

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Constituição e pluralismo jurídico: a posição particular do Brasil no contexto latino-americano

Constitutionalism and Legal Pluralism: Brazil's particular position in the Latin American context

Ana Paula Gonçalves Pereira de
Barcellos

Sumário

| | |
|--|-----|
| EDITORIAL: CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: O QUE TEMOS EM COMUM? | 15 |
| EDITORIAL: CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO: ¿QUÉ TENEMOS EN COMÚN? | 17 |
| Luís Roberto Barroso e Patrícia Perrone Campos Mello | |
| SEÇÃO I: PODER CONSTITUINTE | 19 |
| AS CONSTITUIÇÕES LATINO-AMERICANAS ENTRE A VIDA E A MORTE: POSSIBILIDADES E LIMITES DO PODER DE EMENDA | 21 |
| Luís Roberto Barroso e Aline Osorio | |
| CRIAÇÃO CONSTITUCIONAL SEM PODER CONSTITUINTE: OS LIMITES CONCEITUAIS DO PODER DE SUBSTITUIÇÃO OU REVISÃO DA CONSTITUIÇÃO | 56 |
| Carlos Bernal Pulido | |
| QUEM CONTA COMO NAÇÃO? A EXCLUSÃO DE TEMÁTICAS LGBTI NAS ASSEMBLEIAS CONSTITUINTE DE BRASIL E COLÔMBIA | 85 |
| Rafael Carrano Lelis, Marcos Felipe Lopes de Almeida e Waleska Marcy Rosa | |
| EM DEFESA DA PARTICIPAÇÃO: ANÁLISE DA INICIATIVA POPULAR PARA ALTERAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO NO BRASIL E NO EQUADOR | 114 |
| Ilana Aló Cardoso Ribeiro e Lílian Márcia Balmant Emerique | |
| REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE O PROCESSO CONSTITUINTE EQUATORIANO DE MONTECRISTI (2007-2008) | 130 |
| E. Emiliano Maldonado | |
| SEÇÃO II: JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA | 152 |
| LA REVISIÓN JUDICIAL EN DEMOCRACIAS DEFECTUOSAS | 154 |
| Roberto Gargarella | |
| CONSTITUIÇÃO E PLURALISMO JURÍDICO: A POSIÇÃO PARTICULAR DO BRASIL NO CONTEXTO LATINO-AMERICANO | 171 |
| Ana Paula Gonçalves Pereira de Barcellos | |
| AS CONSTITUIÇÕES LATINO-AMERICANAS PELAS LENTES DAS CORTES CONSTITUCIONAIS: A FORÇA NORMATIVA E O ROMANTISMO DOS PREÂMBULOS | 185 |
| Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy e Carlos Frederico Santos | |

| | |
|---|------------|
| REDES SOCIALES, JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DELIBERACIÓN PÚBLICA DE CALIDAD: LECCIONES DEL PLEBISCITO POR LA PAZ EN COLOMBIA..... | 203 |
| Jorge Ernesto Roa Roa | |
| A EFETIVIDADE DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL EM RAZÃO DOS SISTEMAS DE MONITORAMENTO: UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE COLÔMBIA E BRASIL | 218 |
| Aléssia Barroso Lima Brito Campos Chevitarese, Ana Borges Coêlho Santos e Felipe Meneses Graça | |
| SEÇÃO III: CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR E “IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE” NA AMÉRICA LATINA | 231 |
| O MANDATO TRANSFORMADOR DO SISTEMA INTERAMERICANO: LEGALIDADE E LEGITIMIDADE DE UM PROCESSO JURISGENÉTICO EXTRAORDINÁRIO | 233 |
| Armin von Bogdandy | |
| CONSTITUCIONALISMO, TRANSFORMAÇÃO E RESILIÊNCIA DEMOCRÁTICA NO BRASIL: O IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE NA AMÉRICA LATINA TEM UMA CONTRIBUIÇÃO A OFERECER? .. | 254 |
| Patrícia Perrone Campos Mello | |
| UM PROJETO COMUM PARA A AMÉRICA LATINA E OS IMPACTOS DAS EMPRESAS EM DIREITOS HUMANOS | 287 |
| Danielle Anne Pamplona | |
| O PAPEL DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NA CONSTRUÇÃO DIALOGADA DO IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE NA AMÉRICA LATINA..... | 303 |
| Ana Carolina Lopes Olsen e Katya Kozicki | |
| SEÇÃO IV: NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO | 332 |
| O PAPEL DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NA CONSTRUÇÃO DIALOGADA DO IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE NA AMÉRICA LATINA..... | 334 |
| Roberto Viciano Pastor e Rubén Martínez Dalmau | |
| ¡QUE VIVA EL ESTADO PLURINACIONAL!: ¿Y LO SOCIOAMBIENTAL? | 351 |
| Anibal Alejandro Rojas Hernández, aula Harumi Kanno, Heline Sivini Ferreira e Adriele Fernanda Andrade Précoma | |
| O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: ANÁLISE MARXISTA DA INVISIBILIZAÇÃO DA LUTA DE CLASSES NAS INVESTIGAÇÕES JURÍDICAS CRÍTICAS | 365 |
| Daniel Araújo Valença, Ronaldo Moreira Maia Júnior e Rayane Cristina de Andrade Gomes | |
| O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: ANÁLISE MARXISTA DA INVISIBILIZAÇÃO DA LUTA DE CLASSES NAS INVESTIGAÇÕES JURÍDICAS CRÍTICAS | 382 |
| Adriele Andrade Précoma, Heline Sivini Ferreira e Rogério Silva Portanova | |

| | |
|---|------------|
| SEÇÃO V: DIREITOS FUNDAMENTAIS | 401 |
| O DIREITO À ÁGUA NAS CONSTITUIÇÕES DA AMÉRICA DO SUL: ELEMENTOS COMUNS E TRAÇOS DISTINTIVOS..... | 403 |
| Thiago Rafael Burckhart e Milena Petters Melo | |
| DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA LATINA: AVANÇOS E DESAFIOS INERENTES À ATUAL CONJUNTURA POLÍTICA | 420 |
| Paulo Renato Vitória e Gabriela Maia Rebouças | |
| O NOVO CONSTITUCIONALISMO NA AMÉRICA LATINA E CARIBE, E A CONSTRUÇÃO DO DIREITO À SAÚDE | 444 |
| Alethele de Oliveira Santos, Maria Célia Delduque e Moacyr Rey Filho | |
| A QUALIDADE DA EDUCAÇÃO PARA A EFETIVAÇÃO E CONSOLIDAÇÃO DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO NO EQUADOR E NA BOLÍVIA..... | 460 |
| Manuel Rodrigues de Sousa Junior e Luigi Bonizzato | |
| A DIVERSIDADE CULTURAL SEGUNDO O ENTENDIMENTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO TRANSFORMADOR..... | 476 |
| Bianor Saraiva Nogueira Júnior, Deicy Yurley Parra Flórez e Ulisses Arjan Cruz dos Santos | |
| UN APORTE A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LATINOAMÉRICA: LA ACTIVIDAD DEL OMBUDSMAN CRIOLLO EN TRIBUNALES DE JUSTICIA..... | 493 |
| Juan Pablo Díaz Fuenzalida | |
| SEÇÃO VI: POVOS INDÍGENAS | 512 |
| EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IDENTIDAD CULTURAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS: UN DERECHO-MATRIZ Y FILTRO HERMENÉUTICO PARA LAS CONSTITUCIONES DE AMÉRICA LATINA: LA JUSTIFICACIÓN | 514 |
| Juan Jorge Faundes | |
| POVOS INDÍGENAS E A (AUSÊNCIA DE) JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO BRASILEIRA: UMA ANÁLISE À LUZ DO CONSTITUCIONALISMO PLURALISTA LATINO-AMERICANO | 537 |
| Jamilly Izabela de Brito Silva e Sílvia Maria da Silveira Loureiro | |
| JURISDIÇÃO INDÍGENA E PLURALISMO JURÍDICO NA AMÉRICA LATINA: ESTUDO DE CASO SOBRE A JUSTIÇA WAIWAI | 558 |
| João Vitor Cardoso e Luiz Guilherme Arcaro Conci | |
| O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E OS POVOS INDÍGENAS: A VISÃO DO DIREITO A PARTIR DOS CALEIDOSCÓPIOS E DOS MONÓCULOS | 577 |
| Lucas Silva de Souza, Valéria Ribas do Nascimento e Isadora Forgiarini Balem | |

