interamericana”, no momento em que algumas decisões foram contrárias aos interesses do governo venezuelano.

A panaceia do direito internacional é tão grande que hoje no Brasil temos os seguintes graus de hierarquia para os tratados internacionais:

a) Tratados Internacionais de Direitos Humanos aprovados depois da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, com o quorum específico de emenda constitucional – *status constitucional*.

b) Tratados Internacionais de Direitos Humanos aprovados pelo processo legislativo ordinário – *status supra legal* (abaixo da Constituição, mas acima das leis ordinárias). Este mesmo status é dado para todos os tratados de direitos humanos que foram ratificados para o Brasil antes da entrada em vigor da EC n. 45/2004 e para os tratados que versam sobre as demais matérias.

Assim, deixa-se para o Congresso Nacional decidir qual será o status dos tratados de direitos humanos firmados pelo Brasil, como se houvessem tratados de direitos humanos que não fossem fundamentais para o país. Além disso, é flagrante que os tribunais nacionais muitas vezes não cumprem as decisões da Corte Interamericana alegando que devem obediência ao Supremo Tribunal Federal e à Constituição Federal, e assim, principalmente quando há uma decisão do STF em sentido contrário, os juízes nacionais costumam mandar o direito internacional para o espaço.

Não se pode perder de vista que um dos objetivos dos sistemas regionais de direitos humanos, como o Sistema Interamericano, é estabelecer certo nível de proteção aos direitos humanos por igual, em todo o continente. A existência destes tribunais regionais é baseada no fato de que é muito mais fácil trabalhar com sociedades com culturas semelhantes, do que existir um tribunal internacional que aceitasse demandas de todo o mundo. Assim, o estabelecimento de um tribunal regional de direitos humanos almeja antes de tudo, em sociedades com culturas semelhantes, estabelecer um nível mínimo de proteção, firmando parâmetros que devem ser obedecidos por todos os países sob sua jurisdição.

Ainda que esse seja um objetivo justo e excelente, a prática tem mostrado que mesmo países com culturas semelhantes possuem certas atitudes distintas, principalmente em seus ordenamentos jurídicos. Prova disso é que há países no Sistema Interamericano que equiparam os tratados internacionais às leis ordinárias (como o Brasil fazia até 2008), outros podem lhe dar um status supralegal, e ainda pode haver um status constitucional ou supraconstitucional (acima da Constituição), sendo estes os mais preocupados com o respeito ao direito internacional.

Por outro lado, mesmo os tratados internacionais tendo o seu respectivo valor hierárquico no ordenamento jurídico, os órgãos públicos muitas vezes não o cumprem. Seja por desconhecimento ou pelo simples fato de que não estaria de acordo com a constituição nacional. Estas atitudes fazem com que a relação entre o direito internacional e o direito nacional seja uma das questões mais delicadas na proteção dos direitos humanos. Se Oswald de Andrade estivesse vivo, seguramente utilizaria a expressão popular “samba do crioulo doido” para denominar essa interação.

O que devemos estabelecer neste momento é que mesmo em um continente com países de culturas semelhantes, há certas peculiaridades que devem ser levadas em consideração à hora do julgamento em um tribunal internacional. A própria criação da obrigação do “Controle de Convencionalidade” é incompatível com uma ideia de antropofagia. Isto porque este tipo de controle é uma imposição dos dogmas da Corte Interamericana, que teoricamente não deixa margem de discricionariedade para o tribunal nacional, em nome do respeito à jurisprudência do tribunal interamericano.

Veja por exemplo o caso do julgamento da lei de anistia brasileira. O Supremo Tribunal Federal decidiu que a interpretação da lei de anistia, de forma a permitir a anistia para os agentes do Estado no período da ditadura, era constitucional, e que havia sido um consenso, um acordo político da época da lei (1979), e que não era necessário voltar atrás e estabelecer um revanchismo no país. Pouco tempo depois, a Corte Interamericana condenou o Brasil porque havia uma série de jurisprudência da Corte estabelecendo que as leis de autoanistia para os agentes de Estado em períodos ditatoriais são contrárias à Convenção

Americana, citando vários casos de países latino-americanos que revogaram este tipo de lei, como Argentina, Chile e Uruguai.

