

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ – PUCPR
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
DOUTORADO

ANA CAROLINA LOPES OLSEN

DEFERÊNCIA E PLURALISMO NO *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE*
LATINO-AMERICANO: DIÁLOGOS JUDICIAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS

CURITIBA

2020

ANA CAROLINA LOPES OLSEN

**DEFERÊNCIA E PLURALISMO NO *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE*
LATINO-AMERICANO: DIÁLOGOS JUDICIAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Área de Pesquisa Direito Socioambiental, Linha de Pesquisa Justiça, Democracia e Direitos Humanos, como requisito parcial à obtenção do título de Doutora em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Katya Kozicki

Coorientadora: Profa. Dra. Melina Girardi Fachin

CURITIBA

2020

FICHA CATALOGRÁFICA

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central
Edilene de Oliveira dos Santos CRB-9/1636

	Olsen, Ana Carolina Lopes
O52d	Deferência e pluralismo no <i>Ius Constitutionale Commune Latino-Americano</i> :
2020	diálogos judiciais sobre direitos humanos / Ana Carolina Lopes Olsen ; orientadora, Katya Kozicki ; coorientadora, Melina Girardi Fachin. -- 2020
	482 f. : il. ; 30 cm
	Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020.
	Bibliografia: f. 437-480
	1. Direitos humanos. 2. Diálogos. 3. Pluralismo jurídico. 4. Concórdia. 5. Respeito pelas pessoas. I. Kozicki, Katya. II. Fachin, Melina Girardi.
	III. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós- Graduação em Direito. IV. Título
	Doris. 4. ed. – 341.12.19

ANA CAROLINA LOPES OLSEN

**DEFERÊNCIA E PLURALISMO NO *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE*
LATINO-AMERICANO: DIÁLOGOS JUDICIAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Doutora em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Professora Doutora Katya Kozicki
Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR

Professora Doutora Melina Girardi Fachin
Universidade Federal do Paraná – UFPR

Professora Doutora Miriam Lorena Henríquez Viñas
Universidad Alberto Hurtado UAH – Chile

Professora Doutora Jânia Maria Lopes Saldanha
Universidade Federal de Santa Maria – UFSM

Professora Doutora Amélia do Carmo Sampaio Rossi
Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR

Professora Doutora Danielle Pamplona
Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR

Curitiba, 13 de março de 2020.

A Guilherme, Thomas e Max, por tudo.

AGRADECIMENTOS

Há quem entenda que a concepção de uma tese é um processo solitário em que autor e obra se fundem numa empreitada silenciosa e insular. Não necessariamente. Se a redação em si demanda um certo isolamento, o qual nos priva da convivência com aqueles que amamos, a gestão das ideias demanda diálogo. É na medida em que discutimos as hipóteses e digerimos as críticas que efetivamente avançamos. Em um saldo final dos quatro anos de doutorado, reconheço que, ainda que a concentração individual tenha produzido o texto, foram os relacionamentos e as conversas que realmente impulsionaram o resultado.

Muitas foram as pessoas que prestaram valorosas contribuições nesse processo e enumerá-las para prestar a devida homenagem sempre nos sujeita ao risco da omissão imperdoável. Por isso, inicialmente, gostaria de agradecer à Pontifícia Universidade Católica do Paraná pela oportunidade de realizar um curso de doutorado aberto ao mundo e focado nos desafios humanos, assim como a todos os professores, funcionários e colegas com quem convivi, pois todos aqueles com quem cruzamos de alguma forma transformam o nosso caminho.

Porém, existem pessoas imprescindíveis.

Agradeço inicialmente àquelas que foram essenciais desde a concepção original da tese, sua elaboração e múltiplas guinadas: minhas orientadoras. À professora Katya Kozicki, de quem tive o privilégio de ser aluna tanto na graduação como no mestrado em Direito na Universidade Federal do Paraná, por ter acolhido o desafio da minha orientação com a paixão de uma verdadeira cientista. Por ser exemplo inspirador de competência profissional e ética, por reconhecer a potencialidade de meus questionamentos e apontar criticamente os pontos que mereceriam maior cuidado. Agradeço igualmente à minha coorientadora Melina Girardi Fachin, brilhante em todas as suas detalhadas observações, por ter me guiado ao longo do percurso mediante um escrutínio cuidadoso e instigante. Do processo de orientação com ambas nasceu uma amizade sincera e afetuosa que levarei com carinho para toda a vida.

Necessário agradecer a quem me introduziu nas pesquisas do doutorado na Pontifícia Universidade Católica do Paraná, aceitando inicialmente ser minha orientadora: Flavia Piovesan. Os compromissos profissionais a afastaram da PUCPR, mas seu olhar atencioso às minhas primeiras consultas e sua dedicação aos direitos humanos me contaminaram de forma indelével.

Manifesto também minha gratidão às professoras Estefânia Maria de Queiroz Barboza e Danielle Anne Pamplona, que estiveram presentes na banca de defesa do projeto e contribuíram imensamente apontando-me caminhos valiosos.

Agradeço ao Instituto Max Planck de Direito Internacional Público e Direito Comparado por generosamente me conceder uma bolsa de estudos para desenvolver minha pesquisa. Nele, pude conviver com pessoas cuja seriedade científica e compromisso com a humanidade me marcaram profundamente. Agradeço especialmente a Armin von Bogdandy, com quem tive a honra de trocar ideias que repercutiram diretamente nos caminhos percorridos pela tese, e a Mariela Morales Antoniazzi, por sua energia contagiante e sua conversa franca e atenta a respeito do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina (ICCAL). Meus agradecimentos também a Laura Clérico e Rodolfo Arango, pelas críticas e incentivos à pesquisa, a Pedro Villarreal, Ximena Soley e Juan Camilo Herrera, pelas conversas produtivas sobre o ICCAL e os desafios dos direitos humanos na América Latina.

Além de conhecimento, o Instituto Max Planck em Heidelberg me presenteou com a amizade valorosa de um grupo de pesquisadores notáveis com quem lá convivi. Agradeço profundamente a Juan Jorge Faúndes Peñafiel, Patrícia Perrone Campos de Mello, Danielle Anne Pamplona e Pedro Affonso Duarte Hartung pelas conversas sobre a pesquisa e a vida.

Agradeço a Manuel José Cepeda Espinosa, com quem tive o privilégio de conversar, por ampliar meus horizontes acadêmicos para o constitucionalismo latino-americano e me apresentar ao constitucionalismo transformador. Também a Jorge Ernesto Roa Roa pelo diálogo franco e enriquecedor e pela gentileza com que comparte seus conhecimentos.

Meus agradecimentos também ao Centro Universitário Católica de Santa Catarina, especialmente na pessoa do coordenador do curso de Direito até 2019, Maikon Glasenapp, que viabilizou minha pesquisa na Alemanha flexibilizando os horários de aula. Igualmente ao atual coordenador Daniel de Mello Massimino, cuja compreensão com minhas ausências foi determinante na etapa final.

Agradeço a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES pelo imprescindível apoio financeiro a esta pesquisa mediante concessão de bolsa-taxa.

Aos amigos queridos que fiz no doutorado e que sempre ofereceram uma palavra de alívio, um lembrete ou uma dica por meio do indefectível grupo de Whatsapp. Dentre eles, impossível não ressaltar as amigas preciosas de Bianca Schneider Van Der Brooke, Maria Helena Fonseca Faller e Camila Salgueiro da Purificação Marques, a quem agradeço pelos conselhos e pela companhia tanto nos momentos de euforia quanto nos de tensão.

Ao amigo Eliezer José Bonan Junior, um agradecimento especial pela amizade sincera e pelo trabalho abnegado, minucioso e irretocável de revisão da redação e metodologia. Os acertos são dele, os erros, todos meus.

À minha amiga Anna Luisa Walter de Santana, pesquisadora de excelência que a mim se irmanou nessa jornada, pela palavra apaziguadora em tantos momentos, pelo abraço caloroso que afastou temores e agigantou conquistas, pela parceria para uma vida inteira. À minha amiga Flávia Balduino Brazzale, pelo carinho incondicional, o incentivo fortalecedor, o ombro amigo e o exemplo inspirador de profissional.

Aos meus pais, Glória Lopes Olsen e Edson Gil Olsen, pelo exemplo ético de pessoas sempre atentas ao seu tempo, ao seu entorno, bem como pelo incentivo à pesquisa. Especialmente à minha mãe agradeço o apoio logístico de valor inestimável, estando presente para meus filhos quando eu não pude estar.

À minha sogra Lígia Maria Ribeiro Kirtschig, pelo carinho com que me recebeu em Curitiba, por tantas noites durante o curso das disciplinas, bem como pela sua presença afetuosa e dedicada na vida de nossa família.

Aos meus queridos filhos, Thomas e Max, pela compreensão com tantos momentos de ausência para a dedicação aos estudos, pelo amor incomensurável que em mim despertam, e por personificarem a razão que me mobiliza incansavelmente a ser uma pessoa melhor.

Ao meu companheiro de vida, Guilherme Kirtschig, por estar incondicionalmente ao meu lado em todo o percurso, pela compreensão e fé exagerada em minha capacidade, por ser um interlocutor ideal em todas as discussões científicas. Por ser aquele com quem posso repartir os desafios e os sucessos sempre.

"Somos mucho más fuertes cuando nos tendemos la mano y no cuando nos atacamos, cuando celebramos nuestra diversidad [...] y juntos derribamos los poderosos muros de la injusticia."

(Cynthia McKinney).

RESUMO

A interação entre as jurisdições latino-americanas e o intercâmbio normativo entre as constituições abertas ao plano internacional têm propiciado a formação de um *Ius Constitutionale Commune* na América Latina (ICCAL), pautado pelos vetores materiais direitos humanos, democracia e Estado de Direito, e comprometido com a promoção de igualdade e inclusão social. O pluralismo jurídico decorrente desse fenômeno demanda harmonização em torno de *standards* comuns, definidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos com o objetivo de transformar estruturas nacionais violadoras de direitos humanos. Contudo, pouco espaço tem restado à preservação da diversidade e das identidades culturais nos Estados, o que pode pôr em risco o pluralismo inerente à democracia, comprometer a legitimidade do sistema por meio de uma uniformização autoritária e prejudicar a cooperação doméstica essencial para a efetividade das decisões interamericanas. Dessa forma, a tese defende uma doutrina de deferência compatível com os desafios enfrentados pelo ICCAL, dirigida a um ambiente dialógico cooperativo entre as jurisdições. Em consideração às exigências do *corpus iuris* interamericano, propõe critérios capazes de orientar uma atuação deferente da Corte IDH, em atenção ao papel transformador que tem gerado conquistas importantes na proteção dos direitos humanos. Mediante pesquisa bibliográfica em doutrina, tratados internacionais e regionais e casos julgados pela Corte IDH, o estudo empregou de forma combinada os métodos dedutivo, comparativo, dialético e indutivo, a depender do foco e objeto sob análise. Observou-se que a harmonização do ICCAL se funda num sentido cooperativo do princípio da subsidiariedade, em que coexistem supervisão e controle de um lado e deferência de outro, orientados à proteção dos direitos humanos como fim comum aos interlocutores do sistema. Nele, os diálogos judiciais devem ser uma via de mão dupla, em que cortes nacionais consideram a jurisprudência interamericana e a Corte Interamericana colhe as boas práticas da jurisprudência doméstica. A deferência da Corte IDH a medidas estatais pode se dirigir tanto a sentidos mais restritivos de direitos humanos como à elaboração de medidas de reparação integral, desde que observem requisitos convencionais como legitimidade democrática formal e material da lei instituidora, proteção de fins compatíveis com a Convenção Americana e proporcionalidade. O espaço de manobra e autonomia dos Estados é valorizado pela Corte IDH nos silêncios deixados pelas normas convencionais, preservando-se o pluralismo e a diversidade. Na dinâmica entre controle e deferência contribuem os diálogos judiciais na difusão da diversidade e na legitimação da necessária supervisão jurisdicional interamericana.

Palavras-chave: *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano. Direitos Humanos. Constitucionalismo Transformador. Harmonização. Diálogos Judiciais. Deferência.

ABSTRACT

The interaction between jurisdictions and the legal interchange provided by the openness of Inter-American System Member-States' constitutions to the American Convention on Human Rights have favored the shaping of an *Ius Constitutionale Commune* in Latin-America (ICCLA), guided by human rights protection, democracy and rule of law, and compromised with promoting equality and social inclusion. The legal pluralism inherent to this phenomenon demands harmonization around common *standards*, which are elaborated by the Inter-American Court of Human Rights in order to transform national structures responsible for human rights violations. However, little space has been left for diversity and cultural identities in the states, a practice which may endanger democracy's inherent pluralism, compromise the system's legitimacy due to an authoritarian uniformity, and damage the fundamental domestic cooperation to the Inter-American decisions effectiveness. Therefore, this thesis defends a doctrine of deference that suits the challenges faced by ICCAL and remains focused on a dialogical and cooperative relationship among jurisdictions. Considering the Inter-American *corpus iuris* demands, it proposes some criteria which may guide a deferent course of action by the Inter-American Court, and simultaneously be coherent with the transformative role and its major achievements in human rights protection. Through bibliographical research on doctrine, legal documents and Inter-American Court's jurisprudence, this study employed the deductive, comparative, dialectical and inductive methods in a combined way, according to the focus and objective pursued. It concluded ICCAL's harmonization is grounded on a cooperative sense of the principle of subsidiarity, in which supranational supervision and control on the one hand, and deference on the other coexist in a one goal oriented mission: human rights protection. According to such dynamics, judicial dialogue should be a two-way road, in which national courts take Inter-American jurisprudence into consideration, and the Court harvests the good practices of domestic decisions. Supranational deference to domestic practices may be addressed to human rights restrictions and reparation measures, as long as they observe conventional requirements such as formal and substantial democratic legitimacy, remedies oriented towards full reparation, and proportionality. In the gaps left by the American Convention, the Court values a space for states maneuver and autonomy, and in doing so it preserves pluralism and diversity. In the dynamics between control and deference, judicial dialogue plays a role in diversity diffusion and legitimacy of the necessary Inter-American jurisdictional supervision.

Key-words: Latin-American *Ius Constitutionale Commune*. Human Rights. Harmonization. Judicial Dialogue. Deference.

RESUMEN

La interacción entre las jurisdicciones latinoamericanas y el intercambio normativo entre las constituciones abiertas al plano internacional y a Convención Americana sobre Derechos Humanos han propiciado la formación de un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL), pautado por los vectores materiales derechos humanos, democracia e Estado de Derecho, y comprometido con la promoción de igualdad e inclusión social. El pluralismo jurídico inherente a ese fenómeno demanda la armonización en torno de estándares comunes, definidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con el objetivo de transformar estructuras nacionales violadoras de derechos humanos. Sin embargo, ha quedado poco espacio para la preservación de la diversidad y de las identidades culturales en los Estados, el que puede poner en riesgo el pluralismo inherente a la democracia, comprometer la legitimidad del sistema por medio de una uniformización autoritaria, y aún causar prejuicios a la cooperación interna de los Estados, esencial para la efectividad de las decisiones interamericanas. Por lo tanto, la tesis defiende una doctrina de deferencia compatible con los desafíos enfrentados por el ICCAL, dirigida a un ambiente dialógico cooperativo entre las jurisdicciones. En consideración a las exigencias del *corpus iuris* interamericano, propone criterios capaces de orientar una actuación deferente de la Corte IDH, en atención al rol transformador que ha generado conquistas importantes en la protección de los derechos humanos. Mediante investigación bibliográfica en la doctrina, tratados internacionales y regionales, y fallos de la Corte Interamericana, el estudio empleó de forma combinada los métodos deductivo, comparativo, dialéctico e inductivo, conforme el foco y objeto bajo análisis. Se observó que la armonización de ICCAL se basa en un sentido cooperativo del principio de la subsidiariedad, en el que coexisten la supervisión y el control de un lado y la deferencia de otro, orientados a la protección de los derechos humanos como un objetivo común para los interlocutores del sistema. En él, los diálogos judiciales deben ser una vía de doble mano, en la cual los tribunales nacionales consideren la jurisprudencia interamericana, y la Corte Interamericana cosecha las buenas prácticas de la jurisprudencia interna. La deferencia de la Corte a las medidas estatales puede abordar los sentidos más restrictivos de los derechos humanos y la elaboración de medidas integrales de reparación, siempre que cumplan con los requisitos convencionales, como la legitimidad democrática formal y material de la ley que las instituyó, la protección de propósitos compatibles con las normas convencionales y proporcionalidad. La Corte Interamericana valora el espacio de maniobra y autonomía de los Estados en los silencios que deja la Convención Americana, preservando el pluralismo y la diversidad. En la dinámica entre control y deferencia, los diálogos judiciales contribuyen a la difusión de la diversidad y a la legitimación de la necesaria supervisión jurisdiccional interamericana.

Palabras-clave: *Ius Constitutionale Commune* Latinoamericano. Derechos Humanos. Constitucionalismo Transformador. Armonización. Diálogos Judiciales. Deferencia.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AIDS	<i>Acquired Immune Deficiency Syndrome</i>
Art.	<i>Article</i>
BA	Bahia
CADH	Convenção Americana sobre Direitos Humanos
CDFT	<i>Cuarta Disposición Final y Transitoria</i>
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos Humanos
CEPAL	Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justiça
CJUE	Corte de Justiça da União Europeia
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
Comissão IDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CSJN	<i>Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina</i>
DF	Distrito Federal
DNA	<i>Deoxyribonucleic Acid</i>
DPVAT	Seguro de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre
EC	Emenda Constitucional
FARC	Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia
FUNAI	Fundação Nacional do Índio
HC	Habeas Corpus
IACHR	<i>Inter-American Court of Human Rights</i>
IAHRS	<i>Inter-American Human Rights System</i>
ICCAL	<i>Ius Constitutionale Commune</i> na América Latina
INPE	Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais
LGBT	Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros
MOA	<i>Margin of Appreciation</i>
n.	número

No.	<i>Number, numero</i>
OEA	Organização dos Estados Americanos
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONG	Organização não governamental
p.	página, páginas
PCC	Partido Comunista Colombiano
PDR	Programas Domésticos de Reparação
PRAIS	<i>Programa de Reparación y Atención Integral a la Salud</i>
RE	Recurso Especial
RJ	Rio de Janeiro
SIDH	Sistema Interamericano de Direitos Humanos
SP	São Paulo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUTIMAC	<i>Sindicato Único de Trabajadores de la Industria de los Materiales de Construcción</i>
T	<i>Tutela</i>
TEDH	Tribunal Europeu de Direitos Humanos
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TPI	Tribunal Penal Internacional
UE	União Europeia
UP	União Patriótica
v.	versus
vs.	versus

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	18
2	DIALOGAR PARA CONSTRUIR: DIÁLOGOS JUDICIAIS PARA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	24
2.1	PLURALISMO JURÍDICO MULTINÍVEL: APROXIMAÇÕES TEÓRICAS	25
2.2	A NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO DO PLURALISMO JURÍDICO EM TORNO DOS DIREITOS HUMANOS	37
2.3	DIÁLOGOS JUDICIAIS	46
2.3.1	Delimitação conceitual	49
2.3.2	Os sentidos dos diálogos judiciais	61
2.3.3	Diálogos judiciais e direito comparado: distinções e imbricamentos para a aprimoração do conceito.....	71
2.4	MODALIDADES DE DIÁLOGOS JUDICIAIS.....	84
2.4.1	Diálogos judiciais segundo o critério espacial.....	85
2.4.1.1	Diálogos horizontais.....	86
2.4.1.2	Diálogos verticais.....	93
2.4.2	Diálogos judiciais segundo o critério comportamental.....	98
2.4.2.1	O modelo de convergência, resistência e engajamento.....	99
2.4.2.2	Diálogos judiciais vinculados e não vinculados.....	109
3	SUBSIDIARIEDADE NOS SISTEMAS EUROPEU E INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: O SENTIDO DA MARGEM DE APRECIÇÃO.....	117
3.1	PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE NOS SISTEMAS MULTINÍVEL DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS	118
3.1.1	O princípio da subsidiariedade no direito internacional dos direitos humanos: entre autonomia democrática e proteção de direitos	119
3.1.2	O princípio da subsidiariedade no sistema europeu e interamericano de direitos humanos	126
3.2	A CONFIGURAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE: DIMENSÕES E SENTIDOS.....	132
3.2.1	Princípio da subsidiariedade em sentido procedimental	135
3.2.2	Princípio da subsidiariedade em sentido substancial.....	140
3.2.2.1	Dimensão negativa da subsidiariedade em sentido substancial	141
3.2.2.2	Dimensão positiva da subsidiariedade em sentido substancial	150

3.2.3	Princípio da subsidiariedade em sentido remedial.....	153
3.3	SUBSIDIARIEDADE E COMPLEMENTARIEDADE: UMA POSSÍVEL SÍNTESE NA FIGURA DA SUBSIDIARIEDADE EM SENTIDO COOPERATIVO	161
3.3.1	A proposta do diálogo judicial cooperativo	172
3.4	MARGEM DE APRECIÇÃO COMO DIMENSÃO NEGATIVA DA SUBSIDIARIEDADE.....	181
3.4.1	A margem de apreciação no Tribunal Europeu de Direitos Humanos	183
3.4.1.1	Margem de apreciação e proporcionalidade.....	190
3.4.1.2	Margem de apreciação e deferência	197
3.4.2	Razões de segunda ordem e aplicação da margem de apreciação	204
3.4.2.1	O critério do consenso sobre temas política ou moralmente controversos	206
3.4.2.2	O critério da perícia ou proximidade em relação à causa.....	212
3.4.2.3	O critério da legitimidade democrática	216
4	PROMOÇÃO E PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS SEGUNDO A PROPOSTA DO <i>IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE</i> NA AMÉRICA LATINA	222
4.1	<i>IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE</i> LATINO AMERICANO	225
4.1.1	O constitucionalismo transformador: delimitações conceituais	240
4.1.2	O papel transformador da Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	249
4.2	CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO DIMENSÃO POSITIVA DA SUBSIDIARIEDADE EM SENTIDO COOPERATIVO.....	263
4.2.1	A autoridade pública da Corte Interamericana de Direitos Humanos	264
4.2.2	A doutrina do controle de convencionalidade na perspectiva dialógica	275
4.3	A HARMONIZAÇÃO EM TORNO DE <i>STANDARDS</i> COMUNS NO <i>IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE</i> LATINO-AMERICANO.....	291
4.3.1	A força jurídica das sentenças: <i>res judicata</i> e <i>res interpretata</i>	293
4.3.1.1	Precedentes no <i>Ius Constitutionale Commune</i> Latino Americano?	306
4.3.2	A força jurídica das opiniões consultivas	316
5	UMA PROPOSTA DE DEFERÊNCIA NA DINÂMICA DIALÓGICA DO <i>IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE</i> LATINO-AMERICANO.....	328
5.1	HÁ ESPAÇO PARA MARGEM DE APRECIÇÃO NACIONAL NO <i>IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE</i> LATINO AMERICANO?.....	329
5.1.1	Uma compatibilização problemática	330

5.1.2 Razões de segunda ordem da margem de apreciação no ambiente latino-americano	343
5.1.2.1 A legitimidade democrática como razão de segunda ordem no contexto interamericano	355
5.1.3 Posição adotada	367
5.2 RESPEITAR O PLURAL: A DEFERÊNCIA POSSÍVEL NO <i>IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE</i> LATINO-AMERICANO	371
5.2.1 Padrões de deferência aplicados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos	372
5.2.1.1 Deferência na definição dos sentidos dos direitos humanos	379
5.2.1.2 Deferência na definição dos remédios para proteção e promoção dos direitos humanos	395
5.2.2 A deferência possível na perspectiva do diálogo judicial cooperativo.....	410
6 CONCLUSÃO	425
REFERÊNCIAS	437
REFERÊNCIAS DE CASOS CITADOS	471
APÊNDICE A – QUADRO DE DECISÕES: DEFERÊNCIA NA DEFINIÇÃO E RESTRIÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS	481

1 INTRODUÇÃO

Pensar em direitos humanos na América Latina implica estar preparado para, ao mesmo tempo, enfrentar o plural e o comum. Assim como na obra “Família” de Tarsila do Amaral¹, a diversidade se reflete em uma imagem humana calorosa e multicolorida: são plurais as etnias, línguas e sotaques, crenças religiosas, costumes, gostos e afetos. O comum lança raízes em um passado de colonização e escravidão, em pobreza e desigualdade, projeta-se na violência que emerge dos conflitos e autoritarismos. Também se revela na vida vibrante que marca o território latino americano pois, como ensina Laura Restrepo, “*la vida vibra más donde es más dura*”.²

Nesse ambiente plural e mestiço se erigiu um sistema regional de proteção aos direitos humanos que visou precisamente estabelecer um pano de fundo comum para a diversidade: o respeito à dignidade da pessoa humana. Os direitos humanos configuram uma promessa de diálogo entre as diferenças. Tendo por ponto de partida a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e as constituições dos Estados que a ela aderiram, projeta-se a construção de um *Ius Constitutionale Commune*, que almeja ser veículo para mudanças destinadas a gerar maior inclusão social nos planos jurídico, econômico, social e político. Coexistem e convivem com um plano normativo regional, diversos sistemas jurídicos nacionais, com suas próprias cartas de direitos e suas particulares formas de implementação e proteção. Assim, as mesmas violações de direitos humanos podem receber respostas jurisdicionais diversas, tanto de cortes nacionais quanto da jurisdição supranacional, personificada na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Esse fenômeno pode ser concebido como pluralismo jurídico, e a fim de poder gravitar em torno de ideias comuns, bem como preservar a diversidade, precisa ser ordenado.