OUTROS ARTIGOS..... 600

**BUILDING TRUST IN COLLABORATIVE PROCESS OF VILLAGE FUND POLICY IMPLEMENTATION (A
CASE STUDY AT LUWUK DISTRICT OF BANGGAI REGENCY) 602**

Rahmawati halim

Constituição e pluralismo jurídico: a posição particular do Brasil no contexto latino-americano*

Constitutionalism and Legal Pluralism: Brazil's particular position in the Latin American context

Ana Paula Gonçalves Pereira de Barcellos**

Resumo

O objetivo deste trabalho é, a partir de uma metodologia indutiva, propor a hipótese de que o constitucionalismo brasileiro reforça uma concepção refratária ao pluralismo jurídico, ao contrário do que se observa em vários países latino-americanos. Nas últimas décadas, vários países latino-americanos incorporaram, em suas constituições, soluções por meio das quais existem e vigem em seus territórios normatividades oriundas de diferentes fontes, para além das normas editadas pelo Estado. Em sentido diverso, evidências a partir da jurisprudência brasileira — envolvendo cinco temas: relações com tratados internacionais, com a Corte Interamericana, com normas oriundas de Estados e Municípios, com normatividades indígenas e privadas em geral — sugerem que o Brasil tem uma posição particular nesse contexto. O Judiciário brasileiro parece combinar supremacia constitucional com o monismo jurídico de tal modo que uma concepção estadocêntrica continua sendo a lógica principal que orienta o funcionamento da ordem jurídica brasileira.

Palavras-chave: Pluralismo jurídico. Constitucionalismo latino-americano. Onismo jurídico. Supremacia constitucional. Estadocentrismo.

Abstract

The purpose of this paper is to put forward the hypothesis that Brazil does not share with Latin American Constitutionalism the legal pluralism trend. Legal pluralism involves the notion that different legal systems coexist in the same geographic area, besides the legal system ordained by the sovereign State which exerts authority over the area. In the last decades several Latin American countries adopted some form of legal pluralism in their Constitutions and have been experiencing them. Brazil, though, has a different history to tell in that respect. Brazilian Courts seem to combine the Constitution supremacy premise with a monistic conception of law resulting in a for the most part State-centric legal order.

Keywords: Legal pluralism. Latin American constitutionalism. State-centrism. Constitution Supremacy.

* Recebido em: 31/05/2019

Aprovado em: 16/08/2019

** Possui graduação em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (1999), mestrado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2001) doutorado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2004) e pós-doutorado pela Universidade de Harvard (2012/2013). Atualmente é Professora Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Tem experiência na área de Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: direito constitucional, princípios constitucionais, dignidade da pessoa humana, eficácia jurídica, direitos fundamentais, direitos sociais, democracia e políticas públicas. E-mail: abarcellos@bfbm.com.br.

1 Introdução: constitucionalismo latino-americano e a hipótese

A noção de pluralismo jurídico comunica a ideia geral de que existem e vigem em determinado espaço normatividades oriundas de diferentes fontes, para além das normas editadas pelo Estado (e particularmente pelo ente central dos Estados) que exerce soberania sobre aquele território. Nas últimas décadas, vários países latino-americanos incorporaram, em suas constituições e práticas jurídicas, soluções que adotam modelos de pluralismo jurídico. Em sentido diverso, uma série de evidências a partir da jurisprudência sugere que o Brasil tem uma posição particular nesse contexto. O Judiciário brasileiro parece combinar supremacia constitucional com o monismo jurídico de tal modo que uma concepção estadocêntrica continua sendo a lógica principal de organização e funcionamento da ordem jurídica brasileira.

A expressão pluralismo jurídico pode descrever diferentes fenômenos. Para fins didáticos, é possível agrupar alguns dos temas associados ao debate em quatro grandes grupos: (i) as relações entre as normas de origem estatal e as normas internacionais, incluindo, também, as relações com as decisões proferidas por Cortes internacionais; (ii) as relações entre as normas estatais editadas pelo ente central e aquelas editadas por órgãos ou entidades locais que gozam de algum nível de estatalidade, seja no âmbito de Federações (no caso brasileiro, Estados, Distrito Federal e Municípios), Estados Regionais ou Estados unitários descentralizados; (iii) as relações das normas estatais com normatividades vigentes em comunidades tradicionais existentes dentro do território, como é o caso dos povos indígenas¹; e (iv) as relações das normas estatais com normas editadas por organizações privadas nacionais² ou internacionais, como condomínios, associações de classe, sindicatos, organizações de desporto internacionais (FIFA, COI, etc.), dentre outras³.

Além desses quatro temas mais diretamente “jurídicos”, é importante registrar um quinto — em geral estudado por outros ramos do conhecimento e ignorado pelo Direito — que envolve as relações do Estado e de suas normas com as normatividades adotadas de fato no âmbito de áreas do território sobre as quais o Estado não tem efetivo controle e não é capaz de garantir a aplicação de suas normas. Não é incomum que o cumprimento dessas normatividades seja garantido por organizações criminosas e grupos paramilitares. O trabalho de Boaventura de Souza Santos sobre a realidade de favelas do Rio de Janeiro na década de 1960/70 é um marco do estudo do assunto⁴, que continua importante para o Brasil, para a América Latina e para outras partes do mundo⁵.

O tema do pluralismo jurídico é importante no contexto latino-americano. Ao longo das últimas décadas, diversos países da região incorporaram, em suas Constituições e práticas jurídicas, manifestações do pluralismo jurídico particularmente identificadas nos itens (i) e (iii) acima⁶. Em primeiro lugar, diversas

¹ SEGATO, Rita Laura. Que cada povo teça os fios de sua história: o pluralismo jurídico em diálogo didático com legisladores. *Direito.UNB*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 65-92, 2014. e CURI, Melissa Volpato. O direito consuetudinário dos povos indígenas e o pluralismo jurídico. *Espaço Ameríndio*. Porto Alegre, v. 6, n. 2, 2012, p. 230-247.