Nesse caso, podemos observar que a anistia envolve uma série de questões específicas dos países. Envolve aspectos como política, evolução da cultura de um país, democracia, entre outros. Não estão em jogo apenas aspectos jurídicos. E é neste sentido que chamamos a atenção para a falta de uma atitude antropofágica da Corte Interamericana. Em alguns momentos, em matérias delicadas, deve-se tentar investigar a cultura e o desenvolvimento político e histórico do país, para saber se de fato aquela sociedade não estaria preparada para um perdão. Mas em nome de um controle de convencionalidade, e um respeito às decisões anteriores, assim como para estabelecer um parâmetro único no continente, a Corte Interamericana condenou o país, declarando ainda que o STF não realizou o controle de convencionalidade, ou seja, não seguiu a sua jurisprudência anterior sobre a lei de anistia.

Como internacionalista nato, não posso deixar de ter confiança em tribunais internacionais. Luto para que um dia haja o verdadeiro reconhecimento do trabalho destas Cortes, que nada mais fazem do que lutar por um mundo melhor, por uma maior proteção aos direitos humanos. Ademais, milito em favor de uma execução mais efetiva das sentenças da Corte, assim como por um mecanismo internacional que exerça uma pressão nos países em casos de descumprimento. Contudo, não posso fechar os olhos para o fato de que há certas matérias nacionais que merecem uma análise à luz da cultura local, e não apenas sob a ótica de aspectos jurídico-positivos internacionais.

5 A relação entre o direito internacional e nacional: exemplo de atitudes antropofágicas

No Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o cerne da luta por um pensamento antropofágico encontra-se no reconhecimento de que há matérias nacionais que merecem uma análise à luz da realidade local, e não tratar todos os assuntos do continente americano como se fossem todos iguais. Quase todo problema jurídico traz em si, principalmente os relacionados a direitos humanos, aspectos subjetivos que devem ser levados em consideração. Desta forma, em situações pontuais o controle de convencionalidade não pode ser seguido como um dogma intransponível.

Como já afirmado, o controle de convencionalidade se encontra em uma disputa entre o direito constitucional e o internacional: o direito internacional dos direitos humanos quer atuar sempre como um instrumento supraconstitucional e com uma vinculação efetiva para os tribunais nacionais. Por sua vez, o direito constitucional (na maioria das vezes) aceita os parâmetros do direito internacional, mas prefere ter liberdade para sua atuação, tratando as normas internacionais como um valor argumentativo ou como um critério hermenêutico a ser utilizado na interpretação das normas de direitos humanos.

Na linha de um pensamento antropofágico da forma como estamos aqui tratando, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) criou uma teoria (que na verdade é um dispositivo prático) que reconhece as peculiaridades locais. Através de sua jurisprudência, o TEDH desenvolveu o que denominou de “*teoria da margem de apreciação*”. De acordo com esta técnica, onde não existe um mínimo comum europeu para entender de uma determinada maneira um direito que possui conexão com certas peculiaridades nacionais, se abre para o país uma margem de ação que lhe permite fixar, de acordo com as circunstâncias jurídicas, sociais e culturais, o conteúdo e alcance destes direitos, à espera por parte do Tribunal Europeu poder encontrar elementos novos que lhe permitam estabelecer conteúdos que se integrem à ordem jurídica europeia, e que só assim seriam aplicados a todos os demais países do Sistema Europeu por igual.²⁰ Dessa forma, este critério pode servir para a defesa de uma

²⁰ CASALS, María Angélica Benavides. El Consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos. In: **Revista Ius et Praxis**, ano.15, n.1, 2009, p. 301.