Não se trata de exclusividade latino-americana. Em outras regiões, como Europa e África, também convivem de forma imbricada jurisdições nacionais e regionais. No plano global, convivem múltiplos tratados internacionais em uma tessitura aberta a interpretações variadas segundo os diferentes contextos de aplicação, justamente para serem maleáveis e adaptáveis às diversas circunstâncias das realidades a que se aplicam.

No ambiente do *Ius Constitutionale Commune* latino-americano, a solução para evitar o choque entre os diversos níveis jurisdicionais, as variadas normas de direitos humanos, está na figura da harmonização, idealizada por Mireille Delmas-Marty. A harmonização viabiliza a

¹ AMARAL, Tarsila. **Família**. Óleo sobre Tela. 1925. Museu Nacional Centro de Arte Reina Sofia, Madrid.

² RESTREPO, Laura. **Dulce Compania**. Bogota: Alfaguara, 2005.

coexistência das diversas normas jurídicas em guirlandas entrelaçadas, que formam uma corrente cujos nós apontam significados comuns, como *standards* capazes de permitir a coexistência e o diálogo entre as diversas normas. Ao mesmo tempo, cada elo dessa corrente pode apresentar particularidades que preservam identidades próprias.

Nessa perspectiva, exige-se dos atores desse *Ius Commune* uma interação capaz de construir e respeitar padrões comuns em direitos humanos, sem tolher a diversidade necessária para fazer frente aos múltiplos contextos. A partir dessa interação, a Corte Interamericana tem a responsabilidade de julgar casos e fornecer pareceres sobre a interpretação das normas do sistema, fixando com isso os *standards* em direitos humanos.

No desempenho dessa função, tem assumido um papel transformador: suas decisões ultrapassam os limites do litígio para enfrentar problemas estruturais presentes nos Estados latino-americanos. Nessa seara, suas decisões frequentemente promovem uma interpretação evolutiva das normas convencionais para fazer frente ao aumento da complexidade das sociedades, buscando atender a clamores antigos e persistentes (como a proteção em face da violência praticada por agentes estatais), ao lado de exigências de igual respeito a grupos historicamente negligenciados. Nos casos de responsabilização dos Estados, a Corte Interamericana adota a perspectiva da reparação integral, na qual a fixação de indenizações são apenas um ingrediente. A fim de efetivamente reparar e dar uma resposta às vítimas, a Corte determina diversas obrigações de fazer e não fazer, dirigidas à não repetição das violações identificadas.

Uma atuação desse porte, de interferência aguda na vida doméstica dos Estados em prol da efetivação dos compromissos constitucionais e convencionais de respeito aos direitos humanos, demanda uma forte justificação da legitimidade da corte supranacional. Na perspectiva da harmonização, a criação de *standards* comuns não deve ser unilateral mas precisa colher da produção jurídica doméstica os ingredientes capazes de produzir um resultado palatável a todos. Nem todos os ingredientes poderão ser usados, nem todos da mesma forma ou ao mesmo tempo, mas o diálogo deve marcar a atuação de uma Corte supranacional comprometida com resultados efetivos, com sentenças que produzam efeitos concretos e mudanças seguras nos padrões de violência presentes na América Latina.

Dentre as diversas modalidades de diálogo travados no *Ius Constitutionale Commune* (diálogos institucionais, diálogos com a sociedade civil), os diálogos judiciais assumem especial importância no processo de interpretação e aplicação das normas de direitos humanos. Por meio deles, as cortes domésticas se interligam à jurisprudência interamericana a partir do compromisso assumido pelos Estados com a adesão à Convenção Americana,

contribuindo. Ademais, sendo a figura do diálogo necessariamente uma via de mão dupla, também a Corte Interamericana pode discutir fundamentos adotados pelas jurisdições internas, diversificando e fortalecendo a atribuição de sentidos às normas de direitos humanos.

Ao fundamentar suas decisões, a Corte Interamericana frequentemente dialoga com o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, aprendendo a partir das experiências vividas por esta corte atuante há muito mais tempo. Naquele sistema de direitos humanos, a harmonização do pluralismo desencadeou a criação jurisprudencial de uma doutrina de deferência, a margem de apreciação. Por meio dela, o Tribunal Europeu poderia se conter diante de práticas diferenciadas nos Estados – respeitadas dos direitos humanos, porém com nuances domésticas próprias. Seria essa a alternativa para a harmonização latino-americana? Se a resposta intuitiva parece negar essa possibilidade, especialmente em virtude das diferenças entre o ambiente europeu e o interamericano, necessário enfrentar o tema para verificar se há aspectos da teoria de deferência desenvolvida pelo Tribunal Europeu que possam contribuir para o desenvolvimento de uma teoria de deferência na América Latina.

Pensar em deferência significa exercitar a capacidade de ouvir, de atender-se aos demais interlocutores do sistema. Se o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina (ICCAL) tem um compromisso com a democracia e o respeito à diversidade inerente ao próprio ambiente latino-americano, torna-se necessário pensar em espaços para deferência. Não só para que se possa reconhecer margens legítimas de manobra para os Estados implementarem normas convencionais de direitos humanos em atenção à sua realidade nacional. Mas também para que se possa reconhecer quando essa margem precisa ser reduzida, ou afastada, com fundamentos capazes de gerar aceitação dos interlocutores e coerência ao sistema.

Nessa perspectiva, este estudo defende uma doutrina de deferência compatível com o ICCAL, imantada por um caráter dialógico capaz de preservar o pluralismo e fomentar a cooperação entre a Corte IDH e os Estados mediante diálogos judiciais em prol da defesa dos direitos humanos. Sem esgotar o tema, a tese visa contribuir com a identificação de critérios para fundamentar uma deferência supranacional que represente um convite ao engajamento para a realização dos direitos humanos, sem com isso enfraquecer o papel transformador desempenhado pelas cortes que tem gerado benefícios para o sistema e proporcionado conquistas significativas.

Para tanto, esta pesquisa, desempenhada segundo a Área de Direito Socioambiental do programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Linha

de Pesquisa Justiça, Democracia e Direitos Humanos, percorreu o plano adiante descrito. Para cada etapa da investigação, mais de um método de pesquisa foi empregado.

No primeiro capítulo, buscou-se a compreensão do pluralismo jurídico que se materializa em nível global e regional como fenômeno que precisa de ordenação, para o que as normas de direitos humanos representam um eixo comum. Tendo por marco teórico Delmas-Marty, propõe-se a harmonização, de modo a gerar a produção de um direito comum fundado em direitos humanos, que permita a convivência das diferenças, sem aniquilá-las. Em sendo as normas de direitos humanos abertas a uma pluralidade de sentidos, a harmonização das diversas construções jurisprudenciais em um sistema multinível como o interamericano deve ter por instrumento os diálogos judiciais. Nesse capítulo buscou-se responder, para além do que são diálogos judiciais, como eles se caracterizam em um sistema regional de direitos humanos.

Nessa toada, a pesquisa debruçou-se sobre a doutrina produzida acerca do tema dos diálogos judiciais em uma análise dedutiva e comparativa, levando em consideração que os diálogos se materializam no sistema europeu e interamericano. A comparação com o sistema europeu se torna necessária e proveitosa em virtude do intercâmbio de fundamentos e razões de decidir existentes entre o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. A partir de uma delimitação conceitual de diálogo judicial, buscou-se compreender sua operacionalidade – mediante o estudo das principais modalidades de diálogos, bem como pela análise do grau de vinculação que as cortes adotam diante da perspectiva de interação. O capítulo fez uso de técnica de pesquisa bibliográfica tanto em doutrina como em jurisprudência das cortes supranacionais e cortes nacionais dos dois sistemas.

Se a ordenação do pluralismo passa pelos diálogos judiciais, necessário verificar como se distribuem as competências nos níveis doméstico e supranacional dos sistemas. Para tanto, o segundo capítulo tratou do princípio da subsidiariedade, que assume um papel estruturante nos sistemas de direitos humanos, manifestando-se em uma dimensão positiva e outra negativa, e assumindo diversos sentidos: procedimental, substancial e remedial. A dimensão positiva desencadeia a atuação da esfera supranacional para corrigir as ausências ou as falhas na proteção de direitos humanos no nível doméstico. A negativa implica a contenção do nível regional em prol de decisões tomadas na esfera nacional, que devem ser protegidas na medida em que compatíveis com a proteção dos direitos humanos e necessárias para a preservação do pluralismo. Na primeira há controle, na segunda, há deferência. Essa subsidiariedade não se materializa da mesma forma no sistema europeu e interamericano, daí a necessidade da

análise comparativa, que permitiu compreender como se dá a dinâmica entre ingerência e deferência nos dois ambientes. A partir dessa leitura foi possível propor uma subsidiariedade em sentido cooperativo para o *Ius Constitutionale Commune*, que demandará dos integrantes do sistema – dentre eles as jurisdições estatais e supranacional – um intercâmbio comprometido com a efetividade das normas convencionais e aberto à construção dos sentidos a partir da troca argumentativa que exsurge de um diálogo judicial cooperativo.

Tendo em vista a dimensão negativa do princípio da subsidiariedade, o segundo capítulo passou a enfrentar o estudo da margem de apreciação, demonstrando sua aplicação pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos a partir de uma análise jurisprudencial e doutrinária fundada no método hipotético-dedutivo. Esse estudo se mostrou essencial para que se pudesse tratar da hipótese da aplicação do instituto no sistema interamericano.

Se o segundo capítulo focou na deferência, em alusão a momentos em que os órgãos supranacionais devem “ouvir” autoridades nacionais, o terceiro capítulo debruçou-se sobre o “discursar” que orienta a atividade de controle complementar das práticas internas desenvolvido pela Corte Interamericana. Apresentou-se o projeto do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina e do constitucionalismo transformador como ferramenta essencial que visa promover e impulsionar a realização dos compromissos constitucionais e convencionais em direitos humanos, democracia e Estado de Direito. Para tanto, a Corte Interamericana desenvolveu a doutrina do controle de convencionalidade que caminha ao lado da responsabilização dos Estados. Tanto o estudo das nuances conceituais e do alcance normativo do controle de convencionalidade, como também do efeito vinculante das sentenças e opiniões consultivas interamericanas foi essencial para medir a força – e o grau de abertura – que deve haver na construção dos *standards* interamericanos.

O último capítulo, destinado à contribuição para uma doutrina de deferência compatível com o ICCAL, dividiu-se em dois momentos. Inicialmente, o estudo trouxe o instituto da margem de apreciação para o contexto do sistema interamericano, a fim de testar sua compatibilidade. A posição ali adotada impulsionou o escrutínio das decisões interamericanas (em processos contenciosos ou consultivos) em que se tratou do reconhecimento de margens, espaços de autonomia, ou deferência aos Estados. Mediante o emprego dos métodos indutivo e dialético, foi possível identificar critérios para possíveis espaços de deferência aos Estados, que só poderão ser apresentados em definitivo quando consideradas as circunstâncias concretas do caso em análise.

2 DIALOGAR PARA CONSTRUIR: DIÁLOGOS JUDICIAIS PARA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Com maior intensidade após a segunda metade do século XX, a mundialização³ aproximou os povos a partir de ferramentas de comunicação, gerando redes entrelaçadas em que interagem costumes, meios de produção econômica, valores e, sobretudo, normas jurídicas. Na medida em que as relações sociais ultrapassam fronteiras, o fenômeno jurídico se pulveriza, se pluraliza, se mundializa.⁴ As fontes jurídicas são múltiplas e diversas, não mais cabendo em fórmulas hierarquizadas, territorializadas, que antes logravam explicar e conter o imbricamento entre direito nacional e direito internacional.⁵

Com o esmaecimento das fronteiras, os relacionamentos interpessoais podem gerar conflitos em diversos níveis (local, nacional, internacional), fato que pode levar a uma maior interação entre os sistemas, ou um encastelamento improdutivo e inútil dos Estados.⁶ Contudo, se a política como meio de solução de conflitos pode falhar (notadamente no plano internacional), especialmente após a II Guerra Mundial o direito encontrou um campo de atuação fértil, fundado no valor da pessoa humana, o “direito a ter direitos”.⁷ Nessa esteira, os direitos humanos passaram a orientar uma nova globalização não só fundamentada na economia, mas também no humanismo mundializado.⁸

Entretanto, não há um Direito, enquanto um códex de normas jurídicas positivadas⁹, e dotadas de autoridade, capaz de regular todas as relações humanas: a mundialização

³ Mais abrangente que a globalização, a mundialização é fenômeno que trata da disseminação ultra-fronteiras de elementos em escalas sociais, jurídicas, e políticas, para além de econômicas. CHEVALLIER, Jacques. **Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation? Le droit saisi par la mondialisation**, Bruylant, p. 37-61, 2001. Disponible en: <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01759953>. Consulté le 9 fev. 2019, p. 1.

⁴ A mundialização do direito corresponde a diversos processos simultâneos: “*le processus de rapprochement entre les droits étatiques, qui témoigne d'une perméabilité nouvelle des systèmes juridiques nationaux ; la reconnaissance de certains principes d'application générale, qui révèle l'existence d'une communauté de valeurs entre tous les Etats; le développement, en relation avec l'explosion des flux transfrontières, d'un droit conçu et appliqué en dehors de l'intervention des Etats.*” *Ibid.*

⁵ ALLARD, Julie. La “cosmopolitisation” de la justice: entre mondialisation et cosmopolitisme. Dossier Mondialisation et cosmopolitisme. **Dissensus - Revue de philosophie politique de l'ULg**, n. 1, Décembre, 2008. Disponible en: <https://popups.uliege.be/443/2031-4981/index.php?id=213>. Consulté le 27 jan. 2019, p. 68.

⁶ Presidente dos Estados Unidos, Donald Trump, defende a construção de um muro na fronteira sul de seu país, para conter as ondas migratórias provenientes do México e demais Estados centro e latino-americanos. GUIMÓN, Pablo. Trump, um homem preso em seu muro. **El País Internacional**. Washington, 10 jan. 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/01/09/internacional/1547062357_441866.html. Acesso em: 27 jan. 2019.

⁷ ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. 7 reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 330.

⁸ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRAVO, Irina Graziela Cervantes. Diálogos jurisdicionais e acesso (universal?) à justiça: a possível construção de um fundamento processual para o cosmopolitismo. *In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (coord.). Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 253-294, p. 260; 262.

⁹ O Direito na mundialização deve reconhecer sua incompletude: na ausência de um conjunto pronto de normas jurídicas a serem diretamente aplicáveis, os juizes precisam decidir sobre alegadas violações, em última palavra, sobre violência. Mais do que uma nova lei ou um novo princípio, o direito na mundialização vivencia uma nova lógica, fundada em ideais de justiça. Mesmo que incapaz de solucionar todos os conflitos – para os quais a política tem um papel

testemunha o fenômeno precisamente oposto, o pluralismo jurídico.¹⁰ Pessoas e instituições se relacionam trazendo em sua bagagem quadros jurídicos próprios (locais, nacionais, regionais, internacionais), com estruturas (normas jurídicas) e processos (procedimentos jurídicos)¹¹ que passam a se comunicar inexoravelmente, tutelando situações similares por vezes de forma diferente.¹²

Diante dessa perspectiva, necessário enfrentar duas questões centrais: como ordenar o pluralismo jurídico tendo em vista a necessidade de se lançar uma linguagem comum, notadamente em direitos humanos, e como a figura dos diálogos judiciais pode contribuir nesse mister. Na medida em que diversas jurisdições têm a oportunidade de decidir sobre os mesmos direitos, em casos concretos muitas vezes similares ou análogos, os diálogos judiciais permitem trocas argumentativas que contribuem para a ordenação. Nos sistemas de proteção de direitos humanos, como o interamericano, eles assumem características específicas que merecem ser enfrentadas.

2.1 PLURALISMO JURÍDICO MULTINÍVEL: APROXIMAÇÕES TEÓRICAS

Como uma expressão do cenário jurídico no século XXI, a imprecisão e a fluidez, marcam o direito enquanto sistema de normas assim como o discurso sobre ele, revelando uma pluralidade dinâmica e interconectada de normas e sistemas jurídicos.¹³ Esse intercâmbio de normas para a solução dos conflitos é multidirecional e volátil, não havendo certeza acerca das respostas a respeito da norma a incidir no caso e fundamentar uma decisão judicial. Na dinâmica do pluralismo jurídico, os Estados deixaram de ser a única fonte jurídica, tornando-se premente olhar além da noção de “*rule of law*” fundada exclusivamente no “*state law*”.¹⁴ Com essas características, o pluralismo jurídico abarca normas internacionais, estatais, assim como diversas formas de autorregulação¹⁵, não podendo ser compreendido pelas categorias de hierarquia e jurisdição do positivismo jurídico.¹⁶

fundamental – esse ideal acaba por “contaminar” a política, que deve considerá-lo em sua atuação. ALLARD, *op. cit.*, p. 72 *et. seq.*

¹⁰ DELMAS-MARTY, Mireille. **Legal pluralism as a dynamic process in a moving world**. Feb 28, 2018. Available at: <http://jamesgstewart.com/legal-pluralism-as-a-dynamic-process-in-a-moving-world/>. Access in: Mar. 25, 2018.

¹¹ NEVES, Marcelo. **Tranconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 116.

¹² FACHIN, Melina Girardi. À Guisa de Introdução: os sentidos do constitucionalismo multinível”. In: FACHIN, Melina Girardi (org.). **Direito Constitucional Multinível: Diálogos a partir do Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Curitiba: Prismas, 2017, p. 15-28, p. 17.

¹³ DELMAS-MARTY, Mireille. Les forces imaginantes du droit: le pluralisme ordonné 2. Paris: Seuil, 2006, p. 7-9.

¹⁴ DELMAS-MARTY, *op. cit.*, 2018.

¹⁵ O fenômeno do pluralismo jurídico não é em si novo, podendo-se reconhecer uma concepção de pluralismo clássico na inter-relação entre o direito do Estado e o direito indígena, no início do século XX. Para o presente trabalho, o pluralismo jurídico é aquele que ganhou corpo com o fortalecimento das instituições de direito internacional, o pluralismo jurídico global. VOINA-MOTOC, Iulia. Conceptions of Pluralism and International Law. In: FABRI, Hélène

Nessa linha, o pluralismo jurídico torna-se um conceito oximorônico. Na medida em que é “legal”, deve estar integrado com o direito estatal, o que pressupõe uma estrutura institucional unificada e hierárquica. Mas para ser “pluralismo”, deve estar marcado pela multiplicidade de sistemas jurídicos independentes. Trata-se de uma justaposição ou separação de sistemas, porém não de uma organização.¹⁷ O que move o pluralismo é a total ausência de uma única Corte ou Tribunal hierarquicamente superior, capaz de dar uma decisão final sobre os conflitos normativos.¹⁸

Para Teubner, o pluralismo jurídico é um fenômeno multicêntrico em que as ordens jurídicas se entrelaçam de forma “heterárquica”, regulando as relações sociais a partir do binário legal/ilegal, e se autorreproduzindo a partir da emissão simbólica do global. Além disso, na perspectiva de um pluralismo jurídico global, a sanção não ocuparia mais a posição determinante da juridicidade das normas, mas sim o valor simbólico que elas carregam.¹⁹ É nesse sentido que muitas normas internacionais de direitos humanos não trazem aplacada à sua estrutura deontológica alguma figura coercitiva. A coerção surgiria num segundo momento, através da intervenção das cortes a interpretar as normas jurídicas.

Importante, nesse contexto, diferenciar o pluralismo, que passa assumir um caráter normativo, da mera pluralidade. Mais que pluralidade de sistemas jurídicos, o pluralismo envolve a sua interconexão, um objetivo a ser alcançado mesmo sem hegemonia.²⁰ Dessa forma, comunicam-se as diversas ilhas propostas pelo relativismo cultural, em um processo de compreensão mútua entre as diversas perspectivas morais, mas sem a fixação de um método universal de imposição de soluções.²¹

Ruiz; JOUANNET, Emmanuelle; TOMKIEWICZ, Vincent. **Select Proceedings of the European Society of International Law**. v. 1, 2006. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2008, p. 401-430, p. 403-404; 408.