² LEAL, Jackson da Silva; FAGUNDES, Lucas Machado. Política judicial brasileira: da produção de cidadania à cooptação sistêmica. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 2, n. 1, 2012, p. 1-17.

³ WOLKMER, Antonio Carlos. Constitucionalismo e Pluralismo na trajetória do Direito Brasileiro. In: BALDI, César Augusto (coord.). *Aprender desde o sul: novas constitucionalidades, pluralismo jurídico e plurinacionalidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2015; DELLAGNEZZE, René. O pluralismo jurídico. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano 18, n. 138, 2015. Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16159. Acesso em: 10 maio 2019. e RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. *R. Fac. Dir. Univ.*, São Paulo, v. 106/107, p. 497 – 524, 2011/2012. Sob uma perspectiva diversa, mas examinando algumas questões centrais do pluralismo jurídico, com exemplos da realidade brasileira, v. NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. *Revista de Informação Legislativa*, ano 51, n. 201, 2014, p. 193-214.

⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. The law of the oppressed: the construction and reproduction of legality in Pasargada. *Law & Society Review*, v. 12, n. 1, 1977.

⁵ REYNTJENS, Filip. Legal pluralism and hybrid governance: bridging two research lines. *Development and Change*, v. 47, n. 2, p. 347, 2015.

⁶ LEAL, Jackson da Silva. As práticas de juridicidade alternativa na América Latina: entre o reformismo e o impulso desestruturador a partir de Stanley Cohen. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n.1, 2018, p. 648-666.

Constituições passaram a atribuir aos tratados internacionais de direitos humanos adotados pelos países *status* de norma constitucional, e, em alguns casos, até superior à Constituição nacional (são exemplos desse fenômeno as Constituições de Honduras, Guatemala, Venezuela e Argentina)⁷.

Em segundo lugar, as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos podem ser descritas como elementos normativos relevantes para a realidade interna de diversos países latino-americanos, repercutindo as decisões do Poder Executivo e também sobre a interpretação do Direito pelo Judiciário local⁸. As discussões em torno, por exemplo, da vinculação dos Tribunais locais aos entendimentos da Corte Interamericana, inclusive no que diz respeito ao controle de convencionalidade no âmbito das jurisdições internas são temas amplamente discutidos no contexto do debate jurídico latino-americano⁹.

Em terceiro lugar, várias Constituições introduziram previsões reconhecendo/atribuindo algum nível de validade e eficácia a normas oriundas das práticas de grupos tradicionais — povos indígenas, por exemplo — existentes dentro de seus territórios. É o caso das Constituições da Colômbia, Bolívia, Equador, Paraguai, Peru e Venezuela, embora, desse grupo, em geral, destaca-se que as constituições da Bolívia e do Equador são aquelas que atribuíram maior nível de reconhecimento e autonomia às normatividades dos povos indígenas, em uma clara opção pelo multiculturalismo¹⁰.

Esse conjunto de fenômenos tem justificado uma percepção teórica de que haveria um novo constitucionalismo latino-americano em desenvolvimento, do qual o pluralismo jurídico seria um elemento distintivo¹¹.

A pergunta que se pode fazer nesse ponto é simples: e o que dizer do Brasil? Estaria o Brasil inserido nessa tendência observada em vários outros países latino-americanos? A hipótese que esse artigo pretende sugerir é a de que do ponto de vista da interpretação e aplicação do Direito levada a cabo pelo Poder Judiciário, a resposta a essa pergunta é predominantemente negativa. Como referido acima, a concepção que parece ser predominante na jurisdição brasileira acerca do tema do pluralismo jurídico consagra o estadocentrismo e o monismo jurídico, concepção essa que é em boa medida construída em torno da ideia de supremacia constitucional.

Os indícios que se pretende apresentar para essa sugestão envolvem os seguintes temas: (i) relações com tratados internacionais; (ii) relações com as decisões da Corte Interamericana; (iii) relações com normas oriundas de Estados e Municípios; (iv) relações com normatividades indígenas; e (v) relações com normatividades privadas.

Cabe fazer ainda três breves notas metodológicas. Em primeiro lugar, é certo que as distinções entre o sistema jurídico brasileiro e de outros países latino-americanos não decorrem, apenas, das opções constitucionais realizadas nas últimas décadas pelos países e/ou das concepções predominantes entre os membros atuais de seus Judiciários. As diferenças entre o Brasil e o restante da América Latina, em múltiplas dimensões e inclusive no âmbito jurídico, são mais profundas e remontam aos diferentes colonialismos e variados percursos e experiências que esses grupos humanos protagonizaram e vivenciaram.

⁷ HENDERSEN, Humberto. Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine. *Revista IIDH*, v. 39, 2004, p. 71-99.

⁸ Para alguns trabalhos examinando essas relações, confira-se VON BOGDANDY, Armin; LANDA ARROYO, César; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (ed.). *¿Integración suramericana a través del derecho?: un análisis interdisciplinario y multifocal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

⁹ V., por muitos, BAZÁN, Victor. Vinculatoriedad de los estándares interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los órdenes internos, control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 20, Bogotá, p. 385-429, 2014. e Ibáñez Rivas, Juana Mariá. *Control de convencionalidad*. Colección Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: miradas complementarias desde la academia. México: UNAM, 2017.

¹⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e Crítica do Constitucionalismo na América Latina. In: MORAES, Germana de Oliveira; GARCIA, Marcos Leite; UNNEBERG, Flávia Soares (org.). *Para além das fronteiras: o tratamento jurídico das Águas na UNASUL – Parte 1*. Itajaí: UNIVALI, 2012. p. 61-84.

¹¹ WOLKMER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. *Pensar*, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 371-408, 2011. e Uprimny, Rodrigo. The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges. *Texas Law Review*, v. 89, 2011, p. 1587-1609.

Em segundo lugar, a metodologia indutiva enfrenta, sempre, o desafio de examinar elementos suficientes e representativos que possam conduzir à conclusão de forma consistente. Os indícios apresentados neste artigo não são naturalmente exaustivos, mas se entende que eles são consistentes o suficiente para sugerir a hipótese de que se cogita aqui. Além disso, embora se sustente que o Brasil, e o Judiciário brasileiro em particular, tem uma posição bastante particular no contexto latino-americano no que diz respeito ao pluralismo jurídico, exceções podem ser observadas pontualmente, como se vai assinalar adiante.

Em terceiro lugar, a interpretação e aplicação do Direito levada a cabo pelo Judiciário — foco deste estudo — não representa toda a dinâmica da ordem jurídica nacional. Na realidade, o Judiciário, a despeito de sua capilaridade e dimensões, não é o responsável pela maior parte da interpretação e aplicação do Direito, mesmo sob a perspectiva estatal. Esse papel cabe à Administração Pública, no dia a dia de suas múltiplas atividades, e, nessa esfera, a concepção sobre as relações da ordem jurídica e o pluralismo pode ser muito diversa daquela adotada pelos Tribunais. Por exemplo, considerável parcela da atividade administrativa no Brasil hoje é desenvolvida no plano infralegal, com relativa margem de discricionariedade, por conta de delegações legislativas, e, em parceria direta com agências de outros países, com competências similares¹². Feitos esses registros, cabe apresentar os indícios da hipótese que se pretende propor neste artigo.