autonomia nacional em contextos de pluralismo cultural e constitucional de países com sistemas jurídicos muito distintos.²¹

No entanto, Humberto Alcalá defende que a teoria da margem de apreciação não deve ser utilizada (ou deve ter um menor nível de aplicação) na América Latina, pois a grande maioria dos países possui sistemas jurídicos semelhantes e tradições culturais comuns. De acordo com o jurista, a Corte Interamericana (que deveria ser a responsável por permitir este critério nos países, nos casos concretos submetidos a ela), não utiliza significativamente esta prática, já que os temas que o tribunal enfrenta são de direitos muito definidos e evidentes, onde não há lugar para interpretações divergentes.²²

Em um sentido mais positivo, García e Mac-Gregor afirmam que é um consenso que os tratados regionais de direitos humanos reconheçam a diversidade plural e cultural dos países em vários sentidos, e dessa forma sustentam conveniente que a Corte Interamericana permita aos Estados uma margem de apreciação e valoração em casos específicos, a exemplo do caso *Ivcher Bronstein vs. Peru*, de 21 de fevereiro de 2001, no qual a Corte ressaltou que a regulamentação do direito de nacionalidade é competência de cada Estado, deixando claro que o Direito Internacional impõe um mínimo de parâmetros jurídicos nesta matéria.²³

No entanto, a regra adotada pela Corte Europeia parece ser mais interessante em defesa de uma determinada realidade local: ao reconhecer que o caso concreto aborda um direito em que não existe um consenso dentro do sistema europeu de direitos humanos, ela autoriza que o Estado decida o caso de acordo com o entendimento jurídico-cultural do seu país. Após essa decisão nacional, o Tribunal Europeu tenta de alguma forma estabelecer um parâmetro que se adapte a todos os demais países do sistema.

Nos casos raros que já aconteceram envolvendo aspectos culturais distintos, a Corte Interamericana não abre mão de decidir ela própria o caso, ainda que de alguma forma tente decidir reconhecendo as peculiaridades locais. No caso europeu, há uma atitude mais antropofágica: o próprio país decide de acordo com a sua cultura, e após isto, o Tribunal Europeu tenta “retroalimentar” o seu corpo jurisprudencial, de modo a formar um complexo de parâmetros que reconheça as pluralidades locais.

No âmbito doutrinário brasileiro, há autores que tentam relativizar o movimento de “verticalidade” das decisões de tribunais internacionais. Pontuam-se estes casos em momentos nos quais há um conflito entre um dispositivo de um tratado internacional de direitos humanos e a Constituição de um país. Valerio Mazzuoli²⁴ afirma que nestes casos deve haver um “diálogo de transigência”, no qual as normas internacional e nacional “conversam” entre si e decidem resolver o conflito pelo estabelecimento de concessões recíprocas. Para o autor, este diálogo transigente entre as fontes internacionais e nacionais “leva a um resultado amigável, por meio de concessões: a Constituição cede ao ordenamento internacional quando este é mais benéfico e vice-versa”. Utilizando os conceitos de *dialogicidade* do russo Bakhtin, Mazzuoli afirma que na dialógica jurídica “prevalece a lógica da coordenação e da coexistência de interesses, ao invés da obrigatoriedade do triunfo de uma tese sobre outra”, admitindo-se o convívio simultâneo de duas ou mais normas, variando apenas o momento e a ordem de sua aplicação ao caso concreto.²⁵

²¹ ALCALÁ, Humberto Nogueira. El Uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno. In: **Estudios Constitucionales**, ano.9, n. 2, 2011, p.18.

²² ALCALÁ. *Op. Cit.*, p. 59.

²³ GARCÍA, Fernando Silva; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El control de convencionalidad de la jurisprudencia constitucional. In: MEMORIAS DEL X CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL, 10., 2009, Lima, Peru. **Anais**, p. 11-12. Disponível em: <<http://congreso.pucp.edu.pe/derechoconstitucional2009/ponencias.html>>. Acesso em: 01 jan. 2012.

²⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 173.

²⁵ *Idem*, p. 131-132.

Indo um pouco mais além, Marcelo Neves desenvolveu uma complexa tese que denominou de “transconstitucionalismo”, que em resumo significa que não deve haver um sentido de hierarquia entre tribunais internacionais e constitucionais. De acordo com o autor, o transconstitucionalismo estabelece que haja “pontes de transição” entre ordens jurídicas distintas (no caso, internacional e nacional), que permite que em casos concretos, os tribunais nacionais cedam de seus posicionamentos para as normas internacionais em certos casos e, em outros, pode o tribunal internacional ceder de seus padrões para aprender com os tribunais nacionais. Contudo, o próprio autor alerta que o transconstitucionalismo é um recurso escasso na sociedade mundial. Com sua experiência, ele reconhece que “entrelaçamentos transconstitucionais estáveis entre ordens jurídicas só ocorreram, até agora, em âmbitos muito limitados do sistema mundial de níveis múltiplos (...), e prevalecem as perspectivas desfavoráveis a desenvolvimentos positivos”.²⁶

Ainda nessa temática, a Corte Interamericana em alguns casos tem saído dos padrões puros do direito internacional para buscar subsídios na própria realidade local. Um exemplo que pode ser dado tratou do direito das comunidades indígenas em dois casos pioneiros: o caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua²⁷ e o caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguai.²⁸ Estes casos servem de paradigma para a reinterpretação do direito de propriedade no continente americano.

A Corte Interamericana reconheceu que “entre os indígenas existe uma tradição comunitária sobre uma forma comunal da propriedade coletiva da terra, no sentido de que o pertencimento desta não se centra no indivíduo, mas no grupo e sua comunidade”. Assim, a Corte afirma que esta forma de propriedade também deve ser respeitada.²⁹ Da mesma forma, afirmou que a ligação das comunidades indígenas e seus territórios, incluindo os recursos naturais existentes e seus elementos imateriais que desprendem, devem ser protegidos nos moldes do artigo 21 da Convenção Americana. Assim, define que o termo “bens”, descrito na Convenção, alcança “os elementos corporais e não corporais e qualquer outro objeto imaterial suscetível de ter um valor”.³⁰ Neste contexto, o tribunal considerou que a relação especial existente entre os povos indígenas e seus territórios vai além da mera posse e gozo dos elementos materiais que a compõem, sendo o território “um elemento material e espiritual do qual devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às gerações futuras”.³¹

O que se observou da atitude da Corte Interamericana nestes casos foi que: a) ela se absteve de utilizar parâmetros do direito internacional positivo; b) tentou buscar subsídios na realidade local para desenvolver um novo conceito de propriedade; c) relativizou um dos princípios mais tradicionais do direito, que é o direito da propriedade, indo de encontro inclusive à própria Constituição do país.

Seguramente, a decisão da Corte nesses casos foi um avanço. Talvez, uma ideia mais antropofágica seria a de que, além de buscar a cultura local indígena para dar um novo sentido ao direito de propriedade, fossem reconhecidas as consequências que esta mudança possibilita na nossa cultura, pois como já defendemos em outra ocasião,³² ao modificar a concepção de

²⁶ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 285.

²⁷ Esta decisão foi prolatada em 31 de agosto de 2001.

²⁸ Decisão proferida em 17 de junho de 2005.

²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentença Caso Awas Tingni, parágrafo 149.

³⁰ *Idem*, parágrafo 144.

³¹ *Idem*, parágrafo 149.