¹⁶ A partir de compreensão focada na difusão cultural do pluralismo, Santamaría defende a existência de um pluralismo jurídico intercultural, extravasando os limites institucionais do Estado, fundado no constitucionalismo popular de Rubem Dalmau, e no pluralismo de Wolkmer. Em que pese a relevância das propostas, a presente tese filia-se aos canais institucionais existentes para a viabilização das propostas plurais, que legitimamente surgem no seio das sociedades nacionais e plurinacionais. ARIZA SANTAMARÍA, Rosembert. El pluralismo jurídico en América Latina y la nueva fase del colonialismo jurídico en los estados constitucionales. **Revista InSURgencia**, ano 1, v. 1, n. 1, jan-jul. 2015, Brasília, p. 165-194.

¹⁷ DELMAS-MARTY, Mireille. **Legal pluralism as a dynamic process in a moving world**. Feb 28, 2018. Available at: <http://jamesgstewart.com/legal-pluralism-as-a-dynamic-process-in-a-moving-world/>. Access in: Mar. 25, 2018.

¹⁸ VOINA-MOTOC, *op. cit.*, p. 409.

¹⁹ TEUBNER, Gunther. Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society. In: TEUBNER, Gunther (ed.). **Global Law Without a State**. Brookfield: Dartmouth 1997, p. 3-28; p. 8-9. Em crítica dessa visão, Souza Santos afirma que o Estado continua a ser o principal ator nas relações jurídicas, ainda que enfraquecido. O pluralismo jurídico seria um fenômeno hierárquico em cuja posição mais elevada estariam as normas produzidas pelos ocupantes de um dado centro econômico e político, seguidas das normas produzidas pela “semi-periferia” e, em última posição, as normas produzidas na periferia. SOUZA SANTOS, Boaventura de. **Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization and Emancipation**. London: Butterworth, 2002, p. 89.

²⁰ VOINA-MOTOC, *op. cit.*, p. 414-415.

²¹ VOINA-MOTOC, Iulia. Conceptions of Pluralism and International Law. In: FABRI, Hélène Ruiz; JOUANNET, Emmanuelle; TOMKIEWICZ, Vincent. **Select Proceedings of the European Society of International Law**. v. 1, 2006. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2008, p. 401-430, p. 420-421.

Esse pluralismo assume um caráter multinível, na medida em que se verifica em diversos níveis de produção normativa e jurisdicional. Segundo Delmas-Marty, o fenômeno se materializa (i) dentro das cortes nacionais; (ii) na aplicação de normas domésticas por cortes internacionais como parâmetro para interpretação de normas internacionais; (iii) na síntese de normas nacionais por cortes internacionais como forma de demonstrar sua legitimidade; (iv) na evidência de definições variadas para as mesmas situações em diversos tratados internacionais; e (v) em decisões judiciais de cortes internacionais que divergem entre si na interpretação e aplicação das mesmas normas internacionais.²² Para além da produção jurídica escalonada em nível estatal, supranacional e internacional, existem diferentes funções a serem assumidas por essas ordens jurídicas transnacionais precisamente por sua desvinculação do direito estatal.²³ O direito internacional funcionaria, em sua proposta, como elemento de coesão, promovendo, de um lado, uma maior cooperação entre os diversos atores do sistema global e harmonização entre os níveis, e de outro, como veículo da tensão entre os sistemas, pois evidencia as divergências.²⁴

Com vistas ao sistema interamericano de direitos humanos como um espaço de pluralismo jurídico que parte da interação entre os diversos sistemas nacionais e o regional, Piovesan reconhece a existência de quatro níveis: a interação entre os sistemas regionais/internacionais; entre sistemas regionais/internacionais e nacionais; entre sistemas nacionais; e entre esses sistemas e a sociedade civil, dimensão capaz de emprestar ao pluralismo multinível crescente legitimação social.²⁵

Todos esses níveis coexistem em constante tensão pois tanto a sociedade mundial quanto seu sistema jurídico são “multicêntricos”: a mirada a partir de um centro de ordem jurídica (juízes e tribunais), transforma em periferia todos os demais. Logo, coexistem vários centros e nenhum abarca em absoluto os demais, sendo que suas existências relacionais implicam constantes trocas, na forma de diálogos mantidos por suas jurisdições.²⁶ O direito

²² DELMAS-MARTY, Mireille. **Legal pluralism as a dynamic process in a moving world**. Feb 28, 2018. Available at: <http://jamesgstewart.com/legal-pluralism-as-a-dynamic-process-in-a-moving-world/>. Access in: Mar. 25, 2018.

²³ NEVES, Marcelo. **Tranconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 116.

²⁴ CALIXTO, Angela Jank; CARVALHO, Luciani Coimbra de. Pluralismo Jurídico: uma Nova Perspectiva a Respeito da Relação entre os Sistemas Jurídicos Internacional e Interno. In: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (coord.); GERBER, Konstantin et. al. (org.). **Constitucionalismo Multinível e Pluralismo Jurídico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 3-23, p. 15.

²⁵ PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Impacto Transformador, Diálogos Jurisdicionais e os Desafios da Reforma. REDESG / **Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global**, v. 3, n. 1, Santa Maria, jan.jun/2014, p. 76-101. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/REDESG/article/view/16282#.XE3erqfOrUo>. Acesso em: 10 dez. 2018, p. 77.

²⁶ NEVES, Marcelo. **Tranconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 17-18.

estatal, por sua vez, não desaparece nessa multicentralidade, mas se torna um dos vários centros a ser considerado de forma relacional, e não absoluta.²⁷

Essa realidade de dinâmica interação jurídica foi chamada por Harold Koh de *transnational legal process*: em acepção ampla, engloba tanto uma teoria quanto uma prática através da qual interagem os mais diversos atores (desde Estados e organizações internacionais a associações comerciais, civis e indivíduos) nos espaços domésticos e internacionais, públicos e privados, a fim de “criar, interpretar, aplicar e internalizar normas transnacionais.”²⁸ Trata-se de um fenômeno que foge aos parâmetros jurídicos tradicionais, pois nele não cabe a dicotomia entre direito interno e direito transnacional, ou sequer a separação nítida entre direito público e privado; e não compreende exclusivamente a atuação estatal²⁹, mas envolve atores privados e organismos supranacionais. As relações advindas desse processo são profundamente dinâmicas e tem um forte foco normativo: dele emergem novas normas jurídicas, que são interpretadas, internalizadas e aplicadas de modo a replicar o ciclo de transformação e criação.³⁰

Esse panorama foi batizado por Anne-Marie Slaughter como uma “nova ordem mundial”: um sistema de governança global em que a cooperação entre os diversos atores é institucionalizada e os conflitos minimamente contidos, a fim de garantir a todas as pessoas respeito a sua dignidade.³¹ A categoria foi construída como resposta a um impasse vivido pela sociedade mundial: a necessidade de mais mecanismos de controle (“*more government*”) em nível global e estatal, mas também maior descentralização, a fim de tornar os mecanismos de controle acessíveis a todos os interessados.³²

Um dos conceitos-chave dessa nova “ordem” é o de redes verticais e horizontais, em que se verificaria constante troca de informações, coordenação descentralizada de políticas, implemento de cooperação e assistência nas mais diversas áreas. Não se trata de levar ao nível internacional os critérios de governança usados pelos Estados no relacionamento com seus

²⁷ CALIXTO, Angela Jank; CARVALHO, Luciani Coimbra de. Pluralismo Jurídico: uma Nova Perspectiva a Respeito da Relação entre os Sistemas Jurídicos Internacional e Interno. In: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (coord.); GERBER, Konstantin et. al. (org.). **Constitucionalismo Multinível e Pluralismo Jurídico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 3-23, p. 14.

²⁸ KOH, Harold Hongju. **Transnational Legal Process**. Yale Law School Legal Scholarship Repository (1996). Paper 2096. Available at: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2096. Access in: Nov. 10, 2018, p. 183-184.

²⁹ Apesar da multiplicidade de atores envolvidos no *transnational legal process*, os Estados não perderam seu importante papel na produção jurídica interna. Mesmo na esfera transnacional, tratados internacionais só se tornam exigíveis com a ratificação dos Estados, o que demonstra sua relevância na produção jurídica.

³⁰ KOH, *op. cit.*, p. 184.

³¹ SLAUGHTER, Anne-Marie. **A New World Order**. New Jersey: Princeton University Press, 2004, p. 16.

³² *Ibid.*, p. 8. Para uma crítica da teoria desenvolvida por Slaughter, por ser estatocêntrica apesar do diagnóstico da desagregação do Estado, ver BOGDANDY, Armin von; VENZKE, Ingo. **¿En nombre de quién?: una teoría de derecho público sobre la actividad judicial internacional**. Trad. Paola Andrea Acosta Alvarado; rev. Pedro Villarreal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 143-149.

cidadãos, mas sim de identificar ferramentas para atender os conflitos e os embates naturalmente decorrentes de uma performance global desses cidadãos.³³ Mesmo juízes internacionais, quando decidem casos como violações de direitos humanos, devem trabalhar muito próximos das autoridades locais pois delas dependem intensamente para a efetividade de suas decisões.³⁴

As redes mencionadas por Slaughter abrem espaço tanto para uma convergência criativa entre os atores, quanto para divergência informada.³⁵ Se pensado o fenômeno na ótica da atuação jurisdicional, o espaço de trocas argumentativas entre juízes através do globo permite a elaboração de *standards* comuns que se diferem de um padrão estabelecido em um diploma jurídico exclusivo (convergência criativa). Mais além, pode se verificar a divergência informada, indo além da mera resistência fundada em padrões de soberania, mas em uma discordância capaz de enaltecer o particular, preservando-o da homogeneidade.

Nesse sentido, ressaltam-se dois elementos centrais para que a “ordem mundial” preconizada por Slaughter se realize concretamente, a equidade na deliberação global e a diferença legítima.³⁶ No primeiro caso, todos os grupos e indivíduos devem ter a mesma voz, a mesma capacidade de intervir nas tomadas de decisão em uma sociedade nacional e transnacional. Longe de ser realidade, afinal há disputas de poder em todas as esferas, inclusive nas determinações jurídicas, trata-se de condição a ser buscada como elemento legitimador do discurso e das soluções construídas. Ainda que a justiça se mundialize, qualquer proposta de um “direito globalizado” é uma constante amálgama de fórmulas jurídicas em que concorrência, conflito e dominação se desenrolam.³⁷ Quanto à diferença legítima, exige-se o respeito ao pluralismo como vantagem apriorística do sistema, decorrente da inafastável realidade multicultural. Os processos históricos e culturais vivenciados por cada grupo social merecem reconhecimento, a partir de uma linguagem básica de mútuo respeito e de não violência.³⁸

Importante ressaltar que não se trata de recuperar a soberania como um escudo das práticas estatais. Muito longe disso. O conceito de soberania passou por uma profunda reformulação para lograr se adaptar à realidade mundializada do pluralismo jurídico: sua

³³ A autora tem por base a experiência concreta vivida pela União Europeia, e a partir dela pensa o nível mundial, não a fim de exportar um modelo, mas buscando compreendê-lo e projetar seus elementos essenciais, como a atuação em redes. SLAUGHTER, Anne-Marie. **A New World Order**. New Jersey: Princeton University Press, 2004, p. 8.

³⁴ *Ibid.*, p. 16

³⁵ *Ibid.*, p. 24.

³⁶ *Ibid.*, p. 29-30.

³⁷ ALLARD, Julie. La “cosmopolitisation” de la justice: entre mondialisation et cosmopolitisme. Dossier Mondialisation et cosmopolitisme. **Dissensus - Revue de philosophie politique de l’ULg**, n. 1, Décembre, 2008. Disponible en: <https://popups.uliege.be:443/2031-4981/index.php?id=213>. Consulté le 27 jan. 2019, p. 75.

³⁸ SLAUGHTER, *op. cit.*, p. 29-30.

importância se mantém na medida em que é através de um ato soberano que os Estados aderem a tratados internacionais e se inserem em sistemas jurídicos internacionais, assumindo responsabilidades perante a comunidade internacional.³⁹ O Estado, portanto, se insere no plano internacional mediante compromisso voluntário com a salvaguarda de direitos e promoção da dignidade humana, sem prejuízo para a sua ordem constitucional mas como um verdadeiro produto dela.⁴⁰ Assim, cede parte de sua soberania para admitir que o direito externo lhe imponha obrigações.

No plano latino-americano, Morales Antoniazzi observa a configuração de autêntica “*mestizaje jurídico*”, como uma característica essencial de um “*ius commune americano*”⁴¹ que envolve uma “superposição, convivência e fusão das diversas tradições jurídicas”. A coesão entre os Estados latino-americanos ganha em intensidade e qualidade, na medida em que eles se codeterminam enquanto um produto da realidade multicultural do continente e a “Constituição, como ordem aberta, cumpre a função de inclusão no seio das sociedades diversas”.⁴² As Constituições da Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, Paraguai, Peru e Uruguai fornecem cláusulas de abertura para o direito internacional dos direitos humanos, atuando como verdadeira ponte para a integração latino-americana. É a própria narrativa constitucional que converge a abertura aos direitos humanos e à integração em “uma nova ordem pública multinível, que abrange a interamericanização e a mercosularização”.⁴³

Esse fenômeno latino-americano demonstra que, se de um lado há uma cedência de soberania por parte dos Estados, de outro eles ganham em interdependência⁴⁴ na medida em que o direito constitucional se internacionaliza e o direito internacional se constitucionaliza.⁴⁵ No sentido proposto por Peter Häberle, Estados Constitucionais e Direito Internacional interagem em um processo de cooperação, de modo que ambos passam a ser sujeitos e objetos de uma mudança que orienta para contínuos diálogos, transformando-se em conjunto. Nesse

³⁹ MORALES ANTONIAZZI, Mariela. La doble estatalidad abierta: interamericanización y mercosurización de las Constituciones suramericanas. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. **Estudos Avançados de Direitos Humanos**. Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 178-227, p. 181.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 182.

⁴¹ O *Ius Constitutionale Commune* Latino-americano é objeto de investigação no terceiro capítulo.

⁴² MORALES ANTONIAZZI, *op. cit.*, p. 183.

⁴³ *Ibid.*, p. 189; 197.

⁴⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. **Legal pluralism as a dynamic process in a moving world**. Feb 28, 2018. Available at: <http://jamesgstewart.com/legal-pluralism-as-a-dynamic-process-in-a-moving-world/>. Access in: Mar. 25, 2018.

⁴⁵ GUEDES, Armando M. Marques. A internacionalização do direito constitucional e a constitucionalização do direito internacional. **Revista de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte, 1995. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1481/1410>. Acesso em: 27 jan. 2019, p. 227 *et seq.*

sentido, “o Direito Constitucional não começa onde cessa o Direito Internacional [...], o Direito Internacional não termina onde começa o Direito Constitucional.”⁴⁶

Assim, a soberania passou progressivamente por um processo de desconfiguração, se tomada como referência a figura original westfaliana.⁴⁷ Longe de significar que os Estados podem agir de forma independente e isolada em atendimento a seus próprios interesses, a soberania passa a dizer respeito à cooperação internacional para a realização de interesses comuns, apresentando-se precisamente no ato estatal de adesão aos sistemas internacionais, aceitando a fiscalização e a jurisdição internacional.⁴⁸

Nessa linha, a soberania passa por uma ressignificação. Evoluindo da noção de autonomia para fonte de legitimidade do poder político, modificou-se a soberania em sua dimensão externa, de inter-relação entre os Estados.⁴⁹ Como ensina Peters, a soberania carece de justificação, pois tem seu fundamento e finalidade no humanismo, significa dizer, o poder público deve servir aos direitos humanos, aos interesses e necessidades da pessoa humana.⁵⁰ Mais que legitimar a vinculação do Estado ao direito internacional, a soberania precisa em si estar legitimada – no plano interno e no plano externo. Nessa toada, soberania passou a ser concebida como “responsabilidade em proteger” (“*responsibility to protect*”), de modo a condicionar a autonomia doméstica e a não intervenção dos atores internacionais à capacidade interna dos Estados de realizar suas funções em atendimento aos direitos de seus cidadãos.⁵¹

Essa concepção de soberania como “responsabilidade em proteger” não significa, contudo, submissão pura e simples a padrões internacionais imperialmente determinados, capazes de anular a autonomia interna necessária à salvaguarda de aspectos culturais essenciais. A soberania só se torna permeável à ingerência internacional em casos de violações de direitos humanos de toda e qualquer pessoa que esteja submetida ao poder do Estado em questão; já que o dever do Estado de respeitar e promover esses direitos não se reduz a uma obrigação em relação à pessoa, mas engloba uma obrigação perante a

⁴⁶ HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elizete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 10-12. A ideia de cooperação entre os níveis nacional e internacional ou supranacional será trabalhada no segundo capítulo.

⁴⁷ WARD, Ian. The end of sovereignty and the new humanism. *Stanford Law Review*, n. 55, v. 5, maio 2003, p. 2091-2112, p. 2100.

⁴⁸ CHAYES, Abram. The New Sovereignty *apud* PIOVESAN, Flávia. Princípio da complementariedade e soberania. **Revista Centro de Estudos Judiciários**, Conselho da Justiça Federal, v. 4 n. 11 mai./ago. 2000.

⁴⁹ PETERS, Anne. Humanity as the A and Ω of Sovereignty. **The European Journal of International Law**, v. 20 n. 3, 2009, p. 513-544, doi: 10.1093/ejil/chp026, p. 516-517.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 518.

⁵¹ *Ibid.*, p. 522-523.

comunidade internacional – uma obrigação *erga omnes*.⁵² Não se trata de anular a soberania, mas compreendê-la a partir dos direitos humanos.⁵³

Em função dessa noção flexibilizada e relativizada de soberania, esvazia-se a discussão entre monismo e dualismo, já que incidem simultaneamente sobre os casos submetidos às jurisdições normas nacionais, regionais ou internacionais. Os critérios para solução de eventuais entraves passam por princípios como o da norma mais benéfica e o da subsidiariedade. Os valores comuns consagrados na ordem jurídica internacional – em grande medida incorporados em diversas ordens nacionais – passaram a exigir coordenação e articulação, e não critérios exangues e excludentes como os defendidos pelas teorias monista e dualista.⁵⁴

O monismo jurídico como solução para eventuais disputas de sentidos entre ordens jurídicas domésticas e internacionais acaba por implicar uma escolha ideológica da prevalência de uma ordem sobre as demais – seja ela interna, denotando uma postura imperialista, seja externa, segundo uma postura submissa de prevalência do internacional. Nesses casos, escolhido o ponto de partida, todos os demais se tornam subalternos. O monismo é incapaz de lidar com sistemas jurídicos multicêntricos, numa realidade em que “diversas ordens jurídicas relacionam-se ortogonal e horizontalmente, em uma pluralidade de núcleos de auto-fundamentação [sic], enfrentando os mesmos problemas constitucionais”.⁵⁵

Monismo e dualismo, segundo Armin von Bogdandy, devem ser substituídos por uma teoria do pluralismo jurídico, única, capaz de enfrentar o atual relacionamento entre normas jurídicas nacionais e internacionais, que não pode ser simplesmente resolvido pela pirâmide kelseniana, mas por uma concepção de “acoplamento”.⁵⁶ De fato, a dicotomia entre monismo (com a prevalência de uma norma jurídica, interna ou externa, sobre a outra) e dualismo (em que coexistem paralelamente as normas internacionais e nacionais) parece diante da nova configuração dos Estados em um mundo globalizado, em que o direito internacional agigantou-se para dialogar com as normas constitucionais, que deixaram sua clausura para se

⁵² PETERS, Anne. Humanity as the A and Ω of Sovereignty. **The European Journal of International Law**, v. 20 n. 3, 2009, p. 513-544, doi: 10.1093/ejil/chp026, p. 523; 526.

⁵³ *Ibid.*, p. 543.

⁵⁴ CALIXTO, Angela Jank; CARVALHO, Luciani Coimbra de. Pluralismo Jurídico: uma Nova Perspectiva a Respeito da Relação entre os Sistemas Jurídicos Internacional e Interno. In: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (coord.); GERBER, Konstantin et. al. (org.). **Constitucionalismo Multinível e Pluralismo Jurídico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 3-23, p. 11-12.

⁵⁵ NEVES, Marcelo. **Tranconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 123-125.

⁵⁶ BOGDANDY, Armin von. Configurar la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional publico. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, vol. 6, n. 3-4, 2008, p. 397-413, p. 399. Se soma a essa crítica Mireille Delmas Marty, ao defender a superação das modalidades sistêmicas ancoradas em hierarquia de normas jurídicas. DELMAS-MARTY, Mireille. **Les Forces Imaginantes Du Droit: Le Pluralisme Ordonné 2**. Paris: Seuil, 2006, p. 29.

abrir à influência material das ordens normativas externas.⁵⁷ Nessa linha, a própria pirâmide idealizada por Kelsen assumiria uma forma inacabada, descontínua, em que os diversos anéis normativos se interligam tal como guirlandas, o que não implicaria o fim das hierarquias, mas a sua compreensão de forma fluida, dinâmica e complexa.⁵⁸

O pluralismo jurídico, responsável pela interação de um pluriverso normativo, superando o isolamento em que se colocavam as constituições, também é em si uma categoria em construção. É possível apontar como elemento central que contribui para a identificação do fenômeno a “coexistência de normas e decisões de diferentes matizes, com ambição de regência do mesmo espaço social”, podendo desencadear convergências ou divergências de sentido.⁵⁹ A partir das lentes aplicadas a esse pluralismo jurídico, surgem variadas leituras: transconstitucionalismo⁶⁰, constitucionalismo transfronteiriço⁶¹, direito constitucional globalizado⁶², constitucionalismo transnacional⁶³; a sugerir um esclarecimento conceitual.

Como já observado, o pluralismo jurídico implica um multiverso de normas jurídicas, nacionais, regionais, internacionais, que versam sobre os mais diversos temas (normas comerciais, direito penal, direitos humanos), entrelaçando-se na medida em que se aplicam a situações concretas comuns. O transconstitucionalismo teorizado por Marcelo Neves adquire uma conotação mais específica. Ele emerge da impotência que as constituições democráticas e liberais têm enfrentado para cumprir com seus dois principais papéis: determinar coercitivamente o cumprimento de direitos e garantias fundamentais; limitar e controlar o poder estatal expansivo, garantindo sua eficiência organizacional. As limitações se devem ao fato de que problemas envolvendo direitos humanos não mais se limitam às fronteiras de um Estado, de modo que suas constituições se tornam elementos jurídicos insuficientes se concebidas como normas jurídicas dotadas de autoridade suprema em um dado território. Normas internacionais, ao lado das constitucionais, regulam legitimamente as mesmas

⁵⁷ BOGDANDY, Armin von. Configurar la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional publico. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, vol. 6, n. 3-4, p. 397-413, 2008, *passim*.