2 Evidências da posição particular brasileira

2.1 As relações com os tratados internacionais

Uma primeira dimensão do pluralismo jurídico, bastante tradicional, envolve as relações da ordem jurídica interna com os tratados internacionais ou, de forma mais ampla, com as normas produzidas por organizações internacionais. A regra básica na matéria consta do art. 49, I, da Constituição de 1988 que atribui ao Congresso Nacional a competência para “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;”. Além disso, a tradição constitucional brasileira demanda que o decreto legislativo, por meio do qual o Congresso internaliza um tratado, deve ainda ser promulgado por decreto do Presidente da República. Isto é: a vigência interna de normas de origem internacional depende desse processo de internalização.

Uma vez internalizados no sistema jurídico brasileiro, os tratados terão, como regra geral, o *status* de lei ordinária e submetem-se, do ponto de vista hierárquico, à supremacia constitucional. Na realidade, a Constituição é explícita acerca da possibilidade de o Judiciário brasileiro declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de tratados (art. 102, III, b). A Emenda Constitucional nº 45/04, como se sabe, trouxe alguma possibilidade de alteração no que diz respeito à hierarquia de tratados internalizados pelo país. Nos termos do parágrafo 3º, acrescentado ao art. 5º, tratados de direitos humanos internalizados mediante o procedimento previsto na Constituição para a aprovação de emendas serão “equivalentes às emendas constitucionais”.

Logo após a aprovação da EC nº 45/04, houve amplo debate doutrinário, sobretudo pelos autores especializados em Direito Internacional, acerca da hierarquia que se deveria reconhecer aos tratados de direitos humanos internalizados antes de edição da emenda, muitos sustentando que a eles se deveria, também, atribuir a hierarquia de emendas constitucionais (posição que muitos sustentavam antes mesmo da emenda)¹³.

¹² O Brasil integra, por exemplo, o International Coalition of Medicines Regulatory Authorities (ICMRA), do International Cooperation on Cosmetics Regulation (ICCR) e do Financial Action Task Force (FATF)

¹³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (ed.). *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. San José; Brasília: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996. e PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

Esse, porém, não foi o entendimento adotado pelo STF.

A Corte entendeu que apenas os tratados de direitos humanos aprovados de acordo com o novo procedimento poderiam ter o *status* de emenda constitucional; e àqueles internalizados anteriormente se deveria reconhecer uma supralegalidade, isto é, uma posição hierárquica superior à legislação ordinária, mas inferior à Constituição. Esse, portanto, é o entendimento hoje vigente no país: como regra, os tratados internalizados terão *status* de lei ordinária; tratados de direitos humanos internalizados gozarão de supralegalidade e os tratados de direitos humanos internalizados de acordo com o procedimento previsto no art. 5º, parágrafo 3º, da Constituição, serão equivalentes às emendas constitucionais.

As opções constitucionais já revelam uma concepção pela qual qualquer normatividade, para ser considerada vigente no Brasil, depende, necessariamente, da manifestação dos órgãos estatais (no caso, do Congresso e do Executivo federal), em um procedimento similar ao da elaboração legislativa interna, e passa a integrar um sistema hierarquizado que tem a Constituição em seu topo. Essa concepção estadocêntrica parece ser ainda mais radicalizada pela jurisprudência: dois exemplos ilustram o ponto.

A Constituição de 1988 prevê, em seu artigo 5º, LXVII, que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;”. Simultaneamente, o parágrafo 2º, do mesmo artigo 5º, da Constituição dispõe que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. O Pacto de San Jose de Costa Rica, internalizado pelo Brasil em 1992 — muito antes, portanto, da EC nº 45/04 —, proibiu de forma ampla a prisão civil por dívida, apenas admitindo a figura no caso de inadimplemento de pensão alimentícia.

Pareceria natural que normas legais anteriores disciplinando prisão civil por dívida seriam consideradas revogadas pelo Pacto de San Jose de Costa Rica, tendo em conta não só o parágrafo 2º, do artigo 5º, da Constituição, como também a regra geral de que, mesmo entre comandos de mesma hierarquia, norma posterior revoga anterior que com ela seja incompatível. Não foi, porém, o que aconteceu. Durante muitos anos, a jurisprudência brasileira não apenas manteve a prisão civil do depositário infiel, como também preservou a aplicação de leis nacionais que ampliavam o conceito de depositário infiel para abarcar outras situações como *e.g.*, a do alienante fiduciário, para o fim de fazer incidir hipóteses de prisão civil, afastando a incidência do Pacto de San Jose de Costa Rica.

Os argumentos que sustentavam essa posição passavam em geral pela supremacia da Constituição e a consequente vedação a que um tratado pudesse restringir a possibilidade de exceção ao direito de que trata o artigo 5º, LXVII, ou a competência atribuída ao Legislativo para tratar do tema, também atribuída pela Constituição. Apenas em 2009, o STF pacificou, definitivamente, a matéria com base na tese de que os tratados de direitos humanos gozam de supralegalidade e, portanto, o Pacto de San Jose gozaria de superioridade em face da legislação ordinária, invalidando as normas internas com ele incompatíveis¹⁴.

Um segundo exemplo envolveu o art. 178 da Constituição, que tem a seguinte redação: “A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.” A controvérsia, frequente na jurisprudência, dizia respeito à aplicação ou não das Convenções de Varsóvia e de Montreal acerca da indenização devida no caso de extravio de bagagens em transporte internacional. Apesar da previsão constitucional, a jurisprudência recorrentemente afastava a aplicação de tais convenções, e dos valores por ela previstos a título de indenização, para o fim de aplicar o Código de Defesa do Consumidor, que permitiria fixar, livremente, outros valores indenizatórios (em geral maiores do que os previstos nas Convenções). Em 2017, o STF manifestou-se sobre o ponto para definir que as Convenções internacionais

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal Federal. RE 466.343. Relator: Ministro Cezar Peluso, DJe 5.06.2009. São Paulo, 2009.

deveriam ser, afinal, aplicadas, e não o CDC, em razão do que dispõe o art. 178 da Constituição¹⁵.

Esses exemplos parecem sugerir que os Tribunais brasileiros tendem a apresentar certa resistência à aplicação das normas de origem internacional, mesmo devidamente internalizadas, sobretudo quando haja algum aparente conflito com normas de origem interna. Embora no caso do extravio de bagagem se possa imaginar que a “escolha” pelo CDC teria por motivação proporcionar indenizações maiores aos viajantes brasileiros, essa lógica não explica a manutenção, por anos, da prisão civil do alienante fiduciário, a despeito da previsão do Pacto de San Jose. A resistência ao pluralismo jurídico parece ser o elemento comum.

É certo, de outro lado, que, ao menos mais recentemente, o STF tem funcionado como um contraponto a essa tendência da jurisprudência, sobretudo quando haja um fundamento constitucional específico que autorize a intervenção, como nos dois exemplos referidos. De todo modo, a circunstância de questões aparentemente simples não terem sido pacificadas nas instâncias ordinárias, a ponto de exigirem a manifestação do STF, parece revelar a dificuldade dos órgãos jurisdicionais brasileiros na matéria.