³² LEITE, Rodrigo de Almeida; SIQUEIRA FILHO, Valdemar de. Tradução e cultura em decisões judiciais: a interpretação da Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre a legitimidade do direito de propriedade de comunidades indígenas. In: **Revista Espaço Acadêmico**, v. 12, n. 135, p. 23-30, 2012. Disponível em: <<http://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/15023/9568>>. Acesso em: 08 set. 2012.

uso da terra, estaremos tornando nossa sociedade menos excludente e assim como todo processo democrático produz indeterminação sobre as formas diferentes de organização na sociedade, oportunizaremos na conquista de seus direitos, que os grupos indígenas contaminem de forma enriquecedora nosso conceito sobre propriedade e uso da terra. Neste aspecto, teremos que “ressignificar” esta regra de propriedade, causando modificações claras, tanto para os povos indígenas, como também para a sociedade que deverá incorporar em sua cultura valores emprestados do universo destes povos excluídos.

Considerações finais

As ideias aqui expostas traduzem algo de não conformidade com decisões impostas em desacordo com o sentido de justiça local. Os elementos cultural, político e social são peças-chaves na decisão de um caso concreto. Tanto na linha do direito comparado, como no direito internacional, aspectos de antropofagia podem ser utilizados. E quando se fala em direitos humanos, a perspectiva é que ela seja, de fato, um instrumento a serviço do Poder Judiciário.

Nessa relação entre o direito internacional e o direito constitucional (nacional), existe um grande dilema, uma grande colisão em casos concretos. Procura-se estabelecer certas imposições de decisões internacionais, dando-se primazia a este ramo do direito, enquanto que o direito constitucional apega-se ao seu nacionalismo e soberania, enxergando apenas a sua constituição como norma superior. A antropofagia parte para quebrar este dilema. O que se busca é uma “teoria da margem de apreciação”, utilizada pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, adaptada aos moldes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Quanto a isto, não vemos empecilhos. Adaptações de institutos jurídicos sempre foram utilizadas no direito, devendo ser realizada da forma como aqui expomos.

Fazendo um parêntesis, observe-se a sagacidade de Oswald de Andrade quando afirma em seu manifesto antropofágico que “sem nós a Europa não teria sequer a sua pobre declaração dos direitos do homem”. Ele até parecia prever o futuro. De fato, tivemos a criação, no pós-segunda guerra, da Declaração Americana de Direitos Humanos, antes mesmo da Declaração Universal dos Direitos Humanos e da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Ou seja, a preocupação com o direito internacional dos direitos humanos foi sentida pelos latino-americanos antes mesmo que os europeus.

Isso remete para o fato de que se pode imaginar que as ideias antropofágicas aqui expostas são contrárias aos sistemas regionais de direitos humanos ou mesmo dos seus tribunais. De fato, a afirmação é falsa. O que nos alimenta antropofagicamente é tentar estabelecer que não deve existir uma radicalidade, uma hierarquia vinculativa de decisões internacionais versando sobre direitos e situações locais que deveriam ser analisadas à luz de uma cultura local, e não tomando como base a jurisprudência de uma Corte de direitos humanos ou mesmo de tratados internacionais.

Com este pensamento, afirme-se também que não se quer estar ao lado de um “relativismo dos direitos humanos internacionais”. Somos a favor de que em casos particulares, excepcionais, há a necessidade de sair do plano de fundamentação eminentemente internacional, para buscar subsídios na cultura local.

Frise-se que atitudes antropofágicas muitas vezes não são bem-vindas porque quebram regras já estabelecidas. Imagine-se que se a Corte Interamericana tivesse um pouco mais de calma em seu julgamento, ao invés de condenar o Brasil pelo fato de o país ter declarado a Lei de Anistia constitucional, ela poderia ordenar (ou sugerir) que se fizesse uma consulta à população para saber a opinião sobre a anistia. Seguramente isso abriria um debate na sociedade, com gente discutindo o tema e colocando os pontos contra e a favor.