⁵⁸ DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

⁵⁹ RAMOS, André de Carvalho. Realizando a convergência entre o nacional e o internacional: os círculos concêntricos da pluralidade das ordens jurídicas no Brasil. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (coord.). **Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 437-468, p. 441.

⁶⁰ NEVES, Marcelo. **Tranconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, *passim*.

⁶¹ ARAUJO, Luis Claudio Martins de. **Constitucionalismo Transfronteiriço, Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**: a consistência argumentativa da jurisdição de garantias nos diálogos transnacionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

⁶² TUSHNET, Mark. The Inevitable Globalization of Constitutional Law. **Harvard Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Series Paper** No. 09-06. 18 dez. 2008. Available at: <http://ssrn.com/abstract=1317766>. Access in: Dec. 3, 2018.

⁶³ DIXON, Rosalind. Transnational Constitutionalism and Unconstitutional Constitutional Amendments. **University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper** No. 349, 2011. Available at: <http://www.law.uchicago.edu/academics/publiclaw/index.html>. Access in: Dec. 10, 2018.

questões – sua resolução dependerá de um entrelaçamento produtivo entre as diversas normas aplicáveis em um processo concretizador:⁶⁴

Na construção da norma jurídica e da norma de decisão, cada uma das ordens envolvidas pode considerar como dimensão do seu âmbito normativo elementos do âmbito material relevante originariamente para outra ordem, como também incorporar como dimensão do seu programa normativo partes do programa normativo de outras ordens. Ou seja, partindo simultaneamente dos textos normativos e dos casos comuns, podem ser construídas normas diversas tendo em vista os possíveis processos de concretização que se desenvolverão na ordem colidente ou parceira. [...] Portanto, a abertura normativa não quebra a consistência interna da cadeia de validação, antes serve a uma concretização jurídica normativamente adequada à pluralidade das ordens envolvidas.⁶⁵

Nessa toada, o transconstitucionalismo seria um fenômeno que lida com o pluralismo jurídico a partir de certos elementos constitucionais comuns, como o controle do exercício do poder político e a promoção de direitos. Esse transconstitucionalismo corresponderia a um “constitucionalismo relativo a soluções de problemas jurídico-constitucionais que se apresentam simultaneamente a diversas ordens”⁶⁶, colocadas em planos jurídicos nacionais diversos ou entre eles e ordens internacionais ou supranacionais. Em linha muito próxima a esse fenômeno, pode-se identificar o que Araújo chamou de “constitucionalismo transfronteiriço”, um fenômeno de interação entre ordens jurídicas nacionais e internacionais em que as estruturas judiciais de um Estado transbordam de suas fronteiras para construir, em parceria com outras ordens constitucionais e mesmo internacionais, um constitucionalismo multilateral e difundido globalmente.⁶⁷

Esse constitucionalismo transfronteiriço se atenta para os diferentes níveis de desenvolvimento constitucional, bem como as particularidades locais que identificam cada ordem jurídica, os quais devem ser considerados para a construção de soluções comuns. Rechaça a mera incorporação de padrões externos em prejuízo da consistência jurídica doméstica (o que seria próprio de um monismo de prevalência do direito internacional), de modo que o constitucionalismo transfronteiriço se erija a partir de “um consenso sobre o dissenso, entre tipos diversos de racionalidade”.⁶⁸

Tanto o constitucionalismo globalizado como o constitucionalismo transnacional vêm na mesma toada de identificação de problemas constitucionais comuns que se verificam transversalmente nas diversas constituições do globo. Tushnet observa que, embora a

⁶⁴ NEVES, *op. cit.*, p. 121.

⁶⁵ NEVES, Marcelo. **Tranconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 126-127.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 129.

⁶⁷ ARAUJO, Luis Claudio Martins de. **Constitucionalismo Transfronteiriço, Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**: a consistência argumentativa da jurisdição de garantias nos diálogos transnacionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 46.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 85.

globalização não implique um automático ou irreversível processo de constitucionalização de todos os Estados, é possível identificar que na medida em que eles competem por capital e por recursos humanos, a adesão a certos projetos do constitucionalismo liberal parece minimizar excepcionismos, favorecendo um processo em que as diversas ordens constitucionais se comunicam.⁶⁹ Rosalind Dixon menciona a existência de certas práticas constitucionais que seriam comuns a uma maioria de constituições ao redor do globo.⁷⁰

Para Ackerman, a ascensão dos tratados após a II Guerra Mundial, notadamente dos tratados internacionais de direitos humanos, acaba por contribuir e determinar o nascimento de uma espécie de constitucionalismo supranacional.⁷¹ Dois fatores seriam decisivos para esse novo cenário. De um lado, os múltiplos centros de poder se unem em um intenso projeto de coordenação, mais coeso que o de um tratado comum, em que cortes supranacionais assumem o papel de dizer esse direito supranacional a fim de constranger os Estados parte do sistema a interagir com suas normas. De outro, os tratados, assim como constituições, assumem uma função simbólica em que a proteção dos direitos humanos tem papel central, como marco separatório dessa nova ordem jurídica e a anterior, contaminada por graves violações de direitos humanos (“*new beginnings*”).⁷²

Sarmiento discorda desse caráter fundante dos novos tratados de direitos humanos, notadamente no âmbito europeu. Para ele, verifica-se um processo de constitucionalização de modo incremental, mas que não significaria uma verdadeira ruptura com o passado ou “uma mobilização do povo europeu”. Essa ausência do povo não comprometeu o projeto de uma constitucionalização comunitária que encontra sua sustentação em bases tecnocráticas ou ainda no ideal de “proteção de princípios de uma cultura constitucional comum, compartilhada pelos povos europeus”.⁷³ É preciso reconhecer, todavia, que esse “constitucionalismo europeu” observado por Sarmiento tem inegáveis notas convergentes com outras manifestações jurídicas no plano internacional – inclusive em ambientes tão diversos

⁶⁹ TUSHNET, Mark. The Inevitable Globalization of Constitutional Law. **Harvard Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Series Paper** No. 09-06. 18 dez. 2008. Available at: <http://ssrn.com/abstract=1317766>. Access in: Dec. 3, 2018, p. 2-4.

⁷⁰ DIXON, Rosalind. Transnational Constitutionalism and Unconstitutional Constitutional Amendments. **University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper** No. 349, 2011. Available at: <http://www.law.uchicago.edu/academics/publiclaw/index.html>. Access in: Dec. 10, 2018, p. 8-9.

⁷¹ ACKERMAN, Bruce. The rise of world constitutionalism. **Yale Law School. Faculty Scholarship series**. Paper 129. 1997. Available at: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/129/?utm_campaign=PDFCoverPages&utm_medium=PDF&utm_source=digitalcommons.law.yale.edu%2Ffss_papers%2F129. Access in: Feb. 2, 2019, p. 776-777.

⁷² *Ibid.*, p. 778-779. O autor faz uma análise do surgimento de democracias liberais e constitucionais em diversos estados (Alemanha, Índia, Hungria, África do Sul), em que normas de direitos humanos assumem posição central.

⁷³ SARMENTO, Daniel. O Direito Constitucional e o Direito Internacional: diálogos e tensões. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (coord.). **Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 93-137, p. 101-102.

como o sistema africano de proteção dos direitos humanos. O que a noção de constitucionalismo global de Tushnet procura ressaltar é justamente a existência de certos pontos de intersecção entre os sistemas jurídicos, domésticos ou internacionais, e não a existência de uma estrutura institucional única capaz de implementá-los.

As jurisdições que implementam essas normas são variadas em âmbito e força, e movimentam-se de forma dialógica entre os diversos níveis dos sistemas. Juízes nacionais passam a considerar decisões de cortes constitucionais estrangeiras ou internacionais no julgamento de casos similares, o que Tushnet denomina globalização descendente (“*top-down globalization*”). Nesse processo, a influência dos tratados internacionais, notadamente de direitos humanos, assume relevo especial, seja em razão de mecanismos jurídicos que implementam suas decisões, seja por meios mais difusos como o comprometimento da reputação internacional de Estados que não cumprem com suas obrigações.⁷⁴ Na visão do autor, a globalização dos padrões constitucionais também pode se erigir num processo ascendente (“*bottom-up globalization*”), a reboque dos interesses econômicos. Em virtude da competição entre os Estados pelos investimentos e o capital humano, o grau de constitucionalização pode se tornar um fator determinante, pois ocupariam posição privilegiada os Estados capazes de garantir direitos e liberdades individuais, segurança institucional e controle dos poderes públicos.⁷⁵

O direito constitucional globalizado de Tushnet mostra-se, portanto, como um produto do pluralismo jurídico, que se ocupa dos canais abertos entre os diversos sistemas para promover um intercâmbio de ideias constitucionais. Ainda que não haja meios para definir o grau de comprometimento com que os Estados avançam nessas trocas – até porque existem elementos políticos e econômicos domésticos que podem atuar como verdadeiros freios – seria possível identificar que a convergência em torno de direitos humanos é mais intensa e rápida do que temas que envolvam estruturas administrativas ou políticas.⁷⁶

De fato, não se pode pensar um constitucionalismo global no sentido de expandir para os níveis internacionais a estrutura do constitucionalismo liberal presente nas sociedades ocidentais. Falta ao plano internacional uma estrutura de organização política que possa sugerir a comparação com o papel do constitucionalismo dentro dos Estados, já que estaria desprovido de mecanismos capazes de implementar, pelo uso da força, suas decisões no plano

⁷⁴ TUSHNET, Mark. The Inevitable Globalization of Constitutional Law. **Harvard Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Series Paper** No. 09-06. 18 dez. 2008. Available at: <http://ssrn.com/abstract=1317766>. Access in: Dec. 3, 2018, p. 5-7.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 9-11.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 19. Como será abordado adiante, os direitos humanos (ainda que vastos e múltiplos, na linguagem de Tushnet) podem representar, diante do pluralismo jurídico, um discurso a partir do qual se poderiam erigir *standards* comuns.

concreto⁷⁷, bem como mecanismos de *checks and balances*. A dimensão coercitiva, aliás, sequer seria desejável pelas dificuldades empíricas e morais decorrentes de uma autoridade mundial com esse nível de poder.

Diante de todas as suas expressões, o que se percebe comum é a possibilidade de soluções conflitantes entre os diversos níveis jurídicos para um mesmo caso concreto, o que demanda, nas palavras de Mireille Delmas-Marty, “*ordonner le plural*”.⁷⁸

2.2 A NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO DO PLURALISMO JURÍDICO EM TORNO DOS DIREITOS HUMANOS

Solucionar os conflitos de normas, e mesmo a sobreposição das ordens jurídicas, exige processos que possam, de um lado, atribuir algum nível de segurança aos sistemas, mas de outro, não comprometer seu caráter multifacetado. Se a união de todos os plurais é utópica, a separação que supõe uma autonomia perfeita igualmente inexistente (nem de fato, nem de direito, como se percebeu a partir da ressignificação do conceito de soberania). A resposta passa pelo processo continuamente dinâmico de imbricação recíproca entre o unitário e o múltiplo⁷⁹, de modo que Delmas-Marty se refere à expressão “*ordering pluralism*”, justamente para ressaltar a ideia de movimento, razão pela qual a tradução empregada será “ordenação”.⁸⁰

Essa “ordenação” não é um movimento de engajamento opcional, mas uma real necessidade do contexto jurídico atual decorrente da transposição de fronteiras dos problemas humanos, como as catástrofes ambientais e o aquecimento global.⁸¹ Nesses casos, o excesso de autonomia dos Estados pode levar a certos “buracos negros jurídicos”, em que um Estado econômica e politicamente mais forte rejeita padrões internacionais alegando violação de interesses próprios, como se verificou com o *Patriot Act* editado pelos Estados Unidos em resposta aos atentados terroristas de 2001.⁸² A solução para a complexidade jurídica está em

⁷⁷ SARMENTO, Daniel. O Direito Constitucional e o Direito Internacional: diálogos e tensões. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (coord.). **Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 93-137, p. 108-109.

⁷⁸ DELMAS-MARTY, Mireille. **Les Forces Imaginantes Du Droit: Le Pluralisme Ordonné 2**. Paris: Seuil, 2006, p. 9.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 7-9.

⁸⁰ DELMAS-MARTY, Mireille. Ordering Pluralism. Max Weber Lecture Series 2009/06. **European University Institute**, Florence. ISSN 1830-7736. 2009, Available at: https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/14274/MWP_LS_2009_06.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Access in: Dec. 03, 2018.

⁸¹ DELMAS-MARTY, *op. cit.*, 2006, p. 19.

⁸² *Ibid.*, p. 23.

“manter uma separação, sem impor a fusão, e ainda construir uma ordem, ou um espaço ordenado”.⁸³

Diante desse quadro, Delmas-Marty oferece três propostas de ordenação do pluralismo jurídico: coordenação por entrecruzamento, unificação e harmonização.⁸⁴ Cada uma delas merece ser analisada, na medida em que o relacionamento entre os atores jurídicos, assim como os espaços de poder para dizer e aplicar o direito, dependerão intrinsecamente de suas características estruturais.

A coordenação por entrecruzamento se verifica na importação da legislação estrangeira pelos legisladores nacionais, bem como na troca de conceitos jurídicos sobre direitos humanos entre juízes, em um processo não vinculante chamado “referências cruzadas”.⁸⁵ Assim, são os órgãos responsáveis pela aplicação do direito que lançam luz sobre os pontos de interdependência das ordens jurídicas em um processo orientado diretamente pelos casos concretos e desenvolvido horizontalmente, sem hierarquia entre seus atores. Se de um lado pode haver “imitação” de norma jurídica do outro sistema, de outro pode haver franco rechaço, com base na evidência das circunstâncias diferenciadas do caso concreto. Como não há um único tribunal cujas decisões tenham força vinculante para todos os demais sistemas, os juízes acabam por trocar impressões, mediante o intercâmbio de jurisprudência. É certo que nesse intercâmbio, algumas decisões, porque oriundas de determinados tribunais, acabam por gozar de maior prestígio do que outras, assim como as referências cruzadas se dão com maior frequência entre tribunais com jurisdição sobre matérias afins, como as cortes supranacionais de direitos humanos.⁸⁶

Precisamente em razão da ausência de hierarquia entre juízes e cortes que realizam essas “referências cruzadas”, a integração entre os sistemas acaba por ser incompleta: os juízes interagem abertamente com os diversos sistemas jurídicos sem se comprometerem com a criação de *standards* comuns, de modo que não se resolvem conflitos normativos. Sugere Delmas-Marty que uma das soluções seria recuperar critérios de interpretação como as noções de *ius cogens*⁸⁷, o que resta dificultado em razão da ausência de qualquer verticalidade nesse

⁸³ *Ibid.*, p. 26.

⁸⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. **Les Forces Imaginantes Du Droit: Le Pluralisme Ordonné 2**. Paris: Seuil, 2006, p. 37.

⁸⁵ DELMAS-MARTY, Mireille. Ordering Pluralism. Max Weber Lecture Series 2009/06. **European University Institute**, Florence. ISSN 1830-7736. 2009, Available at: https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/14274/MWP_LS_2009_06.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Access in: Dec. 3, 2018, p. 2.

⁸⁶ DELMAS-MARTY, *op. cit.*, 2006, p. 47.

⁸⁷ Conceito determinado pelo artigo 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969: “*a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.*” UNITED NATIONS. **Viena Convention on the Law of the Treaties**. Viena, 1969. Treaties Series, n. 1155, 2005, p. 331.

processo espontâneo. Dessa forma, se a coordenação por entrecruzamento logra preservar a diversidade inerente ao pluralismo jurídico, não tem o mesmo sucesso em sua “ordenação”.⁸⁸

Outra alternativa de ordenação seria a unificação, que Delmas-Marty diferencia em duas modalidades: a unificação por transplantação e a por hibridização. Na primeira, verificar-se-ia a integral transplantação de um sistema jurídico para outro, de forma unilateral e sem reciprocidade, o que implicaria uma dominação hegemônica comprometendo integralmente a ideia de diversidade. É o que se verifica em incorporações de território em razão de conflitos armados entre Estados. Já na unificação por hibridização, o surgimento de um sistema jurídico se dá a partir da fusão de elementos provenientes dos diversos outros, reunindo características elementares de seus originais, mas não se confundindo totalmente com nenhum deles. É o que a autora vislumbra na União Europeia, bem como na construção do sistema jurídico do Tribunal Penal Internacional. Essa última modalidade mostra-se compatível com o pluralismo, desde que certos requisitos sejam atendidos.⁸⁹

Em primeiro lugar, a hibridização não deve implicar um processo de dominação de uma ordem jurídica sobre a outra – há o risco de uma transplantação mascarada no sistema jurídico guarda-chuva em razão da maior autoridade (política) de um sistema em relação aos demais. Em segundo, a unificação por hibridização deveria gerar alguma estabilidade final, em que a contribuição dos sistemas jurídicos consiga ser acomodada de forma segura no conjunto de normas supranacional. No caso do Estatuto de Roma, essa estabilização nem sempre sai como o esperado, e se mostra mais instável na medida em que os diversos sistemas disputam espaços para a formação daquele que será hierarquicamente superior.⁹⁰ Mas o fator determinante da hibridização é a criação de uma gramática comum, em que o resultado jurídico da confluência das normas pluralistas seja supranacional e progressivamente autônomo. Nesse sentido, a coerência do sistema não está no seu momento inicial, mas é construída a partir de princípios diretores capazes de definir uma gramática jurídica que seja comum a todos.⁹¹

Essa gramática comum poderia ser encontrada, a título de exemplo, na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia que, após o Tratado de Lisboa, passou a ter força

⁸⁸ DELMAS-MARTY, *op. cit.*, 2006, p. 67-68.

⁸⁹ DELMAS-MARTY, Mireille. **Les Forces Imaginantes Du Droit: Le Pluralisme Ordonné 2**. Paris: Seuil, 2006, p. 102-103; 107.

⁹⁰ Tratando especificamente do Tribunal Penal Internacional, a autora percebe que se verificou prioritariamente uma “exportação” de um modelo ocidental de justiça, a partir de uma mescla dos sistemas acusatório e inquisitório tal como reconhecidos na Europa e nas Américas. *Ibid.*, p. 112-113; 121.

⁹¹ Esses princípios, por sua vez, surgiriam a partir de um cruzamento de princípios internacionais que sejam aceitáveis em todas as ordens jurídicas. *Ibid.*, p. 124-125.

vinculante para todos os Estados-Membros.⁹² Conforme previsto no artigo 7º do Tratado da União Europeia, o Estado membro que manifestamente violar os direitos fundamentais previstos na Carta, em desrespeito aos valores inscritos no artigo 2º⁹³, estará sujeito a medidas da União Europeia que poderão culminar com a sua exclusão.⁹⁴ A partir dessa redação, seria possível deduzir que tanto os direitos fundamentais, quanto os valores consagrados nesse artigo 2º correspondem a uma gramática comum de direitos capaz de unificar por hibridização o pluralismo jurídico europeu. O mesmo se poderia cogitar a respeito dos direitos humanos inscritos na Convenção Europeia de 1950 e na Convenção Americana de 1969. Entretanto, da categoria criada por Delmas-Marty se percebe a necessidade de um tribunal forte e centralizador, capaz de implementar o direito unificado com a mesma eficácia de um verdadeiro controle de constitucionalidade: as normas supranacionais adquirem um caráter rígido em que espaços para interpretações diversas seriam reprimidos, em comprometimento do pluralismo.⁹⁵

A unificação por hibridização avança precisamente no ponto em que a coordenação é falha: hierarquia e vinculação. Por meio da unificação, os diferentes sistemas jurídicos seriam combinados em um modelo hierárquico similar ao de uma estrutura nacional, mediante um controle de constitucionalidade com parâmetros rígidos de validade. Essa proposta enfrenta dificuldades empíricas, pois sua implementação seria problemática em termos práticos – seja pela extensão audaciosa de unir todos os sistemas jurídicos do globo, seja pela dificuldade inerente à sua fiscalização e aplicação. Além disso, seria igualmente difícil de justificar sua legitimidade em termos éticos:⁹⁶ ainda que se pense em valores jurídicos comuns, que possam ser partilhados por todos os sistemas, a união hierarquizada representa desafios que sequer seriam compensadores em termos de organização.

⁹² RAULUS, Helena. The Charter of Fundamental Rights as a set of constitutional principles. In: TRYBUS, Martin; RUBINI, Luca. **The Treaty of Lisbon and the Future of European Law and Policy**. Cheltenham, UK: Edward Elgar, p. 181-199, p. 182-183.

⁹³ “*The Union is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities. These values are common to the Member States in a society in which pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men prevail.*” EUROPEAN UNION. **Treaty on the European Union**. Official Journal of the European Union, 26 oct. 2012, p. 326.

⁹⁴ RAULUS, Helena. The Charter of Fundamental Rights as a set of constitutional principles. In: TRYBUS, Martin; RUBINI, Luca. **The Treaty of Lisbon and the Future of European Law and Policy**. Cheltenham, UK: Edward Elgar, p. 181-199, p. 185.

⁹⁵ DELMAS-MARTY, Mireille. **Les Forces Imaginantes Du Droit: Le Pluralisme Ordonné 2**. Paris: Seuil, 2006, p. 129.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 101.

A harmonização surge como uma proposta menos audaciosa que a unificação, pois se preservariam os diversos sistemas jurídicos plurais, mas ao mesmo tempo eficiente em termos de ordenação.⁹⁷

A conformidade entre direito nacional e supranacional⁹⁸ resultaria de uma certa dose de controle, mas também de alguma deferência às autoridades domésticas, para que disponham de certa flexibilidade na implementação de suas normas.⁹⁹ Nesse caso, as normas supranacionais adquirem uma força diretiva que passa a ser complementada pelas normas nacionais, as quais têm resguardado algum espaço de autonomia em função da aplicação do princípio da subsidiariedade ou complementariedade.¹⁰⁰

Nessa ordenação dinâmica inerente à harmonização, verifica-se um processo de “hierarquias emaranhadas”, que transparece um movimento ascendente do direito interno para o direito supranacional, e outro descendente, em que o direito supranacional se nacionaliza.¹⁰¹ É precisamente o movimento de constitucionalização do direito internacional e internacionalização do direito constitucional.¹⁰² Esse fenômeno dinâmico tem sua origem,

⁹⁷ Em linha muito próxima aquela proposta por Delmas-Marty surge a ideia difundida a partir da integração europeia de “pluralismo constitucional”, em que um conjunto de diversas ordens constitucionais interagem entre si, sem a existência de uma autoridade institucional capaz de hierarquicamente impor sua visão normativa. Nele, o equilíbrio institucional seria derivado da possibilidade de se pensar um desenho institucional em que diversas instituições participam da criação do direito em um processo de colaboração e controle mútuos, o que é possível no caso da União Europeia, em que funções soberanas dos Estados passaram a ser exercidas também por instituições supranacionais, como o Parlamento Europeu e a Corte de Justiça da União Europeia. TORRES PÉREZ, Aida. En defensa del pluralismo constitucional. *In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.). Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos: Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 457-480, p. 473-475.