2.2 Relações com decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Como já referido, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, e em particular a Corte Interamericana de Direitos Humanos, tem desempenhado um papel relevante no contexto latino-americano¹⁶. Embora o cumprimento de suas decisões enfrente sempre muitos desafios¹⁷, na maior parte dos países da região, as decisões da Corte são tidas como relevantes, política e juridicamente, inclusive pelo Judiciário local. No Brasil, de forma um tanto diversa, o traço marcante da relação do Judiciário com as decisões da Corte Interamericana parece ser de desconhecimento e/ou indiferença¹⁸, indiferença que, a rigor, parece ser mútua.

Em maio de 2010, o STF rejeitou arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF 153) que pretendia invalidar a lei da anistia e autorizar a perseguição penal contra agentes estatais por atos cometidos durante a ditadura militar. O mesmo tema encontrava-se, também, em discussão na Corte Interamericana que proferiu decisão em sentido oposto — isto é: no sentido da invalidade da referida lei brasileira — em novembro do mesmo ano.

A despeito da simultaneidade das discussões, não houve qualquer diálogo ou referência de uma Corte à outra na ocasião, e cada uma ignorou a outra inteiramente. Foram opostos embargos de declaração após a decisão na ADPF 153 que, até o momento da conclusão deste artigo, ainda não foram julgados, sendo certo que diversas manifestações foram apresentadas. É possível, portanto, que o STF ainda venha a se manifestar sobre a decisão da Corte Interamericana.

Um outro exemplo envolve condenações do Brasil no âmbito do Sistema Interamericano por conta de violações a direitos básicos dos presos. Em 2002 o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana a tomar providências de modo a garantir a vida e integridade física dos presos na unidade prisional de Urso Branco, em Rondônia. A decisão, ao que tudo indica, foi ignorada em boa medida por autoridades administrativas e judiciais. O descumprimento da decisão levou o Brasil a ser convocado em 2009 a comparecer perante a Corte Interamericana para apresentar explicações acerca da situação da prisão em tela.

Interessantemente, em 2016 o STF julgou procedente ADPF para o fim de aplicar ao sistema prisional

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal Federal. *RE 636.331*. Relator: Ministro Gilmar Mendes, DJe 13.11.2017. Rio de Janeiro, 2017.

¹⁶ GOLDMAN, Robert K. History and action: the Inter-American Human Rights System and the Role of the Inter-American Commission on Human Rights. *Human Rights Quarterly*, v. 31, 2009, p. 856-887.

¹⁷ HUNEEUS, Alexandra. Courts Resisting Courts: Lessons from the InterAmerican Court's Struggle to Enforce Human Rights. *Cornell International Law Journal*, v. 44, 2011, p. 493-533.

¹⁸ BERNARDES, Marcia Nina. Sistema Interamericano de Direitos Humanos como esfera pública transnacional: aspectos jurídicos e políticos da implementação de decisões internacionais. *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 8, n. 15, p. 135-156, 2011. e NEVES, Rafaela Teixeira Sena. Por que resistir? a resistência do STF ao diálogo judicial com a Corte IDH. *Revista Brasileira de Direito Internacional*. Brasília, v. 2, n. 1, 2016, p. 16-37.

brasileiro a categoria do “estado de coisas inconstitucional”. Em um acórdão de 210 páginas, porém, há apenas duas menções genéricas à Corte Interamericana, uma delas sendo no relatório¹⁹, sem qualquer discussão acerca das decisões proferidas por aquela Corte sobre o tema.

Não há dúvida de que a relação entre Cortes internas e internacionais envolve muitas outras complexidades para além da concepção eventualmente adotada pelas autoridades judiciais de um país acerca do pluralismo jurídico²⁰. No Brasil, porém, a resistência do próprio STF, de até mesmo examinar as decisões da Corte Interamericana — ainda que para afastar sua incidência ou aplicação, caso esse seja seu entendimento —, parece sugerir uma concepção que não atribui especial relevância a normatividades, no caso resultantes de decisão judicial, que não tenham origem em estruturas do próprio Estado brasileiro.

2.3 Relações com normas de Estados, Distrito Federal e Municípios

Uma outra dimensão do pluralismo jurídico examina o conforto maior ou menor que um sistema jurídico — e no caso deste estudo, que o Judiciário em particular — revela com a coexistência de normas produzidas não apenas pelo ente central, mas também por entes locais dentro do próprio Estado. Também aqui, e a despeito de adotar-se no Brasil uma federação desde 1891, parece correto afirmar que a conforto da jurisprudência em geral, e do STF em particular, com a pluralidade normativa, é bastante reduzida²¹.

De forma concreta, essa tendência unitarista se manifesta de múltiplas formas na jurisprudência, valendo destacar duas delas. Em primeiro lugar, por meio de uma interpretação ampliativa das competências legislativas privativas da União, que já recebeu considerável parcela de competências no particular do texto constitucional. Assim, diante de eventual dúvida sobre como classificar um determinado assunto — se como “direito civil e comercial” (matérias da competência legislativa privativa da União: art. 22, I) ou como “produção e consumo” (matéria inserida na competência concorrente da União, Estados e DF: art. 24, V) —, é muito mais provável que a dúvida seja resolvida em favor da competência legislativa privativa da União. Não é incomum, aliás, que o STF invoque a necessidade de tratamento uniforme e nacional — isto é: editado pela União — como fundamento para restringir normatividades locais declarando sua inconstitucionalidade²².

Um segundo mecanismo que conduz a uma visão menos plural do ordenamento jurídico, no que diz respeito às fontes normativas, é a imposição de normas a serem obrigatoriamente adotadas por Estados, Distrito Federal e Municípios, não expressamente previstas pela Constituição de 1988. O STF em geral identifica esse processo hermenêutico como a aplicação de um “Princípio da Simetria”. Com base nessa lógica, por exemplo, o STF declarou inconstitucional norma estadual que previa eleições para a escolha de diretores de escolas públicas estaduais, sob o fundamento de que a previsão impediria o Poder Executivo de nomear os diretores o que afetaria o modelo de separação de poderes contido na Constituição Federal e de observância obrigatória para todos os entes federados²³.

O tema da concentração de competências legislativas da União e de certa resistência às normatividades locais — desenhada pela Constituição e agravada pela jurisprudência do STF ao menos até aqui — é tradicional no Direito Constitucional brasileiro, e não há necessidade de aprofundar sua discussão. O ponto que

¹⁹ Esse o trecho que consta do relatório: “Cita intervenções da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a condenação do Brasil a tomar medidas que erradiquem “situações de risco e a proteção à vida e à integridade pessoal, psíquica e moral de pessoas privadas de liberdade em várias penitenciárias do país”.

²⁰ SILVA, Alice Rocha da; ECHEVERRIA, Andrea de Quadros Dantas. Tentativas de contenção do ativismo judicial da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v.5, Número Especial, 2015, p. 391-408.

²¹ Sobre o tema, vale conferir PIRES, Thiago Magalhães. *As competências legislativas na Constituição de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

²² RIBEIRO, Marcus Vinicius de Barros Magalhães. *Competências concorrentes sob a ótica do Supremo Tribunal Federal: fundamentos jurisprudências da Federação brasileira*, mimeo, 2019, Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2997*. Relator: Ministro Cezar Peluzo, DJe 11.03.2010.

se quer destacar aqui é que, para além de outras dimensões que a questão suscita, ela também fornece um indício acerca das concepções predominantes no Judiciário acerca do pluralismo jurídico.