No entanto, foi mais fácil afirmar que a Corte Interamericana já havia condenado vários países da América Latina a revogarem suas leis de anistia, e que outros países revogaram a lei por si próprio. Ou seja, foi mais fácil manter a sua jurisprudência

(internacional), do que ter o trabalho de questionar se no Brasil a sociedade não teria evoluído em um tema tão delicado como é a punição de pessoas que agiram em nome do Estado para torturar e assassinar pessoas na época da ditadura militar. São situações como esta que mereceriam ações antropofágicas.

Por fim, novamente se ressalta: não se está aqui a querer criar uma teoria da antropofagia jurídica. A antropofagia no direito já existe. Apenas está adormecida. Ela é uma atitude, uma sensibilidade existente nas ordens jurídicas que deve se ater para as peculiaridades de um caso concreto que envolve direitos que merecem um maior cuidado. Ela não é contrária aos direitos humanos internacionais ou mesmo à criação de tribunais regionais de direitos humanos. Ela serve como uma trava de segurança que é acionada em casos de instabilidade sistêmica, pois a injustiça realizada em nome da manutenção de formalismos e dogmas gera uma quebra em um dos próprios objetivos dos sistemas regionais: proteger o ser humano.

Referências

ALCALÁ, Humberto Nogueira. El Uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno. *In: Estudios Constitucionales*, ano 9, n. 2, p. 17-76, 2011.

BETANCUR, Milton Andrés Rojas. La Eficacia de los Órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y de la Convención Americana de Derechos Humanos. (Acerca de la frecuencia de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en las sentencias y autos de la Corte Constitucional de Colombia). *In: Revista Holística Jurídica*, n.6, p. 65-88, dez. 2009.

BOPP, Raul. **Vida e morte da antropofagia**. 2. ed. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 2006.

CARVALHO, Welinton. Direito Comparado. Método ou Ciência. *In: Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano. 45, n.180, out./dez. p.139-145, 2008.

CASALS, María Angélica Benavides. El Consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos. *Revista Ius et Praxis*, ano. 15, n.1, p. 295-310, 2009.

CONSTANTINESCO, Leontin-Jean, **Tratado de direito comparado**: introdução ao direito comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DANTAS, Ivo. **Direito constitucional comparado**: introdução, teoria e metodologia. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GARCÍA, Fernando Silva; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El control de convencionalidad de la jurisprudencia constitucional. *In: MEMORIAS DEL X CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL*, 10., 2009, Lima, Peru. *Anais*, p. 01-20. Disponível em: <<http://congreso.pucp.edu.pe/derechoconstitucional2009/ponencias.html>>. Acesso em: 01 jan. 2012.

IBÁÑEZ, Santiago González-Varas. Presente pasado y futuro del derecho comparado. *Revista Chilena de Derecho*, v.26, n.3, 1999. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2650152>>. Acesso em: 20 mar. 2010.

JÁCOME, Jorge González. El Uso del derecho comparado como forma de escape de la subordinación colonial. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n. 7, jan./maio 2006. Disponível em:

<<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=82400706>>. Acesso em: 20 mar. 2010.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LEITE, Rodrigo de Almeida; SIQUEIRA FILHO, Valdemar de. Tradução e cultura em decisões judiciais: a interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a legitimidade do direito de propriedade de comunidades indígenas. *In: Revista Espaço Acadêmico*, v. 12, n. 135, p. 23-30, 2012. Disponível em: <<http://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/15023/9568>>. Acesso em: 08 set. 2012.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. **Revista Brasileira de Direito Público**, ano. 5, n.18, jul./set., 2007, p. 169-186.

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

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 13-50.

SERRANO, Pablo Jiménez. **Como utilizar o direito comparado para elaboração de tese científica**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Integração e diálogo constitucional na América do Sul**. Working Paper. Disponível em: <http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2010-Dialogo_e_integracao.pdf> Acesso em: 05 jan. 2011.

Recebido em: 30 de abril de 2013

Aceito em: 13 de junho de 2013