⁹⁸ Aqui se utiliza a distinção elaborada por Delmas-Marty e Izorche entre a esfera jurídica internacional (da relação entre Estados), transnacional (da relação entre ordens jurídicas internas) e supranacional (da existência de um direito externo que se relaciona com o direito dos Estados, e que pode ser oposto aos Estados em prol das pessoas como sujeitos de direito). DELMAS-MARTY, Mireille; IZORCHE, Marie-Laure. Marge nationale d’appréciation et internationalisation du droit: réflexions sur la validité formelle d’un droit commun pluraliste. *Revue de droit de McGill*, n. 46, p. 923-954, 2001, p. 926.

⁹⁹ DELMAS-MARTY, Mireille. Ordering Pluralism. Max Weber Lecture Series 2009/06. **European University Institute**, Florence. ISSN 1830-7736. 2009, Available at: https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/14274/MWP_LS_2009_06.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Access in: Dec. 3, 2018, p. 3.

¹⁰⁰ A subsidiariedade regula a alocação de autoridade pública em um sistema multinível a partir da preferência pelas decisões adotadas nos locais. Esse princípio engloba uma dimensão negativa que limita as competências das autoridades dos níveis mais altos (supranacionais) para garantir espaço a decisões políticas e jurídicas adotadas por autoridades locais; e uma dimensão positiva que favorece o controle dessas decisões por entidades supra-estatais, como Conselhos e Tribunais de Direitos Humanos. NEGISHI, Yota. The subsidiarity principle’s role in allocating competences between human rights courts and states parties: the hybrid model of centralized and diffused conventionality control of domestic law. *In: BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia (coord.). Ius Constitutionale Commune na América Latina*. V. III. Diálogos Jurisdicionais e Controle de Convencionalidade. Curitiba: Juruá, 2016, p. 125-160, p. 126. Nessa linha, a subsidiariedade abarca tanto o respeito pelo pluralismo quanto a necessidade de regras comuns que harmonizem as particularidades. Por se tratar de um conceito essencial capaz de identificar o papel das jurisdições na definição dos direitos humanos, será abordado no capítulo seguinte, em que se tratará da ideia de deferência, e da doutrina da margem de apreciação.

¹⁰¹ DELMAS-MARTY, Mireille. **Les Forces Imaginantes Du Droit: Le Pluralisme Ordonné** 2. Paris: Seuil, 2006, p. 71-72.

¹⁰² GUEDES, Armando M. Marques. A internacionalização do direito constitucional e a constitucionalização do direito internacional. *Revista de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, 1995. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1481/1410>. Acesso em: 27 jan. 2019.

segundo Ramos, na expansão quantitativa (quantidade de normas tratando de diversas situações) e qualitativa (existência de mecanismos de aplicação destas normas) do Direito Internacional. Além de as normas internacionais regularem temas outrora considerados internos, são aplicadas por uma rede complexa de órgãos, de modo que os Estados se vinculam livremente a compromissos internacionais e demandam a criação de tribunais capazes de cobrar o mesmo comportamento de todos os Estados pertencentes ao sistema supranacional.¹⁰³

A interação promovida pela abertura das normas constitucionais à integração supranacional cria “espaços constitucionais” – não em sentido hierárquico¹⁰⁴, mas como espaços de influência, interdependência e complementariedade recíprocas.¹⁰⁵ Paralelamente, verifica-se um movimento centrípeto, tendente à centralização normativa de princípios comuns na esfera supranacional, e outro centrífugo, em que as esferas normativas nacionais e locais fogem da integração em busca da preservação de certos espaços de autonomia.¹⁰⁶

O processo de harmonização se operacionaliza caso a caso, abrindo espaço para a subversão das hierarquias na medida em que normas constitucionais eventualmente determinem o sentido e o alcance de normas supranacionais. Justamente em razão do elevado grau de abstração das normas gerais, como as normas de direitos humanos, juízes e administradores nacionais detêm uma margem para definir o conteúdo de um preceito normativo interno.¹⁰⁷ Assim, a integração promovida pela harmonização assume uma feição interligada pela qual sistemas jurídicos nacionais se encontram conectados a princípios internacionais em razão da subsidiariedade, e essa conexão promove legitimidade.¹⁰⁸ Essa integração jurídica é de fato pluralista pois permite a coexistência de dois ou mais níveis jurídicos que interagem, influenciando-se reciprocamente.¹⁰⁹ Entretanto, trata-se de

¹⁰³ RAMOS, André de Carvalho. Realizando a convergência entre o nacional e o internacional: os círculos concêntricos da pluralidade das ordens jurídicas no Brasil. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (coord.). **Diálogos Jurídicionais e Direitos Humanos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 437-468, p. 442-443.

¹⁰⁴ Em sentido contrário, reconhecendo uma relação hierárquica entre princípios transnacionais e normas internas, Vicki Jackson e Rosalind Dixon defendem a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de emendas constitucionais com base na violação de princípios transnacionais. DIXON, Rosalind. Transnational Constitutionalism and Unconstitutional Constitutional Amendments. **University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper** No. 349, 2011. Available at: <http://www.law.uchicago.edu/academics/publiclaw/index.html>. Access in: Dec. 10, 2018, p. 2-3.

¹⁰⁵ GARCÍA ROCA, Javier. **El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración**. 1 ed. Cuadernos Civitas. Thomson Reuters, 2010, p. 216.

¹⁰⁶ DELMAS-MARTY, Mireille. **Les Forces Imaginantes Du Droit: Le Pluralisme Ordonné 2**. Paris: Seuil, 2006, p. 80.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 104-107.

¹⁰⁸ A subsidiariedade repousa no coração dos sistemas de direitos humanos porque está baseada na premissa da autonomia e da dignidade humana, segundo a qual a cada um deveria ser garantido um espaço para definir os seus objetivos e persegui-los. CAROZZA, Paolo. **Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law**. Notre Dame Law School. Scholarly Works. Paper 564. 2003. Available at: http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/564. Access in: Feb. 20, 2019, p. 43.

¹⁰⁹ DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 110.

performance complexa, pois a extensão e a profundidade das dimensões de controle e deferência não estão perfeitamente delimitadas.¹¹⁰

Dos processos de integração e ordenação do pluralismo propostos por Delmas-Marty, especialmente a unificação por hibridização e a harmonização sinalizam para a construção de um direito comum apto a estabelecer elementos de ligação entre os sistemas, fornecendo alguma coerência e segurança. Se no primeiro caso, contudo, essa segurança pode assumir uma forma engessada com aplicação autoritária, no segundo, em razão da subsidiariedade, abrem-se espaços de interação entre os sistemas nacional e local, com o supranacional e global. Entre um e outro pende uma balança que tem em um de seus pratos a coesão, e no outro a diversidade. Se na unificação há maior coesão, compromete-se a diversidade. Essa, contudo, seria preservada pela harmonização, ainda que em prejuízo de uma coerência total no sistema.

Há que se considerar, todavia, que o pluralismo é, empiricamente, indelével. Tal como criação humana, o direito está sempre a serviço das necessidades e dos interesses de seus titulares, por mais contraditórios que sejam. É um elemento dinâmico que busca estabilizar as relações sociais, mas na paradoxal tentativa de acompanhá-las, torna-se, ele próprio, volúvel. Dessa forma, por maior que seja a busca pela padronização das fórmulas jurídicas, em algum lugar do planeta alguma nova prática sempre poderá surgir.¹¹¹ De modo a não deslegitimar a criatividade normativa, mas buscando precisamente compreendê-la a partir de uma linguagem comum, a harmonização surge como o processo de ordenação do plural mais condizente com a realidade.

É fato que se o objeto de análise se reduz do plano global para planos regionais, a maior identidade cultural entre os povos pode determinar uma harmonização com tintas mais uniformes, um peso maior para a coesão. Nesse caso, a harmonização resulta na compatibilização das distintas interpretações possíveis das normas jurídicas em questão, pois a diversidade absoluta implica isolamento, o que não é mais faticamente possível. O grau de respeito à diferença pode variar, nesse sentido, em função do grau de pluralismo jurídico (constitucional) vigente.¹¹² Assim, as categorias de Delmas-Marty não precisam ser

¹¹⁰ É precisamente nesse espaço que a presente tese se insere, buscando apresentar critérios para que se possa identificar os espaços de deferência no sistema jurídico interamericano de proteção dos direitos humanos.

¹¹¹ A divergência jamais poderá ser totalmente eliminada, seja em razão das diferenças estruturais do pluralismo, a regionalização do direito (a implicar diferentes leituras culturais dos fenômenos normativos) e as diferentes variações dos modos de produção econômica. SKORDAS, Aquilles. Treaty Interpretation and Global Governance: The Role of Domestic Courts. In: AUST, Helmut Phillip; NOLTE, Georg (ed.). **The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence**. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 290-316, p. 291, 293.

¹¹² SAIZ ARNAIZ, Alejandro. La interacción entre los tribunales que garantizan derechos humanos: razones para el diálogo. In: SAIZ ARNAIZ, Alejandro (Director); SOLANES MULLOR, Joan; ROA ROA, Jorge Ernesto. **Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**. Valência: Tirant lo Blanch, 2017, p. 29-43, p. 31.

compreendidas de forma exangue, mas fornecem chaves para se compreender os processos de integração dos sistemas jurídicos multinível, processos estes que enfrentam avanços e retrocessos à luz das mudanças econômicas, sociais e políticas.¹¹³

Nesse cenário, propõe-se a linguagem aberta dos direitos humanos para fornecer os padrões mínimos capazes de ditar um ambiente receptivo para os diálogos entre as diversas sociedades do mundo, enquanto uma “comunidade geral de valores”¹¹⁴ – ainda que possam fundamentar graves conflitos quando surgem versões antagônicas sobre sua violação.¹¹⁵ Mas é inegável que especialmente após o fim da II Guerra Mundial, o Direito Internacional dos Direitos Humanos ganhou uma projeção cosmopolita, de modo que não se discute mais o valor dos direitos humanos enquanto dimensão da dignidade humana, discute-se sua abrangência, sua aplicação e sua efetividade.¹¹⁶

Os direitos humanos abrem um espaço que se propõe a acomodar as singularidades, não mais se restringindo à jurisdição dos Estados, mas sim de uma ação concorrente entre cortes estatais, supranacionais e internacionais.¹¹⁷ Na jurisprudência global, em toda a sua extensão, proliferam discussões sobre direitos humanos.¹¹⁸ Os sistemas internacional e regional de direitos humanos forjaram mecanismos jurídicos que fomentam um ambiente multicultural¹¹⁹, no qual os indivíduos são convocados a operacionalizar seus direitos humanos contra a opressão e o abuso do poder. Esses sistemas funcionam também como catalizadores para o discurso sobre os direitos, na medida em que dão voz a atores que por vezes não se fariam ouvir em seus sistemas jurídicos locais ou domésticos.¹²⁰ Assim, não só a pluralidade de sistemas encontra espaço, mas a pluralidade de interesses, de direitos e de

¹¹³ A integração dos sistemas penais avançou especialmente após os atentados de 11 de setembro de 2001, mas também, em contrapartida, uma intensificou-se o uso da soberania como defesa dos Estados. No caso da União Europeia, o Tratado de Lisboa passou a permitir que os Estados se retirassem voluntariamente da União, ou reduzissem sua esfera de atribuições. DELMAS-MARTY, Mireille. L' intégration européenne entre pluralisme, souverainisme et universalisme. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 3, p. 447-454, 2016, p. 452.

¹¹⁴ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRAVO, Irina Graziela Cervantes. Diálogos jurisdicionais e acesso (universal?) à justiça: a possível construção de um fundamento processual para o cosmopolitismo. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (coord.). *Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 253-294, p. 256.

¹¹⁵ ALLARD, Julie. La “cosmopolitisation” de la justice: entre mondialisation et cosmopolitisme. Dossier Mondialisation et cosmopolitisme. *Dissensus - Revue de philosophie politique de l'ULg*, n. 1, Décembre, 2008. Disponible en: <https://popups.uliege.be/443/2031-4981/index.php?id=213>. Consulté le 27 jan. 2019, p. 78.

¹¹⁶ Segundo Bobbio, “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, [é] não tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 7 tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 16. Em que pese a efetivação das normas de direitos humanos seja, sem dúvida, um capítulo não resolvido em diversos espaços sociais da humanidade, entende-se que o seu conteúdo e significado permanecem abertos, em discussão, e esse aspecto encerra grandes desafios.

¹¹⁷ BIDART CAMPOS, Germán Jorge. La interpretación de los derechos humanos en la Jurisdicción Internacional y en la Jurisdicción Interna. In: NIETO NAVIA, Roberto (ed.). *La corte y el sistema interamericano de derechos humanos*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos-Unión Europea, 1997, p. 93.

¹¹⁸ SLAUGHTER, Anne-Marie. *A New World Order*. New Jersey: Princeton University Press, 2004, p. 79.

¹¹⁹ KYMLICKA, Will. *Multicultural Citizenship*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 9.

¹²⁰ ALLARD, *op. cit.*, p. 79.

identidades passa a ser veiculada por cortes constitucionais e pelos sistemas de proteção dos direitos humanos.¹²¹

Os direitos humanos, em razão da acessibilidade promovida pelos diversos sistemas jurídicos que os veiculam e institucionalizam, acabam por satisfazer a pretensão de um direito comum acessível a todos, não só monopolizado por especialistas e intérpretes oficiais.¹²² Como essas normas podem combinar múltiplos significados, os sistemas jurídicos devem assumir uma identidade liberal capaz de preservar a divergência.¹²³ Ainda que as decisões sobre direitos humanos precisem ser individualizadas no sentido de atentar às circunstâncias históricas, culturais e políticas de cada caso, tanto a preocupação com sua efetividade, quanto os recursos racionais usados para a sua implementação, ultrapassam fronteiras.¹²⁴

Ainda assim, os direitos humanos são um recurso limitado e em si desafiador para sustentar a harmonização dos sistemas jurídicos plurais em virtude de sua heterogeneidade e multiplicidade: convivem diversos documentos jurídicos internacionais e nacionais que permitem leituras e sentidos diferentes.¹²⁵ A interpretação de uma dada norma veiculadora de direito humano poderá gerar controvérsias, leituras e abordagens díspares.¹²⁶ Em regra, causas envolvendo direitos humanos representam uma disputa de sentidos dos direitos envolvidos no caso concreto, cuja definição de sentido é dada por uma multiplicidade de atores nacionais e internacionais. Quanto mais racional e aberta for a discussão sobre os sentidos possíveis, mais legítimos serão os sentidos definidos, de modo que o sentido mais adequado ao caso concreto dependerá de uma intensa interlocução entre todas as ordens jurídicas envolvidas¹²⁷, e mais além todas as concepções culturais em disputa.

Essa polissemia não precisa ser vista, todavia, como um revés, mas como um trunfo dos direitos humanos, desde que, como se propõe nessa tese, a disputa de sentidos encontre um espaço racional de fundamentação, a partir de uma opção combinatória capaz de articular

¹²¹ Os veículos para essas manifestações podem variar de sistema para sistema. Enquanto no sistema europeu de direitos humanos, as vítimas de violações podem acessar diretamente o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no sistema interamericano, as vítimas devem levar a denúncia à Comissão Interamericana. De qualquer forma, ambos os sistemas estão fundados na participação da pessoa humana.

¹²² DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 207.

¹²³ KYMLICKA, *op. cit.*, p. 75.

¹²⁴ SLAUGHTER, Anne-Marie. **A New World Order**. New Jersey: Princeton University Press, 2004, p. 80.

¹²⁵ DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 181-182; 262-263. No mesmo sentido, MENKE, Christoph; POLLMANN, Arnd. **Filosofia de los Derechos Humanos**. Traducción de Remei Capdevilla Werning. Barcelona: Herder, 2010.

¹²⁶ Em tom crítico da multiplicidade inerente às normas de direitos humanos: “*The Picture of international (human rights) law might therefore be described as a chaotic environment, ‘a jungle’ or a ‘cacophony’, through which the different users of the law (including judges, rights holders, duty bearers, NGOs and academics) have difficulties to find their way and in which the precise content of the rights and obligations lacks clarity*”. STAES, Dorothea. The importation of “external sources” by the ECtHR. In: ARCARI, Maurizio; BALMOND, Louis (ed.). **Judicial Dialogue in the International Legal Order: between pluralism and legal certainty**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2014, p. 61-89, p. 66.

¹²⁷ NEVES, Marcelo. **Tranconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 256.

propostas divergentes.¹²⁸ O fato inegável é o que a abertura inerente ao ambiente jurídico normativo projetado pelos direitos humanos acaba por servir de incentivo à adesão por parte dos Estados.¹²⁹ É certo que muitas divergências ainda se sustentam a respeito da interpretação dos direitos humanos. A própria dimensão e o conteúdo de dignidade humana pode ser permeada por nuances diversas – e essa é a vantagem e o desafio inerente às normas de direitos humanos. Mas é difícil encontrar um sistema jurídico que despreze a importância de se afirmar direitos da pessoa humana.¹³⁰ Ainda que possam surgir interpretações variadas, os sentidos não serão antagônicos. Nas palavras de Tushnet: “*we might observe races to different points, but not to points widely separated on some relevant measure of human rights overall*”.¹³¹

Se os direitos humanos podem atuar, de um lado, como denominador comum entre os diversos sistemas jurídicos, também podem, de outro, eles próprios demandar uma interação entre as várias ordens (constitucionais, regionais, globais) para que se viabilizem no plano prático.¹³² Significa dizer que os direitos humanos são tanto causa como produto da harmonização entre os sistemas.

Assim, as ideias apresentadas permitem reconhecer nos direitos humanos o vértice capaz de promover a harmonização do pluralismo jurídico, estabelecendo *standards* comuns para todos os sistemas jurídicos, porém mantendo espaços para que as particularidades locais se viabilizem. Para comunicar e construir esses *standards*, é preciso que as ideias se comuniquem entre os múltiplos sistemas, o que tem sido realizado por uma comunicação entre as jurisdições presentes nesses sistemas. Assim, torna-se necessário analisar a categoria dos diálogos.¹³³

2.3 DIÁLOGOS JUDICIAIS

¹²⁸ DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 183.

¹²⁹ VENTER, François. Globalization of Constitutional Law through comparative Constitution-making. **Law and Politics in Africa, Asia and Latin America**, V. 41, N. 1, 2008, p. 16-31. Publicado por: Nomos Verlagsgesellschaft mbH Stable. Available at: <http://www.jstor.org/stable/43239422>. Access in: May 5, 2016, p. 24.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 25.

¹³¹ TUSHNET, Mark. The Inevitable Globalization of Constitutional Law. **Harvard Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Series Paper No. 09-06**. 18 dez. 2008. Available at: <http://ssrn.com/abstract=1317766>. Access in: Dec. 3, 2018, p. 21.

¹³² CALIXTO, Angela Jank; CARVALHO, Luciani Coimbra de. Pluralismo Jurídico: uma Nova Perspectiva a Respeito da Relação entre os Sistemas Jurídicos Internacional e Interno. *In*: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (coord.); GERBER, Konstantin et. al. (org.). **Constitucionalismo Multinível e Pluralismo Jurídico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 3-23, p. 12.

¹³³ A ideia de diálogo é inerente ao pluralismo e ao multiculturalismo. GARCÍA ROCA, Javier. El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo. UNED, **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 30, 2012, p. 183-224. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.30.2012.7005>. Acceso en: 19 feb. 2019, p. 189.

A multiplicidade de sistemas jurídicos só pode atingir alguma ordenação se aqueles que detêm autoridade para definir o conteúdo, a extensão e a aplicação das normas jurídicas conversarem entre si. Essas conversas, atualmente, são uma realidade, uma prática jurisdicional que surgiu muito antes que se pudesse teorizar a seu respeito.¹³⁴ Significa dizer que os múltiplos polos de produção jurisdicional do direito têm se engajado, como uma decorrência natural da globalização, da atenuação das distâncias e dos canais abertos pela tecnologia da informação.¹³⁵ São esses diálogos que serão objeto de análise, embora haja outras modalidades, como os diálogos decorrentes de uma espécie de “diplomacia judicial”, a qual favorece encontros formais (conferências, congressos) ou informais (como a mera troca de impressões a respeito de casos concretos)¹³⁶ entre os juízes, com resultados muito produtivos em termos de intercâmbio de ideias.¹³⁷

Ainda que se entenda que o fenômeno do diálogo entre os juízes não seja em si novo, o que chama a atenção é sua intensidade, as fronteiras que ultrapassa, as formas que assume: os diálogos entre juízes passaram a ser vistos como autêntica forma de “dizer o direito, de descobri-lo ou de construí-lo”, contendo em si a semente de um novo direito e de uma nova justiça.¹³⁸ As respostas interpretativas não surgem num único instante, mas decorrem de um processo fragmentário de interações contínuas.¹³⁹

Nessa toada, a divisão tradicional entre jurisdição doméstica e internacional acaba por sintetizar-se em uma comunidade global de juízes, que partilha a função de aplicar normas jurídicas para solucionar casos concretos.¹⁴⁰ Ainda que não toque todas as cortes do globo, já se revela uma realidade visível, reforçando a importância e o papel dos juízes na harmonização dos sistemas jurídicos. A jurisdição se torna uma empreitada comum:

The result is that participating judges see each other not only as servants and representatives of a particular polity, but also as fellow professionals in an endeavor that transcends national borders. They face common substantive and

¹³⁴ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. What Do We Mean When We Talk About Judicial Dialogue? Reflections of a Judge of the Inter-American Court of Human Rights. *Harvard Human Rights Journal*, v. 30, 2017, p. 90.

¹³⁵ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. *El Diálogo Judicial: máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos*. México: Porrúa, 2013, p. XIX.

¹³⁶ ALLARD, Julie. La “cosmopolitisation” de la justice: entre mondialisation et cosmopolitisme. Dossier Mondialisation et cosmopolitisme. *Dissensus - Revue de philosophie politique de l’ULg*, n. 1, Décembre, 2008. Disponible en: <https://popups.uliege.be/443/2031-4981/index.php?id=213>. Consulté le 27 jan. 2019, p. 63.