2.4 Relações com normatividades de origem indígena

A Constituição brasileira de 1988 conferiu algum nível de proteção aos povos indígenas, mas em termos diversos, e bem mais limitados, do que outras Constituições na América Latina. O art. 216, por exemplo, considera integrantes do patrimônio cultural brasileiro, dentre outros elementos, os “modos de criar, fazer e viver” (inciso II) dos grupos formadores da sociedade brasileira. O art. 231 afirma que “são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”; todas as normas remanescentes do artigo lidam com o tema da terra: ocupação, demarcação e exploração dela e de recursos nela contidos. O Brasil internalizou também, em 2004, a Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais.

Nesse sentido, diversamente do que se passou em outros lugares na América Latina, a Constituição brasileira não atribuiu expressamente aos povos indígenas autonomia ou reconhecimento de suas normatividades próprias. As expressões “modos de criar, fazer e viver” e “organização social” poderiam, eventualmente, ser compreendidos nesse sentido, mas esse não parece ser o entendimento do STF.

Com efeito, no rumoroso julgamento envolvendo a demarcação da reserva Raposa Serra do Sol, é possível ter uma percepção de que a compreensão da Corte é no sentido de que a Constituição não atribuiu qualquer validade ou eficácia a normatividades de origem indígena, devendo prevalecer em qualquer caso as normas de origem estatal, com clara predominância — liderança é o termo utilizado no acórdão — das iniciativas da União. Confira-se:

5. AS TERRAS INDÍGENAS COMO PARTE ESSENCIAL DO TERRITÓRIO BRASILEIRO. 5.1. As “terras indígenas” versadas pela Constituição Federal de 1988 fazem parte de um território estatal-brasileiro sobre o qual incide, com exclusividade, o Direito nacional. E como tudo o mais que faz parte do domínio de qualquer das pessoas federadas brasileiras, são terras que se submetem unicamente ao primeiro dos princípios regentes das relações internacionais da República Federativa do Brasil: a soberania ou “independência nacional” (inciso I do art. 1º da CF). 5.2. Todas as “terras indígenas” são um bem público federal (inciso XI do art. 20 da CF), o que não significa dizer que o ato em si da demarcação extinga ou amesquinhe qualquer unidade federada. Primeiro, porque as unidades federadas pós-Constituição de 1988 já nascem com seu território jungido ao regime constitucional de preexistência dos direitos originários dos índios sobre as terras por eles “tradicionalmente ocupadas”. Segundo, porque a titularidade de bens não se confunde com o senhorio de um território político. Nenhuma terra indígena se eleva ao patamar de território político, assim como nenhuma etnia ou comunidade indígena se constitui em unidade federada. Cuida-se, cada etnia indígena, de realidade sociocultural, e não de natureza político-territorial.

6. NECESSÁRIA LIDERANÇA INSTITUCIONAL DA UNIÃO, SEMPRE QUE OS ESTADOS E MUNICÍPIOS ATUAREM NO PRÓPRIO INTERIOR DAS TERRAS JÁ DEMARCADAS COMO DE AFETAÇÃO INDÍGENA. A vontade objetiva da Constituição obriga a efetiva presença de todas as pessoas federadas em terras indígenas, desde que em sintonia com o modelo de ocupação por ela concebido, que é de centralidade da União. Modelo de ocupação que tanto preserva a identidade de cada etnia quanto sua abertura para um relacionamento de mútuo proveito com outras etnias indígenas e grupamentos de não índios. A atuação complementar de Estados e Municípios em terras já demarcadas como indígenas há de se fazer, contudo, em regime de concerto com a União e sob a liderança desta. Papel de centralidade institucional desempenhado pela União, que não pode deixar de ser imediatamente coadjuvado pelos próprios índios, suas comunidades e organizações, além da protagonização de tutela e fiscalização do Ministério Público (inciso V do art. 129 e art. 232, ambos da CF).

7. AS TERRAS INDÍGENAS COMO CATEGORIA JURÍDICA DISTINTA DE TERRITÓRIOS INDÍGENAS. O DESABONO CONSTITUCIONAL AOS VOCÁBULOS “POVO”, “PAÍS”, “TERRITÓRIO”, “PÁTRIA” OU “NAÇÃO” INDÍGENA. Somente o “território” enquanto

categoria jurídico-política é que se põe como o preciso âmbito espacial de incidência de uma dada Ordem Jurídica soberana, ou autônoma. O substantivo “terras” é termo que assume compostura nitidamente sociocultural, e não política. A Constituição teve o cuidado de não falar em territórios indígenas, mas, tão-só, em “terras indígenas”. A traduzir que os “grupos”, “organizações”, “populações” ou “comunidades” indígenas não constituem pessoa federada. Não formam circunscrição ou instância espacial que se orne de dimensão política. Daí não se reconhecer a qualquer das organizações sociais indígenas, ao conjunto delas, ou à sua base peculiarmente antropológica a dimensão de instância transnacional. Pelo que nenhuma das comunidades indígenas brasileiras detém estatura normativa para comparecer perante a Ordem Jurídica Internacional como “Nação”, “País”, “Pátria”, “território nacional” ou “povo” independente. Sendo de fácil percepção que todas as vezes em que a Constituição de 1988 tratou de “nacionalidade” e dos demais vocábulos aspeados (País, Pátria, território nacional e povo) foi para se referir ao Brasil por inteiro.²⁴

A distinção que se observa, de um lado, entre o entendimento registrado acima pelo STF acerca das opções formuladas pelo sistema constitucional brasileiro e, de outro, as experiências multiculturais de outros países latino-americanos é bastante claro, de modo que não parece possível incluir o Brasil no novo constitucionalismo latino-americano sem maiores considerações. Ao contrário, o Brasil parece ocupar, de fato, uma posição particular nos debates latino-americanos em torno do pluralismo jurídico.

Isso não significa, porém, que não haja exceções pontuais. Em ao menos dois casos, oriundos do Estado de Roraima, envolvendo processos penais contra pessoas indígenas — um por homicídio²⁵ e outro por furto²⁶ —, deixou-se de aplicar sanção por conta da circunstância de que os indivíduos já haviam sido punidos pelos ilícitos no âmbito de suas comunidades e a punição estatal produziria vedado *bis in idem*. Esses interessantes exemplos revelam algum nível de reconhecimento à normatividade indígena, cujo resultado foi inclusive a limitação da incidência da norma estatal²⁷. A proximidade física desses órgãos judiciários com as comunidades indígenas e com a dinâmica de suas relações, internas e com o restante da sociedade, bem como o fato de se tratar de processos penais, talvez sejam as principais explicações para esse entendimento diverso.

2.5 Relações com normatividades privadas

Uma última dimensão do pluralismo jurídico que se pretende examinar neste artigo envolve as relações do Judiciário com normas de origem privada e qual o grau de deferência e reconhecimento que as decisões judiciais dedicam, ou não, à autonomia privada na criação de normatividades. Embora diferentes normas privadas — como convenções coletivas firmadas por sindicatos e convenções de condomínio — possam ter características muito diversas, atraindo previsões normativas estatais também diferentes, a conclusão que se pode apurar sugere uma mesma tendência. O nível de reconhecimento da autonomia privada é, em geral, limitado, sobretudo quando haja algum parâmetro normativo estatal relevante. E, muitas vezes, princípios constitucionais gerais são utilizados como parâmetros para limitar essa autonomia.

A Constituição de 1988 previu como um direito trabalhista o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho (art. 7º, XXVI), inclusive em temas como salário e jornada (art. 7º, IV e XIII). A Convenção da OIT 154, internalizada pelo país em 1994, impõe ao Estado o dever de estimular e ampliar o escopo da negociação coletiva²⁸. Nada obstante tais previsões, o tradicional entendimento da Justiça do

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pet 3388*. Relator: Ministro Carlos Brito, DJe 25.09.2009 e republicado em 30.06.2010. Brasília, 2009.

²⁵ RORAIMA. Tribunal de Justiça do Estado de Roraima. *Processo nº 0090.10.000302-0/RR*. Boa Vista, 2016.

²⁶ RORAIMA. Tribunal de Justiça do Estado de Roraima. *Processo nº 0005735-10.2010.4.01.4200/RR*. Boa Vista, 2014.

²⁷ Sobre o tema, v. RODRIGUES, Amanda; THEMUDO, Thiago. Sociedades primitivas e direito contemporâneo: de que forma a justiça tribal pode nos ajudar a repensar a nossa justiça. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 5, n. 1, 2015, p. 302-316.

²⁸ O diploma, promulgado no Brasil pelo Decreto nº 1.256/1994, impõe ao Estado o dever de estimular a negociação coletiva. Seu art. 5º, nº 2, b, c/c o art. 2º, a, b, e c, exige que ela “seja progressivamente estendida” à fixação das “condições de trabalho e emprego”, às “relações entre empregadores e trabalhadores”, e às “relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou

Trabalho era no sentido da invalidade de qualquer pactuação coletiva que, de alguma forma, limitasse direitos ou garantias previstos em lei: acordos e convenções coletivas apenas poderiam ampliar direitos. Muitos fundamentos eram utilizados, dentre os quais cláusulas constitucionais como a da melhoria das condições sociais dos trabalhadores (art. 7º).

Esse quadro sofreu alteração em 2015, quando o STF decidiu, em sentido diverso, estabelecendo que, como regra geral, a convenção e acordo coletivo prevalecem sobre o que disponha a lei, ainda que para restringir direitos, ressalvado o respeito a direitos de indisponibilidade absoluta. O fundamento para esse reconhecimento foi o conjunto de opções normativas estatais nesse sentido: o art. 7º, XXVI da Constituição e as Convenções internalizadas pelo país²⁹. Em 2017, a Lei n. 13.467/17 alterou a CLT para prever, de forma expressa, que a convenção e o acordo coletivos prevalecem sobre a legislação estatal (art. 611-A) e para prever uma lista de temas que não poderiam ser objeto de negociação coletiva (art. 611-B).

A questão, porém, continua envolta em certa controvérsia no âmbito da Justiça do Trabalho, sobretudo quando o acordo ou convenção coletivos restrinjam direitos previstos em lei sem registrar, no próprio ajuste, qual seria a vantagem recebida em contrapartida³⁰. Independentemente de eventuais discussões sobre outras perspectivas, sob a ótica do pluralismo jurídico, a resistência do Judiciário trabalhista às normas coletivas revela uma premissa subjacente típica de concepções do monismo jurídico: a de que o Estado — seja por meio da lei ou da decisão judicial — sabe melhor o que convém aos trabalhadores do que a autonomia coletiva deles, por meio de seus sindicatos. O pluralismo jurídico parece ser indesejado e as normas estatais preferidas.

Um segundo exemplo envolve as chamadas convenções de condomínio e as normas por elas editadas. Nos termos do Código Civil (art. 1331 e ss.), os condôminos têm determinados direitos e deveres desde logo, que deverão ser respeitados, e a convenção de condomínio poderá prever outros “que os interessados houverem por bem estipular” (art. 1.334). O STJ, porém, decidiu que as convenções de condomínio não podem proibir, genericamente, a criação e guarda de animais nas unidades. O STJ também considerou inválida norma de convenção de condomínio que vedava morador em débito com taxas condominiais a utilizar área coletiva de lazer do complexo habitacional.

No primeiro caso, o fundamento principal do STJ foi a suposta irrazoabilidade da restrição já que determinados animais não representariam risco, *verbis*: “se a convenção veda apenas a permanência de animais causadores de incômodos aos demais moradores, a norma condominial não apresenta, de plano, nenhuma ilegalidade. 5. Se a convenção proíbe a criação e a guarda de animais de quaisquer espécies, a restrição pode se revelar desarrazoada, haja vista determinados animais não apresentarem risco à incolumidade e à tranquilidade dos demais moradores e dos frequentadores ocasionais do condomínio.”³¹. No segundo exemplo, os argumentos do acórdão para a invalidade da norma de origem privada giram em torno de três eixos principais: a existência de meios de cobrança previstos na legislação, a violação ao direito de propriedade em sua função social, que incluiria o uso das áreas comuns, e a violação à dignidade humana, já que a proibição teria o propósito de expor, ostensivamente, a situação de inadimplência dos devedores³². Também aqui, como se vê, argumentos que reconduzem a previsões constitucionais foram usados para limitar a autonomia coletiva.

várias organizações de trabalhadores”.

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal Federal. *RE 590.415*. Relator: Min. Roberto Barroso, DJe 29.05.2015. Brasília, 2015: “No âmbito do direito coletivo do trabalho não se verifica a mesma situação de assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. Como consequência, a autonomia coletiva da vontade não se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual. 4. A Constituição de 1988, em seu artigo 7º, XXVI, prestigiou a autonomia coletiva da vontade e a autocomposição dos conflitos trabalhistas, acompanhando a tendência mundial ao crescente reconhecimento dos mecanismos de negociação coletiva, retratada na Convenção n. 98/1949 e na Convenção n. 154/1981 da Organização Internacional do Trabalho. O reconhecimento dos acordos e convenções coletivas permite que os trabalhadores contribuam para a formulação das normas que regerão a sua própria vida.”.

³⁰ TST mantém invalidade de cláusula de acordo coletivo sobre horas de deslocamento. Disponível em: http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/tst-mantem-invalidade-de-clausula-de-acordo-coletivo-sobre-horas-de-deslocamento. Acesso em: 31 maio 2019.

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1783076 – DF*. Relator: Min. Ricardo Cueva, DJe 24.05.2019. Brasília, 2019.

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.564.030 – MG*, Rel. Min. Marco Belizze, DJe 19.08.2016.

Não é o caso de discutir aqui os diversos argumentos jurídicos manejados nos dois casos decididos pelo STJ. Destaca-se que o escrutínio bastante rígido utilizado pelo Judiciário para avaliar a validade de normas de origem privada parece refletir certo desconforto com normatividades de outras fontes que não as estatais ou que não adotem os padrões e soluções que seriam exigidos das normas estatais.