¹³⁷ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. *El Diálogo Judicial: máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos*. México: Porrúa, 2013, p. XIX.

¹³⁸ FRYDMAN, Benoît. Diálogo internacional dos juízes e a perspectiva ideal de justiça universal. Trad. Mara Beatriz Krug. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (coord.). *Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 15-31, p. 16-17.

¹³⁹ TORRES PÉREZ, Aida. En defensa del pluralismo constitucional. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos: Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 457-480, p. 478.

¹⁴⁰ SLAUGHTER, Anne-Marie. A Global Community of Courts. *Harvard International Law Review*, v. 44, n. 1, p. 191-219, 2003, p. 192.

*institutional problems; they learn from one another's experience and reasoning; and they cooperate directly to resolve specific disputes. Increasingly, they conceive of themselves as capable of independent action in both international and domestic realms. Over time, whether they sit on a national supreme or constitutional court or on an international court or tribunal, they are increasingly coming to recognize each other as participants in a common judicial enterprise.*¹⁴¹

A consolidação dessa comunidade global de juízes depende, em grande medida, do reconhecimento de princípios comuns pelos seus diversos atores, ensejadores das condições básicas para o diálogo. Segundo Slaughter, esses princípios seriam os freios e contrapesos, o conflito positivo de competências, o pluralismo, a diferença legítima e o valor da autoridade persuasiva.¹⁴²

A noção de freios e contrapesos se verifica especialmente (ainda que não exclusivamente) nos sistemas regionais – dos quais a União Europeia é o exemplo mais proeminente – a fim de demonstrar que não há uma única palavra final com relação às matérias julgadas, mas um intercâmbio entre as razões de decidir.¹⁴³ A ideia de freios e contrapesos também poderá variar de intensidade a partir da conformação estrutural do sistema jurídico que abrigue as cortes em diálogo. Um bom nível de coesão, interação e diversidade se encontra no sistema europeu de direitos humanos, enquanto no sistema interamericano, circunstâncias jurídicas e extrajurídicas podem determinar uma atuação mais incisiva da Corte Interamericana, o que será abordado em análises comparativas no segundo e terceiro capítulos. O que é preciso reconhecer é que a interação entre cortes constitucionais e cortes supranacionais em sistemas de proteção de direitos humanos é ainda mais intensa, formando uma efetiva comunidade global.¹⁴⁴

O princípio do conflito positivo entre juízes vem no sentido de reconhecer que as cortes não devem temer conflitos diplomáticos ao lidar com a jurisprudência uma da outra. As discussões sobre as diferentes razões de decidir somente engrandecem o processo jurisdicional e levam a melhores decisões. No mesmo sentido, o princípio do pluralismo e da diferença legítima determinam o reconhecimento da validade de interpretações diferentes, ainda que esse pluralismo não seja absoluto e intocável.¹⁴⁵

Finalmente, a autoridade persuasiva dos julgados é um princípio que se adequa à ausência de uma hierarquia rígida entre as cortes nos mais diversos níveis de criação

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 193.

¹⁴² *Ibid.*, p. 194.

¹⁴³ SLAUGHTER, Anne-Marie. **A New World Order**. New Jersey: Princeton University Press, 2004, p. 68.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 80.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 68-69.

jurisdicional, e à compreensão da mútua aprendizagem.¹⁴⁶ Referida autoridade poderá ser maior ou menor, a depender dos relacionamentos institucionais entre os sujeitos em interação.

Os princípios sugeridos por Slaughter bem se adequam à necessidade de harmonização dos pluralismos. Enquanto elementos normativos, eles apontam para nortes a serem observados pelos diversos juízes em uma comunidade global que se encontra em processo de construção e conformação. Se, de um lado demandam dos juízes ao redor do globo o reconhecimento do processo jurisdicional como uma empreitada comum em busca de justiça – e notadamente na valorização da pessoa humana – de outro reconhecem e respeitam sua independência. Ser independente não é, contudo, isolar-se.

A ferramenta para a interação entre os juízes, a produção jurídica inter-relacionada nos diversos níveis do pluralismo jurídico, corresponde aos diálogos judiciais, categoria que demanda alguma delimitação conceitual a fim de se compreender os limites e possibilidades da harmonização.¹⁴⁷

2.3.1 Delimitação conceitual

Diante da tentativa de delimitar um conceito que permita compreender o que seriam os diálogos judiciais, a partir de seus elementos conformadores, não se pode perder de vista a ideia nuclear que forma o conceito, qual seja, a “fala alternada entre duas ou mais pessoas, conversação”¹⁴⁸, ou ainda “troca ou discussão de ideias, opiniões”. Significa reconhecer que a expressão diálogo implicará sempre um processo dotado de reciprocidade – em maior ou menor grau, uma interlocução no qual há momentos de fala e outros de escuta.

Ao se buscar compreender os diálogos judiciais, o pesquisador se depara com variações terminológicas e significativa diversidade de elementos. Com relação à terminologia, são usados de forma praticamente indistinta os termos diálogos judiciais¹⁴⁹,

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 69.

¹⁴⁷ Uma configuração que não seja por demais fechada ou excludente, pois, como alerta Javier García Roca, a própria noção dúctil da expressão não pode ser ignorada, já que se mostra como um trunfo, gerando aceitação mais ampla nas diversas culturas jurídicas. Em sede de pluralismo constitucional, a maleabilidade pode ser uma vantagem. GARCÍA ROCA, Javier. El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo. UNED, **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 30, 2012, p. 183-224. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.30.2012.7005>. Acceso en: 19 feb. 2019, p. 190.

¹⁴⁸ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio**: O Dicionário da Língua Portuguesa. 7 ed. Verbetes diálogo. Curitiba: Positivo, 2009.

¹⁴⁹ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. **El Diálogo Judicial**: máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos. México: Porrúa, 2013, *passim*; NEVES, Marcelo. **Tranconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 117; SARMENTO, Daniel. O Direito Constitucional e o Direito Internacional: diálogos e tensões. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (coord.). **Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 93-137, p. 93-137; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. What Do We Mean When We Talk About Judicial Dialogue? Reflections of a Judge of the Inter-American Court of Human Rights. **Harvard Human Rights Journal**, v. 30, 2017, *passim*; MOHALLEM, Michael Freitas. Horizontal Judicial Dialogue on Human Rights: the Practice of

diálogos internacionais dos juízes¹⁵⁰, diálogo interjudicial¹⁵¹, diálogo entre jurisdições ou diálogos jurisdicionais¹⁵² e diálogos entre Cortes¹⁵³. Para o presente trabalho, filia-se ao termo diálogos judiciais a fim delimitar conceitualmente as comunicações entre os juízes pertencentes aos diversos sistemas jurídicos. As expressões diálogos entre Cortes ou entre jurisdições surgirão, eventualmente, quando se estiver tratando de diálogos mantidos entre cortes específicas, como os diálogos entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), ou aqueles mantidos entre a Corte IDH e cortes constitucionais na América Latina.

Na tentativa de se estabelecer um conceito de diálogos judiciais, enfrenta-se uma profusão de elementos essenciais trazidos por diferentes manifestações doutrinárias, as quais foram assim organizadas: (i) os sujeitos dos diálogos; (ii) a transnacionalidade; (iii) o objeto dos diálogos, e (iv) a espontaneidade com que se manifestam os diálogos. Passa-se ao primeiro ponto.

Ao se perquirir sobre quem seriam os (i) sujeitos dos diálogos judiciais, diversos autores apontam para um elemento comum: juízes pertencentes a diversas jurisdições. Significa afirmar que a figura dos diálogos judiciais não se verificará dentro de um mesmo sistema jurisdicional, como na relação entre um juízo monocrático e o órgão colegiado que revisa suas decisões.¹⁵⁴ Isso posto, surge a dúvida: poder-se-ia tratar de um diálogo de juízes

Constitutional Courts in South America. In: MÜLLER, Amrei; KJOS, Hege Elisabeth. **Judicial Dialogue and Human Rights: studies on International Courts and Tribunals**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 67-112; SAIZ ARNAIZ, Alejandro (Director); SOLANES MULLOR, Joan; ROA ROA, Jorge Ernesto. **Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**. Valência: Tirant lo Blanch, 2017; AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. El diálogo judicial multinivel. In: MEZZETTI, Luca; CONCI, Luiz Guilherme Araro (coord.). **Diálogo entre cortes: a jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015.

¹⁵⁰ FRYDMAN, Benoît. Diálogo internacional dos juízes e a perspectiva ideal de justiça universal. Trad. Mara Beatriz Krug. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (coord.). **Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 15-31, *passim*.

¹⁵¹ ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. **Más allá de la utopía: del diálogo interjudicial a la constitucionalización del derecho internacional**. La red judicial latinoamericana como prueba y motor del constitucionalismo multinivel. Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid. Director de la Tesis Dr. José Antonio Pastor Ridruejo, Madrid, 2013. Em outra oportunidade, a autora tratará de diálogos judiciais, como se abordará adiante. GARCÍA ROCA, Javier; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; BUSTOS GISBERT, Rafael. La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo. In: GARCÍA ROCA, Javier; et. al. (editores). **El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos**. Pamplona: Thomson Reuters, p. 65-107.

¹⁵² PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n.19 jan./jun. 2012, p. 67-93.

¹⁵³ CONCI, Luiz Guilherme Araro. Diálogo entre Cortes e o Controle de Convencionalidade – algumas reflexões sobre a relação entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: MEZZETTI, Luca; CONCI, Luiz Guilherme Araro (coord.). **Diálogo entre cortes: a jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015. p. 117-158; LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MORAES, Maria Valentina de. **O diálogo entre Cortes Nacionais e Internacionais frente à proteção dos direitos humanos e fundamentais**. IV Mostra de Pesquisa de Direito Civil Constitucionalizado. Universidade Santa Cruz do Sul, 2017. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/ecc/article/view/17818/4675>. Acesso em: 10 fev. 2019.

¹⁵⁴ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. El diálogo judicial multinivel. In: MEZZETTI, Luca; CONCI, Luiz Guilherme Araro (coord.). **Diálogo entre cortes: a jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015, p. 154.

individualmente considerados ou apenas a partir de uma atuação colegiada? Nesse aspecto, há alguma divergência.

Julie Allard e Marcelo Neves mencionam os diálogos entre juízes sugerindo que eles poderiam ser vistos como sujeitos unitários do seu sistema. De um lado, parcela da doutrina defende que os diálogos seriam travados entre quaisquer juízes, seja individualmente, seja colegiadamente, desde que pertencentes a jurisdições diversas.¹⁵⁵ Essa concepção individual, contudo tem uma conotação específica: como revela Neves, os diálogos judiciais criam “pontes de transição” entre as ordens jurídicas a partir de seus centros, que seriam os “juízes e tribunais”. Ou seja, ainda que se trate da atuação de um juiz singular, ele é concebido como integrante do centro criador da jurisprudência sobre direitos humanos de uma dada jurisdição, o que implica trabalhar com cortes constitucionais ou tribunais superiores e os juízes que os compõem.¹⁵⁶ Nas diversas ordens jurídicas, juízes pertencentes a variados graus jurisdicionais podem lidar com a proteção dos direitos humanos.¹⁵⁷ Todavia, é inegável que aqueles que compõem as mais altas cortes têm essa função como preponderante.

Nesse sentido, Saiz Arnaiz estabelece que os diálogos se dariam entre os diversos “*tribunales constitucionales o supremos, de un lado, y de otro, algunos tribunales integrados en las estructuras internacionales o supranacionales*”.¹⁵⁸ No mesmo sentido seguem Ferrer Mac-Gregor¹⁵⁹, Luiz Carlos Martins de Araújo¹⁶⁰ e Daniel Sarmento¹⁶¹. Depreende-se igualmente da posição adotada por Flávia Piovesan que os diálogos judiciais se realizem entre as cortes como representantes máximas de cada jurisdição, aquelas dotadas de competência para julgar os casos envolvendo direitos humanos.¹⁶²

¹⁵⁵ ALLARD, Julie. La “cosmopolitisation” de la justice: entre mondialisation et cosmopolitisme. Dossier Mondialisation et cosmopolitisme. **Dissensus - Revue de philosophie politique de l’ULg**, n. 1, Décembre, 2008. Disponible en: <https://popups.uliege.be/443/2031-4981/index.php?id=213>. Consulté le 27 jan. 2019, p. 63.

¹⁵⁶ NEVES, Marcelo. **Tranconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 117; BURGORGUE-LARSEN, Laurence. De la internacionalización del diálogo entre los jueces. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. **Estudios Avanzados de Derechos Humanos**. Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um Novo Direito Público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 236.

¹⁵⁷ ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. **Diálogo judicial y constitucionalismo multinível: el caso interamericano**. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2014, p. 33.

¹⁵⁸ SAIZ ARNAIZ, Alejandro. La interacción entre los tribunales que garantizan derechos humanos: razones para el diálogo. In: SAIZ ARNAIZ, Alejandro (Director); SOLANES MULLOR, Joan; ROA ROA, Jorge Ernesto. **Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**. Valência: Tirant lo Blanch, 2017, p. 29-43, p. 30.

¹⁵⁹ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. What Do We Mean When We Talk About Judicial Dialogue? Reflections of a Judge of the Inter-American Court of Human Rights. **Harvard Human Rights Journal**, v. 30, 2017, p. 90-91.

¹⁶⁰ ARAUJO, Luis Claudio Martins de. **Constitucionalismo Transfronteiriço, Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**: a consistência argumentativa da jurisdição de garantias nos diálogos transnacionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 113.

¹⁶¹ SARMENTO, Daniel. O Direito Constitucional e o Direito Internacional: diálogos e tensões. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (coord.). **Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 93-137, p. 122.

¹⁶² PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n.19 jan./jun. 2012, p. 72.

Como se pode perceber, a pluralidade é uma característica manifesta dos diálogos judiciais, de modo que dificilmente se poderia justificar uma modalidade singular de diálogo. Como assinala Burgorgue-Larsen, a natureza “multidimensional” dos diálogos se revela nas “*múltiples interacciones entre más de dos jueces*”.¹⁶³ Muitas vezes os diálogos não serão entre duas cortes, ou dois juízes, mas envolvendo vários centros jurisdicionais simultaneamente, em uma manifestação multilateral.¹⁶⁴ Daí tratar-se desse intercâmbio entre juízes e jurisdições sempre no plural, a não ser que se esteja tratando de um diálogo específico, enquanto manifestação singular do fenômeno.

Tomando-se o sistema jurídico brasileiro por exemplo, verifica-se a possibilidade de juízes das altas cortes agirem de forma isolada para resolverem casos específicos¹⁶⁵ – decisão a ser submetida ao órgão colegiado em um segundo momento, o que todavia não impede que se pronunciem sobre o mérito da causa. Diante dessa possibilidade, entende-se que os diálogos judiciais podem se revelar tanto a partir de decisões colegiadas, como também em decisões monocráticas de cortes superiores, como o Supremo Tribunal Federal (STF), desde que envolvam necessariamente jurisdições distintas.

Nesse sentido, os diálogos judiciais implicam (ii) uma conversa jurisdicional que transpõe fronteiras nacionais¹⁶⁶ e se justificam em um ambiente de pluralismo jurídico.¹⁶⁷ Para Burgorgue-Larsen, a característica transnacional dos diálogos judiciais vai além da superação das fronteiras político-jurídicas que separam uma ou outra jurisdição, mas reúne toda a gama de significados inerentes a essa transposição, na medida em que os diálogos se realizam “*en un espacio en que las fronteras territoriales, pero también las culturales, lingüísticas, y de la sociedad se alejan cada vez un poco más*”.¹⁶⁸ Aguillar Cavallo observa que mais que

¹⁶³ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. **El Diálogo Judicial**: máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos. México: Porrúa, 2013, p. 113.

¹⁶⁴ GARCÍA ROCA, Javier. El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo. UNED, **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 30, 2012, p. 183-224. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.30.2012.7005>. Acceso en: 19 feb. 2019, p. 184.

¹⁶⁵ No caso brasileiro, diversas têm sido as decisões monocráticas proferidas por Ministros do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, com fundamento em interpretação da Lei n. 9868/1999. Tal prática tem sua legitimidade questionada tanto na doutrina quanto na sociedade civil. MUZZI FILHO, Carlos Victor. O Relator e a Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade: Crítica à Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: BARBOSA, Cláudia Maria; FREITAS, Sérgio Henriques Zandoná; SILVA, Lucas Gonçalves da (coord.). **Política judiciária, gestão e administração da justiça**. Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/k3k67b7p/71fGMDZkzcBNxT7R.pdf>. Acceso em: 12 feb. 2019.

¹⁶⁶ MOHALLEM, Michael Freitas. Horizontal Judicial Dialogue on Human Rights: the Practice of Constitutional Courts in South America. In: MÜLLER, Amrei; KJOS, Hege Elisabeth. **Judicial Dialogue and Human Rights: studies on International Courts and Tribunals**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 67-112, p. 68; NEVES, Marcelo. **Tranconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 117.

¹⁶⁷ SAIZ ARNAIZ, Alejandro. La interacción entre los tribunales que garantizan derechos humanos: razones para el diálogo. In: SAIZ ARNAIZ, Alejandro (Director); SOLANES MULLOR, Joan; ROA ROA, Jorge Ernesto. **Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**. Valência: Tirant lo Blanch, 2017, p. 29-43, p. 31.

¹⁶⁸ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. **El Diálogo Judicial**: máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos. México: Porrúa, 2013, p. 112.

ultrapassar fronteiras, o diálogo judicial assume um caráter multinível, na medida em que implica o trânsito de ideias não só entre cortes constitucionais estrangeiras, mas entre elas e cortes supranacionais, e internacionais, em diferentes níveis de produção jurisprudencial.¹⁶⁹

Ressalte-se que embora os diálogos judiciais se mostrem mais frequentes na Europa, e progressivamente se estabeleçam na América Latina, esse dado não se revela suficiente para reconhecer nos diálogos judiciais um fenômeno próprio desses espaços geográficos ou jurisdicionais.¹⁷⁰ Os diálogos judiciais, como fenômeno instrumental para a harmonização do pluralismo jurídico em torno do potencial traduzido pelas normas de direitos humanos, podem se manifestar em outros sistemas, como o africano, ou mesmo em um intercâmbio entre cortes de um sistema regional e cortes de sistemas nacionais exógenos. A título de exemplo, Slaughter menciona os diálogos judiciais mantidos pela Suprema Corte do Zimbábue e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a respeito da configuração de penas físicas aplicadas em adultos como tratamento cruel ou degradante, bem como sobre a inconstitucionalidade de castigos corporais em jovens.¹⁷¹ Ainda, mesmo que sem mencionar expressamente diálogos judiciais, Alban Kouakou N’dri, em estudo sobre os mecanismos jurídicos de funcionamento do sistema regional, reconheceu a profunda inter-relação entre seus órgãos, como um produto da interconexão entre os espaços constitucionais¹⁷² – tal interconexão só se viabiliza pelo mecanismo dos diálogos judiciais. Mesmo a Suprema Corte Norte-Americana, tradicionalmente famosa pelo seu isolamento, tem julgadores que incentivam os diálogos, como Sandra Day O’Connor e Stephen Breyer, que fundamentam seus votos a partir da jurisprudência de outras cortes.¹⁷³ Como afirmara Slaughter, “*courts are talking to one another all over the world*”.¹⁷⁴

Todavia, ainda que o fenômeno seja difundido globalmente, uma observação se impõe: ele se manifesta notadamente em sistemas jurídicos que, ainda que não logrem

¹⁶⁹ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. El diálogo judicial multinível. In: MEZZETTI, Luca; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (coord.). **Diálogo entre cortes: a jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015, p. 161.

¹⁷⁰ MORALES ANTONIAZZI, Mariela. Diálogo transjurisdiccional en materia de protección de las personas privadas de libertad: Aportes de la Corte IDH en la construcción de un *Ius Constitutionale Commune*. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (coord.). **Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 301-345, p. 305.

¹⁷¹ SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication. **University of Richmond Law Review**, n. 29, 1994, p. 99-137. Available at: <http://scholarship.richmond.edu/lawreview/vol29/iss1/6>. Access in: Feb. 11, 2019, p. 99.

¹⁷² N’DRI, Alban Kouakou. El sistema africano de los Derechos Humanos: aproximación político-institucional de la protección de los Derechos Humanos en la Unión Africana. In: UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio; SAIZ ARNAIZ, Alejandro; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coord.). **La garantía jurisdiccional de los Derechos Humanos: un estudio comparado de los sistemas regionales de tutela: europeo, interamericano y africano**. European Inklings, n. 6, 2015, p. 425-448; p. 436.

¹⁷³ SLAUGHTER, Anne-Marie. **A New World Order**. New Jersey: Princeton University Press, 2004, p. 66.

¹⁷⁴ SLAUGHTER, Anne-Marie. A Global Community of Courts. **Harvard International Law Review**, v. 44, n. 1, 2003, p. 191-219, p. 191.

plenamente o intento, se inserem em um panorama democrático e liberal.¹⁷⁵ Sem um mínimo de valores comuns, os diálogos judiciais perdem substância. Quanto mais intenso for o nível de compartilhamento de valores como dignidade humana e direitos humanos, mais favorável será o ambiente para os diálogos judiciais, e mais frequente será sua prática.

Essa preocupação remete a um ponto central para a compreensão dos diálogos judiciais: (iii) sobre o que conversam os juízes? Os diálogos não tratam de importação de direito estrangeiro mas, sim, promovem uma discussão acerca dos fundamentos das decisões e da interpretação que as normas recebem a fim de orientar a sua aplicação.¹⁷⁶ Eles promovem uma verdadeira circulação de razões de decidir, fundamentos, métodos de interpretação, entre interlocutores que se reconhecem como integrantes de um processo jurisdicional cujo ponto de partida são marcos normativos partilhados e, portanto, buscam articular-se entre si.¹⁷⁷ O Direito que fundamenta essas comunicações é, em uma concepção abrangente, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o qual conforma o *ethos* dos diálogos judiciais¹⁷⁸ ao lado das diversas disposições constitucionais que o materializam no ambiente doméstico.¹⁷⁹ Na medida em que ingressam nos tratados internacionais, as normas de direitos humanos colocam certas exigências hermenêuticas: devem ser interpretados em um contexto democrático e segundo o critério da boa-fé.¹⁸⁰ No caso de sistemas regionais como o europeu e o interamericano, normas de direitos humanos permeiam tanto tratados internacionais quanto dispositivos constitucionais, formando um conjunto normativo que demanda constante interação.

Tendo em vista que os direitos humanos servem de denominador comum para as trocas discursivas, em função de sua linguagem aberta a uma pluralidade de sentidos¹⁸¹, necessário esclarecer que não se defende uma exportação desses sentidos como manifestações

¹⁷⁵ DE VERGOTTINI, Giuseppe. El diálogo entre tribunals. Traducción de F. Reviriego Picón. UNED, **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 28, p. 335-352, 2011, p. 347.