3 Considerações finais

Nas últimas décadas, vários países latino-americanos, dentre os quais o Brasil, promulgaram novas Constituições e algumas características comuns desses documentos têm justificado a identificação de um chamado novo constitucionalismo latino-americano. Uma dessas características comuns é, de forma destacada, a incorporação de soluções comprometidas com o pluralismo jurídico. O ponto é particularmente marcante no que diz respeito às relações com as normas de origem internacional sobre direitos humanos e com as populações indígenas e suas normatividades. Nesse último aspecto, alguns países têm adotado, inclusive, fórmulas multiculturais, reconhecendo validade e eficácia às normatividades dos povos indígenas que convivem no mesmo território sobre o qual o Estado exerce soberania.

O que esse artigo procurou indicar é que o Brasil se posiciona de forma particular e diversa nesse ambiente. Ao menos do ponto de vista da atuação do Judiciário, o pluralismo jurídico é frequentemente alvo de resistência no país, sendo preferidas as soluções que privilegiem a adoção de normas editadas pelo Estado e, em especial, pelo ente central da Federação brasileira. Os povos indígenas receberam proteções específicas pela Constituição brasileira de 1988, mas não autonomia ou reconhecimento de suas dinâmicas jurídicas. Mesmo as normas privadas editadas com fundamento em expressa autorização estatal sofrem, como regra, um escrutínio rigoroso por parte do Judiciário. O Judiciário brasileiro parece combinar supremacia constitucional com o monismo jurídico de tal modo que uma concepção estadocêntrica continua sendo a lógica principal que orienta o funcionamento da ordem jurídica brasileira.

Referências

- BAZÁN, Victor. Vinculatoriedad de los estándares interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los órdenes internos, control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 20, Bogotá, p. 385-429, 2014.
- BERNARDES, Marcia Nina. Sistema Interamericano de Derechos Humanos como esfera pública transnacional: aspectos jurídicos e políticos da implementação de decisões internacionais. *SUR - Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 8, n. 15, p. 135-156, 2011.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.564.030 – MG*, Rel. Min. Marco Belizze, DJe 19.08.2016.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1783076 – DF*. Relator: Min. Ricardo Cueva, DJe 24.05.2019. Brasília, 2019.
- BRASIL. Superior Tribunal Federal. *RE 466.343.*, Relator: Ministro Cezar Peluso, DJe 5.06.2009. Brasília, 2009.
- BRASIL. Superior Tribunal Federal. *RE 590.415*. Relator: Min. Roberto Barroso, DJe 29.05.2015. Brasília, 2015.
- BRASIL. Superior Tribunal Federal. *RE 636.331*. Relator: Ministro Gilmar Mendes, DJe 13.11.2017. Brasília, 2017.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2997*. Relator: Ministro Cezar Peluzo, DJe 11.03.2010. Brasília, 2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pet 3388*. Relator: Ministro Carlos Brito, DJe 25.09.2009 e republicado em 30.06.2010. Brasília, 2009.
- CURI, Melissa Volpato. O direito consuetudinário dos povos indígenas e o pluralismo jurídico. *Espaço Ameríndio*. Porto Alegre, v. 6, n. 2, p. 230-247, 2012.
- DELLAGNEZZE, René. O pluralismo jurídico. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano 18, n. 138, 2015. Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16159. Acesso em: 10 maio 2019.
- GOLDMAN, Robert K. History and action: the Inter-American Human Rights System and the Role of the Inter-American Commission on Human Rights. *Human Rights Quarterly*, v. 31, p. 856-887, 2009.
- HENDERSEN, Humberto. Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine. *Revista IIDH*, v. 39, p. 71-99, 2004.
- HUNEEUS, Alexandra. Courts Resisting Courts: Lessons from the InterAmerican Court's Struggle to Enforce Human Rights. *Cornell International Law Journal*, v. 44, p. 493-533, 2011.
- Ibáñez Rivas, Juana Mariá. *Control de convencionalidad*. Colección Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: miradas complementarias desde la academia. México: UNAM, 2017.
- LEAL, Jackson da Silva. As práticas de juridicidade alternativa na América Latina: entre o reformismo e o impulso desestruturador a partir de Stanley Cohen. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n.1, p. 648-666, 2018.
- LEAL, Jackson da Silva; FAGUNDES, Lucas Machado. Política judicial brasileira: da produção de cidadania à cooptação sistêmica. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 2, n. 1, p. 1-17, 2012.
- NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. *Revista de Informação Legislativa*, ano 51, n. 201, p. 193-214, 2014.
- NEVES, Rafaela Teixeira Sena. Por que resistir? a resistência do STF ao diálogo judicial com a Corte IDH. *Revista Brasileira de Direito Internacional*. Brasília, v. 2, n. 1, p. 16-37, 2016.
- PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- PIRES, Thiago Magalhães. *As competências legislativas na Constituição de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. *R. Fac. Dir. Univ*, São Paulo, v. 106/107, p. 497 – 524, 2011/2012.
- REYNTJENS, Filip. Legal pluralism and hybrid governance: bridging two research lines. *Development and Change*, v. 47, n. 2, p. 347, 2015.
- RIBEIRO, Marcus Vinicius de Barros Magalhães. *Competências concorrentes sob a ótica do Supremo Tribunal Federal: fundamentos jurisprudências da Federação brasileira*, mimeo, 2019, Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.
- RODRIGUES, Amanda; THEMUDO, Thiago. Sociedades primitivas e direito contemporâneo: de que forma a justiça tribal pode nos ajudar a repensar a nossa justiça. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 5, n. 1, p. 302-316, 2015.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. The law of the oppressed: the construction and reproduction of legality in Pasargada. *Law & Society Review*, v. 12, n. 1, 1977.

SEGATO, Rita Laura. Que cada povo teça os fios de sua história: o pluralismo jurídico em diálogo didático com legisladores. *Direito.UNB*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 65-92, 2014.

SILVA, Alice Rocha da; ECHEVERRIA, Andrea de Quadros Dantas. Tentativas de contenção do ativismo judicial da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v.5, Número Especial, p. 391-408, 2015.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (ed.). *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. San José; Brasília: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996.

TST mantém invalidade de cláusula de acordo coletivo sobre horas de deslocamento. Disponível em: http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/tst-mantem-invalidade-de-clausula-de-acordo-coletivo-sobre-horas-de-deslocamento. Acesso em: 31 maio 2019.

Uprimny, Rodrigo. The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges. *Texas Law Review*, v. 89, p. 1587-1609, 2011.

VON BOGDANDY, Armin; LANDA ARROYO, César; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (ed.). *¿Integración suramericana a través del derecho?: un análisis interdisciplinario y multifocal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

WOLKMER, Antonio Carlos. Constitucionalismo e Pluralismo na trajetória do Direito Brasileiro. In: BALDI, César Augusto (coord.). *Aprender desde o sul: novas constitucionalidades, pluralismo jurídico e plurinacionalidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e Crítica do Constitucionalismo na América Latina. In: MORAES, Germana de Oliveira; GARCIA, Marcos Leite; UNNEBERG, Flávia Soares (org.). *Para além das fronteiras: o tratamento jurídico das Águas na UNASUL – Parte 1*. Itajaí: UNIVALI, 2012.

WOLKMER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. *Pensar*, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 371-408, 2011.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.