¹⁷⁶ MOHALLEM, Michael Freitas. Horizontal Judicial Dialogue on Human Rights: the Practice of Constitutional Courts in South America. In: MÜLLER, Amrei; KJOS, Hege Elisabeth. **Judicial Dialogue and Human Rights: studies on International Courts and Tribunals**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 67-112, p. 68.

¹⁷⁷ AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo. El diálogo judicial multinível. In: MEZZETTI, Luca; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (coord.). **Diálogo entre cortes: a jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015, p. 253-254. “Essa é a face visível assumida pelos diálogos judiciais – o uso recíproco de julgamentos de outras jurisdições como parte do processo decisório de casos próprios”. DIAS, Roberto; MOHALLEM, Michael Freitas. O diálogo jurisdicional sobre direitos humanos e a ascensão da rede global de cortes constitucionais. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (coord.). **Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 347-383, p. 348.

¹⁷⁸ AGUILAR CAVALLLO, *op. cit.*, p. 257.

¹⁷⁹ BIDART CAMPOS, Germán Jorge. La interpretación de los derechos humanos en la Jurisdicción Internacional y en la Jurisdicción Interna. In: NIETO NAVIA, Roberto (Ed.). **La corte y el sistema interamericano de derechos humanos**. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos-Unión Europea, 1997, p. 92.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 95.

¹⁸¹ LEGRAND, Pierre. **Como ler o direito estrangeiro**. Trad. Daniel Wunder Hachem. São Paulo: Contra Corrente, 2018, p. 29-31.

de um universalismo hegemônico. Os diálogos judiciais buscam precisamente a superação do debate entre universalistas e relativistas, abrindo caminho para uma resposta capaz de enfrentar os desafios colocados pela mundialização dos conflitos, mediante a interação das jurisdições de forma dinâmica e multidirecional.¹⁸²

Para tanto, afasta-se da noção de diálogos a mera citação de jurisprudência estrangeira¹⁸³, sem uma interação crítica com a jurisdição responsável pela decisão. O intercâmbio argumentativo a respeito de um tema de direitos humanos comum aos interlocutores deve implicar um processo hermenêutico marcado pela discussão racional dos argumentos, um diálogo judicial hermenêutico.¹⁸⁴ Esse processo dinâmico foi bem descrito por Tzanakopoulos:

*One interlocutor puts forward a position or makes a claim. The other interlocutor engages with that position or claim, either agreeing or disagreeing, in whole or in part, and puts forward another, addressing the first interlocutor. The latter then, or another interlocutor, engages with the last position or claim, and so forth.*¹⁸⁵

Não se trata, portanto, de imposição de um entendimento como ato de vontade de uma corte sobre a outra, ou mera discricionariedade na escolha de julgados.¹⁸⁶

Dentro da perspectiva hermenêutica, um elemento que se sobressai, com diferentes matizes entre os doutrinadores, é a vinculação (iv). Seriam os diálogos judiciais uma manifestação espontânea? As trocas de razões de decidir entre diferentes jurisdições estaria orientada pela busca da melhor decisão a respeito de direitos fundamentais, ou implicaria o dever de implementar a decisão estrangeira, sobretudo se ela for proferida por uma corte supranacional ou internacional? Ainda que o grau de vinculação de uma sentença supranacional proferida no âmbito do sistema interamericano seja tema a ser enfrentado no terceiro capítulo, é necessário compreender a lógica que subjaz os diálogos judiciais.

Se esses diálogos forem compreendidos como uma interação entre juízes e cortes de diferentes sistemas, preponderantemente sobre temas de direitos humanos, é razoável deduzir

¹⁸² SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRAVO, Irina Graziela Cervantes. Diálogos jurisdicionais e acesso (universal?) à justiça: a possível construção de um fundamento processual para o cosmopolitismo. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (coord.). **Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 253-294, p. 268-269.

¹⁸³ VÁZQUEZ ESQUIVEL, Efrén; CIENFUEGOS SORDO, Jaime Fernando. El diálogo judicial como diálogo hermenêutico: perspectivas de los derechos humanos en el diálogo de las Altas Cortes y la Jurisdicción Interna. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, vol. 61, n. 1, p. 9–41, jan./abr. 2016, p. 20.

¹⁸⁴ VÁZQUEZ ESQUIVEL, Efrén; CIENFUEGOS SORDO, Jaime Fernando. El diálogo judicial como diálogo hermenêutico: perspectivas de los derechos humanos en el diálogo de las Altas Cortes y la Jurisdicción Interna. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, vol. 61, n. 1, p. 9–41, jan./abr. 2016, p. 30.

¹⁸⁵ TZANAKOPOULOS, Antonios. Judicial Dialogue as a Means of Interpretation. In: AUST, Helmut Phillip; NOLTE, Georg (ed.). **The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence**. Oxford: Oxford University Press, 2016, p.72-95, p. 73-74.

¹⁸⁶ GARCÍA ROCA, Javier. El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo. UNED, **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 30, 2012, p. 183-224. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.30.2012.7005>. Acceso en: 19 feb. 2019, p. 197.

sua espontaneidade. Afinal, em princípio, não estariam esses interlocutores legalmente obrigados à reprodução dos entendimentos de um tribunal de superior hierarquia precisamente porque essa relação hierárquica não estaria presente. Especialmente nos diálogos judiciais mantidos entre cortes que se encontram em um mesmo nível nos sistemas jurídicos, como as cortes constitucionais, essa espontaneidade é mais evidente, a ponto de Mohallem descrevê-los como “*voluntary embracing of external reasoning patters*”, e ainda “*expansion of comparative horizons that produces original outcomes*”.¹⁸⁷ No mesmo sentido segue Marcelo Neves, ao descrever os diálogos judiciais como “conversações espontâneas”¹⁸⁸, e Jania Saldanha e Irina Bravo mencionam comunicações “não hierárquicas nem lineares”.¹⁸⁹ Ainda, Pegoraro é enfático ao afirmar que os diálogos judiciais só teriam lugar quando a troca jurisprudencial fosse espontânea, significa dizer, quando o juiz não se sentisse compelido a decidir tomando em conta a posição do outro, mas porque o deseja fazer enquanto ato de livre convencimento.¹⁹⁰

Nessa linha, é possível deduzir que a relação entre as decisões judiciais proferidas nos diversos níveis do sistema não se resolve em um jogo binário de prevalências. Ainda que decisões judiciais supranacionais possam sugerir um valor argumentativo maior, elas não exigiriam uma vinculação cega dos tribunais nacionais – como exemplifica Virgílio Afonso da Silva a partir do relacionamento entre o TEDH e a Corte Constitucional Alemã.¹⁹¹ Em um caso sobre a proteção e do reconhecimento de filhos fora do casamento, a Corte Alemã taxativamente afirmou que a decisão da corte europeia não “vincularia” a corte nacional. Contudo, mostrou-se respeitosa das decisões supranacionais: ainda que ausente uma vinculação restrita, não poderia a jurisdição doméstica negligenciar as decisões do Tribunal, sob pena de estar desrespeitando seu próprio comprometimento com a proteção aos direitos fundamentais e o princípio do Estado de Direito. Significaria afirmar que estariam vedadas tanto condutas de negligência total, como também de obediência irrestrita, “como se houvesse uma pura e simples supremacia de suas decisões em relação às decisões dos tribunais

¹⁸⁷ MOHALLEM, Michael Freitas. Horizontal Judicial Dialogue on Human Rights: the Practice of Constitutional Courts in South America. In: MÜLLER, Amrei; KJOS, Hege Elisabeth. **Judicial Dialogue and Human Rights: studies on International Courts and Tribunals**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 67-112, p. 68.

¹⁸⁸ NEVES, Marcelo. **Tranconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 116.

¹⁸⁹ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRAVO, Irina Graziela Cervantes. Diálogos jurisdicionais e acesso (universal?) à justiça: a possível construção de um fundamento processual para o cosmopolitismo. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (coord.). **Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 253-294, p. 269.

¹⁹⁰ PEGORARO, Lucio. Estudio Introdutorio. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.). **Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos: Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 31-80, p. 63.

¹⁹¹ SILVA, Virgílio Afonso da. Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional. In: NEVES, Marcelo. **Transnacionalidade do Direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 101-112, p. 106.

nacionais.” Assim, o valor das decisões de cortes supranacionais como o TEDH seria, sobretudo, argumentativo para aqueles que não fossem parte no processo¹⁹², evidenciando a força persuasiva que comanda o intercâmbio de razões nos diálogos judiciais, pois ausente autoridade coercitiva no plano internacional.¹⁹³

Nessa mesma linha segue Daniel Sarmento, para quem a espontaneidade dos diálogos judiciais afasta a vinculação direta. Afinal, considerar não significa obedecer, já que mesmo envolvendo o mesmo direito, decisões podem divergir em virtude das circunstâncias do caso concreto, de modo que assumem especial relevância as especificidades culturais, a identidade constitucional e as inclinações da vontade política de cada povo.¹⁹⁴

O desenho institucional do sistema interamericano, em que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) atribui força vinculativa às sentenças da Corte IDH para os Estados destinatários destas decisões (artigos 62.1, e 68, CADH)¹⁹⁵ exige apreciar o tema dos diálogos por um outro enfoque, em que o caráter espontâneo pode deixar de ser essencial.¹⁹⁶ Nesse sentido, Aguillar Cavallo defende um maior comprometimento por parte dos tribunais nacionais na consideração das sentenças supranacionais oriundas do controle de convencionalidade. Todavia, ainda assim, no lugar de uma incorporação automática, deve haver um diálogo judicial¹⁹⁷, já que não se pode olvidar a pluralidade e a singularidade das cortes, bem como a diversidade com que dizem o direito. Logo, afastam-se decisões judiciais dotadas de uma “última palavra” em sede de diálogos.¹⁹⁸

Os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos (Europeu, Interamericano, Africano), por exemplo, instituem cortes supranacionais com a responsabilidade de julgar os casos de violação desses direitos, e com isso interpretar os tratados de direitos humanos, elaborando verdadeiros *standards* comuns capazes de harmonizar os conflitos interpretativos.

¹⁹² *Ibid.*, p. 109. Por certo, para as partes envolvidas no processo, a decisão assumiria caráter vinculante. A temática será enfrentada quando se tratar do controle de convencionalidade no terceiro capítulo.

¹⁹³ SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication. **University of Richmond Law Review**, n. 29, 1994, p. 99-137. Available at: <http://scholarship.richmond.edu/lawreview/vol29/iss1/6>. Access in: Feb. 11, 2019, p. 125.

¹⁹⁴ SARMENTO, Daniel. O Direito Constitucional e o Direito Internacional: diálogos e tensões. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (coord.). **Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 93-137, p. 123; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. What Do We Mean When We Talk About Judicial Dialogue? Reflections of a Judge of the Inter-American Court of Human Rights. **Harvard Human Rights Journal**, v. 30, 2017, p. 97.

¹⁹⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. San Jose, Costa Rica, 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 20 fev. 2019.

¹⁹⁶ No terceiro capítulo será abordado o caráter vinculante das decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, tanto a fim de produzir coisa julgada como para gerar eficácia interpretativa irradiante no sistema.

¹⁹⁷ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. El diálogo judicial multinível. In: MEZZETTI, Luca; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (coord.). **Diálogo entre cortes: a jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015, p. 153.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 159-160.

Tal função não lhes autoriza, contudo, a agirem como corte de cassação. No caso da Corte IDH, ela certamente exerce um papel preponderante na definição dos *standards* de direitos humanos, em razão da garantia convencional que estabelece a irrecorribilidade de suas decisões (artigo 67, CADH).¹⁹⁹ Ao seu lado, as cortes nacionais realizam um importante papel na promoção dos direitos humanos por meio da criação de seus próprios *standards*, assim fornecendo exemplos para outras cortes, bem como para a própria Corte IDH.²⁰⁰

É essa comunicação entre os juízes supranacionais e nacionais que de fato garante a coesão de um sistema de direitos humanos, em que as linhas para um direito comum são mais facilmente configuradas. Nesses ambientes jurídicos regionais, Saiz Arnaiz afirma que os diálogos judiciais se revelam obrigatórios – mais do que a sobrevivência de um sistema plural e multinível, eles representam a única alternativa ao choque que, porventura, levaria à dissidências, a monólogos e ao comprometimento do ideal de harmonização.²⁰¹ A ideia é que as cortes promovam um aprendizado construtivo, estabelecendo elos de conexão entre os seus entendimentos e aqueles manifestados pelas demais cortes.²⁰² Nessa linha, o conceito de diálogos judiciais ambientados nos sistemas regionais de direitos humanos ganha uma maior densidade, podendo-se reconhecer sua obrigatoriedade no sentido de que, as cortes, alavancadas pelo compromisso regional assumido pelos Estados²⁰³, integram um sistema plural, porém harmônico. Elas atuam em uma verdadeira rede de trabalho²⁰⁴, em que se materializam os espaços de ligação com limites e possibilidades.

Com isso não se pretende afirmar que os diálogos judiciais previnem o conflito. Como bem ressaltou Slaughter, a profusão de decisões judiciais sobre os mesmos temas pode levar tanto à cooperação quanto ao confronto, mas ambas fazem parte de uma nova modelagem da cortesia judicial.²⁰⁵ Em primeiro lugar, só haverá diálogo se as cortes reconhecerem umas às outras enquanto interlocutores válidos. Em segundo, o diálogo exige a compreensão de que a

¹⁹⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. *op. cit.*

²⁰⁰ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. What Do We Mean When We Talk About Judicial Dialogue? Reflections of a Judge of the Inter-American Court of Human Rights. *Harvard Human Rights Journal*, v. 30, 2017, p. 107-108.

²⁰¹ SAIZ ARNAIZ, Alejandro. La interacción entre los tribunales que garantizan derechos humanos: razones para el diálogo. In: SAIZ ARNAIZ, Alejandro (Director); SOLANES MULLOR, Joan; ROA ROA, Jorge Ernesto. **Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 29-43, p. 29.

²⁰² NEVES, Marcelo. **Tranconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 119.

²⁰³ Enfatizando a obrigatoriedade do diálogo em sistemas regionais de direitos humanos, Santolaya: “*no se trata de una cláusula potestativa, una invitación al intérprete de nuestros derechos fundamentales, sino una obligación jurídico-constitucional en principio de los tribunales y de los aplicadores del derecho, pero [también] a la totalidad de los poderes públicos, incluso el legislador*”. SANTOLAYA, Pablo. La apertura de las Constituciones a su interpretación conforme a los tratados internacionales. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.) **Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos: Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 447-456, p. 449.

²⁰⁴ GARCÍA ROCA, Javier. El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo. UNED, **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 30, 2012, p. 183-224. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.30.2012.7005>. Acceso en: 19 feb. 2019, p. 192.

²⁰⁵ SLAUGHTER, Anne-Marie. **A New World Order**. New Jersey: Princeton University Press, 2004, p. 86-87.

atuação das cortes nacionais se realiza em um dado ambiente doméstico dotado de particularidades. Não se trata de justificar qualquer interpretação de direitos humanos, mas sim de compreender que a decisão adotada é fruto de um ambiente social, histórico, econômico e político que convivem muito de perto com o ambiente jurídico e merecem consideração. O terceiro fator da cortesia judicial implicaria reconhecer os direitos humanos sobre os quais se dialoga, bem como o papel relevante exercido pelo órgão jurisdicional na sua proteção. Finalmente, Slaughter sugere uma certa disposição para entrar em choque no sentido de que a corte reconhece-se a si mesma enquanto um interlocutor que merece respeito pelas suas posições.²⁰⁶

A cortesia judicial ora descrita evidencia que os diálogos judiciais envolvem sempre as duas ações básicas de qualquer comunicação entre interlocutores respeitosos de sua própria existência: ouvir e falar. As ações podem ocorrer em um mesmo julgado, quando uma corte avalia a posição das demais e, analisando seus argumentos, posiciona-se favorável ou contrariamente, mediante a apresentação de suas razões. Pode ocorrer em momentos distintos, quando uma corte é influenciada por um julgado estrangeiro e incorpora (ouve) seus argumentos. Em nova oportunidade, poderá ela apresentar novas razões e será seu momento de fala, de efetivamente dizer o direito. Considerando-se essa dinâmica plural, não há espaço para autoridades definitivas, isoladas, hierarquicamente encasteladas. A comunidade global de juízes se fortalece a cada troca discursiva, em uma contribuição fragmentada, porém contínua para a harmonização do pluralismo jurídico.²⁰⁷

Essa troca mútua²⁰⁸ exige a compreensão da autoridade argumentativa dos julgados proferidos na seara internacional: notadamente aqueles em que se verifica um sistema de proteção de direitos humanos em que interagem cortes constitucionais e uma corte supranacional, sendo todas corresponsáveis pela interpretação dos tratados internacionais de direitos humanos. A autoridade argumentativa das decisões supranacionais pode ser decorrente da posição ocupada pela jurisdição no sistema multinível, da experiência que aquela jurisdição tem a respeito do tema, da notoriedade do seu conhecimento, ou de uma combinação desses fatores.²⁰⁹ Além dessas situações, há que se considerar sistemas de direitos

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 87-88.

²⁰⁷ OLSEN, Ana Carolina Lopes; FACHIN, Melina Girardi. Diálogo Judicial Cooperativo en el Ius Constitutionale Commune para la Defensa de los Derechos Humanos. Apresentação realizada no Painel n. 10, Dialogues: Building bridges to protect democracy and human rights. **ICON-S Conference**, em Santiago, Chile, 3 de junho de 2019.

²⁰⁸ SARMENTO, Daniel. O Direito Constitucional e o Direito Internacional: diálogos e tensões. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (coord.). **Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 93-137, p. 129.

²⁰⁹ FRYDMAN, Benoît. Diálogo internacional dos juizes e a perspectiva ideal de justiça universal. Trad. Mara Beatriz Krug. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (coord.). **Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 15-31, p. 22.

humanos como o interamericano em que a desconsideração da decisão supranacional pelo Estado destinatário pode desencadear sua responsabilidade internacional.²¹⁰

Nos diálogos judiciais, portanto, ainda que as comunicações sejam espontâneas, as sentenças ditadas por cortes supranacionais assumem uma autoridade argumentativa especial. Nesse prisma, Saiz Arnaiz entende que os diálogos judiciais correspondem à “autêntica necessidade existencial” para a garantia dos direitos humanos.²¹¹ Esses diálogos desenham os sentidos das normas de direitos humanos a partir dos textos e das leituras que deles realizam os diversos interlocutores do sistema. Mesmo que uma sentença para um caso concreto corresponda a uma resposta final, ela só será final para aquele litígio. No processo de construção dos sentidos dos direitos humanos, essa sentença significará uma contribuição para o processo discursivo de construção desses direitos.²¹² No lugar do exercício puro e simples de autoridade de uma corte nacional ou supranacional²¹³, deve surgir um comprometimento dos juízes envolvidos, conscientes do pluralismo jurídico de matiz constitucional em que estão inseridos e de sua função harmonizadora.

Em virtude do exposto, a intensidade da vinculação entre os interlocutores do diálogo será maior nos sistemas jurídicos dedicados à proteção dos direitos humanos, como o europeu e o interamericano. Contudo, essa espontaneidade deve ser reconhecida, nesses ambientes, como uma “liberdade vigiada”, que pode abrir espaço ao dissenso em contextos específicos, porém não à indiferença.

Assim, os elementos abordados (sujeitos, transnacionalidade, conteúdo e vinculação) fornecem um panorama a partir do qual se pode deduzir um conceito operacional amplo e global de diálogos judiciais: interações espontâneas e transfronteiriças entre juízes ou cortes pertencentes a jurisdições diversas que promovem trocas de argumentos e razões de decidir na interpretação e aplicação de normas de direitos humanos. Essa espontaneidade será todavia reduzida em ambientes jurídicos plurais como o sistema interamericano de direitos humanos, como será abordado no terceiro capítulo, o que não compromete a caracterização dos diálogos judiciais.

²¹⁰ SARMENTO, *op. cit.*, p. 129.

²¹¹ No mesmo sentido, GARCÍA ROCA, Javier. El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo. UNED, **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 30, 2012, p. 183-224. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.30.2012.7005>. Acceso en: 19 feb. 2019, p. 192.

²¹² Segundo García Roca, o debate entre as cortes constitucionais e supranacionais é aberto, em que a ausência de interpretação única exige um esforço argumentativo. Cortes supranacionais não são cortes de cassação. GARCÍA ROCA, Javier. El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo. UNED, **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 30, 2012, p. 183-224. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.30.2012.7005>. Acceso en: 19 feb. 2019, p. 198-199.

²¹³ SAIZ ARNAIZ, Alejandro. Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: las razones para el diálogo. In: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (ed.). **Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales: XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional**, p. 131-160, 2013, p. 158-159.

Ainda, algumas questões resistem: por que motivo dialogam os juízes? Seria exclusivamente a consciência de jurisdição comum vocacionada para a harmonização do pluralismo jurídico? E em que medida esses diálogos não se equiparam ao uso do direito comparado? Esses aspectos devem ser enfrentados no processo de lapidação conceitual.

2.3.2 Os sentidos dos diálogos judiciais

Ainda que se defenda que o sentido dos diálogos judiciais reside no sentimento recíproco de que as cortes integram uma comunidade global voltada para a harmonização deliberativa do pluralismo jurídico a partir do vetor material dos direitos humanos, ressalta Slaughter a existência de razões bem mais prosaicas a impulsionar os juízes ao diálogo, como a política judiciária, a necessidade de enfrentar um grande volume de casos e o impacto do direito internacional sobre os litigantes.²¹⁴ Ao tratar da função dos diálogos judiciais – “*cross-fertilization*” – a autora relata precisamente essa realidade, em que advogados levam às cortes nacionais jurisprudência estrangeira, em especial quando o direito nacional se mostra omissos ou contrário aos interesses por eles defendidos. Juízes são assim conduzidos a um diálogo em que a autoridade da corte cuja jurisprudência se colaciona, seja por sua posição em um dado sistema jurídico regional, seja por seus argumentos, assumem pesos diferenciados.²¹⁵ Mediante consideração das razões de decidir fornecidas pelas decisões estrangeiras, tribunais nacionais têm a oportunidade de reafirmar sua posição ou modificá-la.

Dessa forma, diversas podem ser as razões que levariam os juízes nacionais e internacionais a se engajar no diálogo judicial. Em análise que parte dos tribunais constitucionais, Saiz Arnaiz identifica fatores substanciais como a aplicação da cláusula de interpretação conforme; o respeito ao princípio do *pacta sunt servanda*; uma opção de política judicial, ou para fortalecer os argumentos trazidos para o processo decisório.²¹⁶ Passa-se a analisá-las.

Muitas constituições passaram a adotar uma cláusula de “interpretação conforme”, em que textualmente determinam que a interpretação dos direitos fundamentais inscritos em seus textos seja feita à luz dos tratados internacionais de direitos humanos de que o Estado seja parte, bem como da interpretação a eles atribuída pelas cortes supranacionais de direitos

²¹⁴ SLAUGHTER, Anne-Marie. *A New World Order*. New Jersey: Princeton University Press, 2004, p. 67-68.

²¹⁵ SLAUGHTER, Anne-Marie. A Global Community of Courts. *Harvard International Law Review*, v. 44, n. 1, 2003, p. 191-219, p. 197.

²¹⁶ SAIZ ARNAIZ, Alejandro. La interacción entre los tribunales que garantizan derechos humanos: razones para el diálogo. In: SAIZ ARNAIZ, Alejandro (Director); SOLANES MULLOR, Joan; ROA ROA, Jorge Ernesto. *Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Valência: Tirant lo Blanch, 2017, p. 29-43, p. 36-39.

humanos.²¹⁷ Na Europa, essa cláusula pode ser encontrada na Constituição de 1978 da Espanha (artigo 10.2)²¹⁸, e na Constituição de Portugal de 1976, pós Revisão Constitucional de 2005 (artigo 8º).²¹⁹ Na América do Sul, a exigência de uma interpretação conforme pode ser encontrada na Constituição da Guatemala (artigo 46), na Constituição Mexicana (artigo 1º), na Constituição da Colômbia (artigo 93), do Peru (carta das Disposições Finais e Transitórias, artigo 4º), do Equador (artigos 11.3, 84 e 171) e ainda da Bolívia (artigo 13). O Brasil deixou de prever textualmente referida cláusula, ainda que tenha reconhecido a importância dos tratados internacionais de direitos humanos nos parágrafos segundo e terceiro do artigo 5º, bem como tenha enunciado a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais. Essa abertura também pode ser encontrada no continente africano, em que a Constituição da África do Sul prevê, em seu artigo 39, a obrigação dos tribunais domésticos considerarem o Direito Internacional na interpretação dos direitos fundamentais, de modo que a jurisprudência internacional, notadamente do Canadá, dos Estados Unidos e do Reino Unido, assume especial relevância.²²⁰

Essa cláusula de conformidade pode ser compreendida tanto no sentido de exigir dos tribunais nacionais estrita conformidade com a jurisprudência supranacional, ou, alternativamente, gerar uma compatibilidade mais tênue entre as proposições hermenêuticas. Para qualquer uma das propostas, o incentivo ao diálogo é evidente.²²¹

Outro elemento a impulsionar as cortes constitucionais ao diálogo seria o princípio do *pacta sunt servanda* (artigo 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados), segundo o qual os Estados devem honrar os compromissos firmados quando da adesão aos tratados internacionais. Nesse sentido, na medida em que compatibilizam sua jurisprudência interna

²¹⁷ O alcance e os efeitos da referida cláusula serão explorados no terceiro capítulo, quando da abordagem do controle de convencionalidade no sistema interamericano.

²¹⁸ Embora a cláusula não preveja textualmente a interpretação conforme a jurisprudência internacional, Torres Pérez defende que ela se pode extrair esse comprometimento. TORRES PÉREZ, Aida. El Impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en España. In: GALINDO, George Rodrigo Bandeira; URUEÑA, René; TORRES PÉREZ, Aida (Coord). **Protección Multinivel de los Derechos Humanos**: Manual. Red de Derechos Humanos e Educación Superior. 2013. Disponible en: https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/PMDH_Manual.pdf. Acceso en: 17 feb. 2019, p. 428.

²¹⁹ PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa, promulgada em 2 de abril de 1976. VII Revisão Constitucional 2005.

²²⁰ DÍAZ CREGO, María. Diálogo Judicial. Eunomía. **Revista en Cultura de la Legalidad**. N. 9, octubre 2015 – marzo p. 289-299, 2016, p. 292.

²²¹ SAIZ ARNAIZ, Alejandro. La interacción entre los tribunales que garantizan derechos humanos: razones para el diálogo. In: SAIZ ARNAIZ, Alejandro (Director); SOLANES MULLOR, Joan; ROA ROA, Jorge Ernesto. **Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**. València: Tirant lo Blanch, 2017, p. 29-43, p. 36-37. Para Santolaya, trata-se de um diálogo não igualitário em que a corte supranacional espraia sua jurisprudência sobre as cortes nacionais (supremas ou constitucionais) em virtude da cláusula constitucional que torna obrigatória a sua consideração. SANTOLAYA, Pablo. La apertura de las Constituciones a su interpretación conforme a los tratados internacionales. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.) **Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos**: Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 447-456, p. 448.

com os entendimentos supranacionais – ainda que não haja cláusula constitucional que o exija expressamente – previnem a responsabilização do Estado pelo desrespeito às normas de direitos humanos. Além disso, agir em atenção a essa jurisprudência pode preservar a própria corte constitucional, pois, como ressalta Saiz Arnaiz, “*la mayoría de las condenas acaban por suponer una certa desautorización del tribunal constitucional o del respectivo tribunal supremo, ante los que normalmente se habrán agotado las vías nacionales de recurso*”.²²² É certo que esse impulso ao diálogo tem força perante os Estados que aderiram à Convenção de Viena, o que abarca a maioria dos Estados Americanos e Europeus.²²³ Ainda assim, a adesão ao mencionado tratado não implica automaticamente que as cortes nacionais estejam dispostas a engajar-se em um diálogo judicial. Trata-se, isso sim, de um maior incentivo.

Pertencer e participar na construção de um espaço jurisdicional dialógico pode ser uma opção de política judiciária de muitas cortes nacionais. Essa integração não está necessariamente fundada em motivos econômicos ou políticos dos Estados, mas sim em uma predileção de suas cortes em construir um espaço comum de discussões jurídicas, no qual os direitos humanos ocupem o lugar central.²²⁴ Especialmente em casos novos, que exigem uma primeira manifestação jurisdicional sobre a matéria, os juízes têm a oportunidade de compartilhar suas ideias com seus pares em outros países, especialmente a fim de gerar maior legitimidade a sua interpretação.²²⁵ Assim, quando a jurisdição constitucional percebe um descompasso entre o mundo do Direito e a realidade social, usam os diálogos judiciais para canalizar transformações no direito²²⁶, ou ainda para proteger garantias conquistadas em face de atentados à liberdade por maiorias eventuais.²²⁷ No Brasil, por exemplo, o Supremo

²²² SAIZ ARNAIZ, *op. cit.*, p. 37.

²²³ Ressalvas feitas à Bolívia, aos Estados Unidos, à Costa Rica e Trinidad y Tobago, que são apenas signatários, e à Venezuela, Guiana Francesa, Bahamas, Nicarágua, Belize, e as Ilhas das Pequenas Antilhas. Na Europa, referido tratado não foi assinado pela França, Noruega, Islândia e Romênia. WIKIPEDIA. **List of parties to the Vienna Convention on the Law of Treaties**. Available at: https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_parties_to_the_Vienna_Convention_on_the_Law_of_Treaties. Access in: Feb. 18, 2019.

²²⁴ SAIZ ARNAIZ, Alejandro. La interacción entre los tribunales que garantizan derechos humanos: razones para el diálogo. In: SAIZ ARNAIZ, Alejandro (Director); SOLANES MULLOR, Joan; ROA ROA, Jorge Ernesto. **Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**. Valência: Tirant lo Blanch, 2017, p. 29-43, p. 37.

²²⁵ MOHALLEM, Michael Freitas. Horizontal Judicial Dialogue on Human Rights: the Practice of Constitutional Courts in South America. In: MÜLLER, Amrei; KJOS, Hege Elisabeth. **Judicial Dialogue and Human Rights: studies on International Courts and Tribunals**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 67-112, p. 93. Para além dos diálogos judiciais propriamente ditos, os encontros entre magistrados na América Latina assumiram a forma física de conversas, exposições de ideias para enfrentamento de problemas comuns, como se depreende do Encontro de Presidentes e Juízes de Tribunais Constitucionais da América Latina, já na sua vigésima terceira edição. Contudo, nem sempre os diálogos judiciais efetivamente se intensificam a partir dessas iniciativas. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. Ministra Cármen Lúcia abre Encontro de Tribunais Constitucionais da América Latina. Brasília, 1 jun. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=345275&caixaBusca=N>. Acesso em: 18 fev. 2019.

²²⁶ BARBOSA, Joaquim. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132-RJ**. Rel. Ministro Ayres Brito. Brasília: Diário da Justiça, 5 mai. 2011, p. 116.

²²⁷ Nesse sentido o Supremo Tribunal Federal brasileiro assumiu importante defesa da liberdade de pensamento, da liberdade de expressão e da autonomia universitária durante o processo eleitoral de 2018, em que medidas judiciais e administrativas autorizaram operações de busca e apreensão em universidades às vésperas do segundo turno das

Tribunal Federal fundamentou sua decisão a respeito da configuração do discurso de ódio e definição de antissemitismo como racismo no julgamento do Habeas Corpus HC n. 82424, conhecido como caso Ellwanger, a partir de julgados da Corte Constitucional Alemã, da Suprema Corte dos Estados Unidos e do Tribunal Constitucional Espanhol.²²⁸ Também ao analisar a caótica situação dos presídios brasileiros, o Supremo Tribunal Federal buscou a doutrina do estado de coisas inconstitucional criada pela Corte Constitucional da Colômbia a fim de fundamentar exigências tanto do Judiciário (no tocante à efetivação das audiências de custódia, em consonância com determinações da Convenção Americana sobre Direitos Humanos) e do Executivo (liberação de verbas do Fundo Penitenciário), dentre outras providências.²²⁹

Aliás, a Corte Constitucional da Colômbia atribui especial importância ao direito comparado e aos diálogos judiciais, fazendo-o a partir do conceito de bloco de constitucionalidade: as normas constitucionais fazem parte de um todo constitucional que engloba princípios de direito internacional, notadamente os direitos humanos, formando um conjunto normativo que prevalece sobre toda a ordem jurídica doméstica.²³⁰ Demonstra, assim, inequívoca intenção de comparecer na arena supranacional de debates.

Em estudo dos diálogos judiciais travados por cortes constitucionais latino-americanas entre si, ou com outras cortes no mesmo nível, Mohallem verificou que a maior parte dos diálogos ocorre nas posições majoritárias tomadas pelo tribunal, e em menor frequência nos votos dissidentes²³¹, o que parece indicar que esses diálogos têm por objetivo confirmar a posição defendida pela corte responsável pela decisão. Dentre as cortes mais citadas pelos juízes latino-americanos, o autor identifica a Corte Constitucional da Colômbia (noventa e um por cento das referências), a Suprema Corte dos Estados Unidos (oitenta e um por cento), a Corte Constitucional da Alemanha (setenta e seis por cento) e a *Corte Suprema de la Nación, da Argentina* (setenta e um por cento).²³² O Supremo Tribunal Federal distancia-se um pouco

eleições, sob fundamento de coibir atos políticos. CARNEIRO, Luiz Orlando; TEIXEIRA, Matheus. STF faz defesa da liberdade de expressão e autonomia universitária. JOTA, 31 out. 2018. Brasília. Disponível em: <https://www.jota.info/eleicoes-2018/stf-liminar-defesa-enfatica-autonomia-universitaria-31102018>. Acesso em: 18 fev. 2019.

²²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 82.424-RS**. Rel. Ministro Moreira Alves. Brasília: Diário de Justiça, 19 mar. 2004.

²²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347-DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Decisão liminar proferida em 9 set. 2015.

²³⁰ CEPEDA ESPINOSA, Manuel José; LANDAU, David. **Colombian Constitutional Law**. Leading Cases. New York: Oxford University Press, 2017, p. 42-43.

²³¹ MOHALLEM, Michael Freitas. Horizontal Judicial Dialogue on Human Rights: the Practice of Constitutional Courts in South America. In: MÜLLER, Amrei; KJOS, Hege Elisabeth. **Judicial Dialogue and Human Rights: studies on International Courts and Tribunals**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 67-112, p. 80.

²³² *Ibid.*, p. 86.

desse quadro, na medida em que a maior parte de seu diálogo se dirige às cortes do hemisfério norte, notadamente Estados Unidos e Alemanha.²³³

Para cortes constitucionais, o suporte argumentativo de decisões supranacionais tem um peso especial. O Tribunal Constitucional Espanhol, por exemplo, incorporou jurisprudência do TEDH para a definição da razoável duração do processo, bem como para solucionar conflitos entre a liberdade de expressão e o direito à privacidade.²³⁴ Além de atribuir mais força aos fundamentos da sentença, a corte constitucional ainda logra o objetivo de inserir-se no plano internacional de construção dos sentidos das normas de direitos humanos: “a citação estrangeira permite, aliás, não somente reconhecer outra como semelhante, mas também reconhecer-se nela e se fazer reconhecer por ela”.²³⁵

O ingresso nesse plano discursivo internacional pode, ainda, decorrer de uma intenção legítima das cortes a fim de construir boas práticas na proteção de direitos humanos, *standards* harmônicos para as diversas jurisdições domésticas²³⁶, em outro exemplo relevante como o caso de refugiados e migrantes forçados.²³⁷ Nesses casos, a existência de padrões harmonizados de proteção nas diversas cortes domésticas pode também prevenir o processo de escolha que migrantes fazem, procurando sistemas jurídicos que sejam mais benéficos aos seus interesses. Trata-se de dois “sub propósitos” decorrentes do ideal de harmonização, que de um lado intensificam, e de outro podem diluir os padrões de proteção de direitos humanos em diálogos entre cortes nacionais.²³⁸ No último caso, importante salientar, qualquer tentativa de cortes baixarem os níveis de proteção de direitos humanos a fim de gerar maior nivelção não poderá descuidar dos padrões convencionais já definidos nos sistemas regionais.²³⁹

Quando decisões internacionais ingressam na fundamentação, maior autoridade é sem dúvida a preocupação das cortes nacionais, a fim de contribuir para o *compliance* de seus

²³³ A Suprema Corte dos Estados Unidos teve influência na formação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal desde o início do século XX. Também influenciaram o direito francês e mais recentemente a Corte Constitucional Alemã. Contudo, com frequência existe a mera citação de legislação estrangeira, o que sequer poderia ser considerado diálogo judicial. HORBACH, Carlos Bastide. O direito comparado no STF: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 193-210, 2015, p. 203; 205.

²³⁴ TORRES PÉREZ, Aida. El Impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en España. In: GALINDO, George Rodrigo Bandeira; URUEÑA, René; TORRES PÉREZ, Aida (Coord). **Protección Multinivel de los Derechos Humanos**: Manual. Red de Derechos Humanos e Educación Superior. 2013. Disponible en: https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/PMDH_Manual.pdf. Acceso en: 17 feb. 2019, p. 429-430.

²³⁵ FRYDMAN, Benoît. Diálogo internacional dos juízes e a perspectiva ideal de justiça universal. Trad. Mara Beatriz Krug. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (coord.). **Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 15-31, p. 25.

²³⁶ HART, Naomi. Complementary Protection and Domestic Courts. In: MÜLLER, Amrei; KJOS, Hege Elisabeth. **Judicial Dialogue and Human Rights**: studies on International Courts and Tribunals. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 173-215, p. 195.

²³⁷ Nesse sentido manifestou-se o New Zealand Immigration and Protection Tribunal: “its complementary protection laws should be applied in a way that ‘strengthens New Zealand’s already highly regard refugee determination system and reflects best practice internationally’”. *Ibid.*, p. 197-198.

²³⁸ *Ibid.*, p. 195.

²³⁹ *Ibid.*, p. 198-199.

destinatários, bem como para sua implementação. Nesses relacionamentos, as cortes em pé de igualdade logram corrigir e qualificar suas experiências tendo por ferramenta um processo de argumentação racional, que nem sempre levará à convergência. Contudo, mesmo as oposições são importantes para reforçar certas teses, de modo que “*deben caber discrepancias e incluso oposiciones*” já que “*el orden no puede venir de la unificación sino del respecto al pluralismo*”.²⁴⁰

Para além das razões assinaladas por Saiz Arnaiz, Mohallem ainda observa que por meio do engajamento em diálogos judiciais, as cortes nacionais por vezes se protegem de pressão política ou coerção que venham a comprometer sua independência jurisdicional.²⁴¹ Os diálogos judiciais assim contribuem para o empoderamento dos juízes envolvidos, especialmente em casos envolvendo direitos humanos. O juiz, em sua atividade decisional, assume-se como eixo do direito constitucional e do direito internacional, capaz de criar soluções para a proteção da dignidade humana.²⁴² Diante da visibilidade inerente ao seu ofício, se legitimado pela interlocução com as esferas judiciais estrangeiras e internacionais, forças políticas tentadas a minar sua independência podem se sentir desencorajadas.

Voltando-se o foco de atenção para as cortes internacionais e supranacionais, também é possível identificar razões que justificam os diálogos judiciais – seja entre elas mesmas, seja com as cortes constitucionais.²⁴³ A primeira delas seria o diálogo como uma expressão do princípio da subsidiariedade. Segundo referido princípio, as cortes internacionais só podem atuar em casos de alegada violação de direitos humanos após esgotados os mecanismos internos de proteção, de modo que os Estados são os primeiros responsáveis pela proteção e implementação das normas de direitos humanos. Somente quando falham estaria autorizada a atuação, subsidiária portanto, da esfera jurisdicional externa.²⁴⁴ Nessa medida, a subsidiariedade leva necessariamente as cortes supranacionais a dialogarem com as cortes nacionais, atentar aos seus fundamentos e embasamento teórico, sua apreciação do caso

²⁴⁰ GARCÍA ROCA, Javier; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; BUSTOS GISBERT, Rafael. La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo. In: GARCÍA ROCA, Javier; et. al. (editores). **El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos**. Pamplona: Thomson Reuters, p. 65-107, p. 77.

²⁴¹ MOHALLEM, Michael Freitas. Horizontal Judicial Dialogue on Human Rights: the Practice of Constitutional Courts in South America. In: MÜLLER, Amrei; KJOS, Hege Elisabeth. **Judicial Dialogue and Human Rights: studies on International Courts and Tribunals**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 67-112, p. 93.

²⁴² AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo. El diálogo judicial multinivel. In: MEZZETTI, Luca; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (coord.). **Diálogo entre cortes: a jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015, p. 158.

²⁴³ SAIZ ARNAIZ, Alejandro. La interacción entre los tribunales que garantizan derechos humanos: razones para el diálogo. In: SAIZ ARNAIZ, Alejandro (Director); SOLANES MULLOR, Joan; ROA ROA, Jorge Ernesto. **Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**. Valência: Tirant lo Blanch, 2017, p. 29-43, p. 39-42.

²⁴⁴ Essa é apenas uma das dimensões do princípio da subsidiariedade, que será discutido no segundo capítulo.

concreto, a fim de avaliar a presença ou não de violação das normas de direitos humanos envolvidas.²⁴⁵

Outro aspecto de extrema relevância é a preocupação das cortes supranacionais e internacionais com a efetividade de suas decisões, o que está diretamente ligado à aceitação das razões fornecidas pelos Estados-membros. Ressalta García Roca que “*cooperar y dialogar con los órganos judiciales de los Estados miembros es un requisito para la efectividad del sistema y una de las misiones principales del Tribunal Europeo*”.²⁴⁶ Nessa linha, cabe às cortes supranacionais demonstrar inequivocamente que analisaram os fundamentos oferecidos, demonstrando uma “*cooperación ascendente*” com os tribunais nacionais enquanto protagonistas de uma “*conversación judicial*”. Na medida em que os tribunais supranacionais estão em posição de correção de sentenças nacionais, devem se esforçar “*por aproximarse a los destinatarios de sus sentencias precisamente para reforzar su legitimidad al construir las desde el intercambio de categorías, cruces de conceptos o lecturas compartidas de los derechos.*”²⁴⁷

Referido cruzamento de conceitos e categorias pode ser encontrado na sentença do caso *Atala Riffo e filhas vs. Chile*, em que a Corte IDH buscou construir seu entendimento a partir de sentenças de outras cortes, nacionais e supranacionais. Ao tratar da influência da orientação sexual dos genitores na formação e desenvolvimento das crianças, a Corte Interamericana de Direitos Humanos incorporou ao seu julgado decisões proferidas pela Corte Suprema das Filipinas, pela Corte Constitucional da África do Sul, assim como do TEDH. Buscando demonstrar que uma família poderia ser encabeçada por um casal homoafetivo, um julgado da *Suprema Corte de la Justicia de la Nación* de México mostrou sua contribuição.²⁴⁸

No caso *Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaya”) vs. Brasil*, a Corte IDH travou diálogos judiciais com cortes constitucionais a fim de demonstrar a ampla aceitação do entendimento supranacional no sentido da inconveniência das leis de anistia em casos de

²⁴⁵ SAIZ ARNAIZ, *op. cit.*, p. 39-40.

²⁴⁶ GARCÍA ROCA, Javier. El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo. UNED, **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 30, 2012, p. 183-224. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.30.2012.7005>. Acceso en: 19 feb. 2019, p. 187.

²⁴⁷ SAIZ ARNAIZ, Alejandro. La interacción entre los tribunales que garantizan derechos humanos: razones para el diálogo. In: SAIZ ARNAIZ, Alejandro (Director); SOLANES MULLOR, Joan; ROA ROA, Jorge Ernesto. **Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**. Valência: Tirant lo Blanch, 2017, p. 29-43, p. 40.

²⁴⁸ CORTE IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C n. 239, párrafos 109-110; 126. Sobre o uso de decisões estrangeiras pelos tribunais internacionais, De Vergottini lança um importante alerta: “*El recurso a la comparación en la jurisprudencia de los tribunales internacionales tiene lógicamente características propias. Si bien resulta habitual afirmar que se sirven de la comparación como instrumento, lo cierto es que en la práctica se mueven con absoluta discrecionalidad utilizando el Derecho de los Estados miembros que consideren más adecuado en orden a resolver los casos concretos.*” DE VERGOTTINI, Giuseppe. El diálogo entre tribunales. Traducción de F. Reviriego Picón. UNED, **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 28, p. 335-352, 2011, p. 358.

graves violações de direitos humanos (conhecida como autoanistia). A Corte IDH colacionou julgados da *Corte Suprema de La Nación*, da Argentina, da *Corte Suprema de Justicia*, de Chile, do Tribunal Constitucional do Peru, da *Suprema Corte de Justicia* do Uruguai e da Corte Constitucional da Colômbia.²⁴⁹ Em todos eles, as cortes manifestaram que as leis de anistia não poderiam ser invocadas para prevenir a investigação dos fatos, ou impedir a responsabilização dos agentes estatais em casos de violação de direitos humanos.²⁵⁰

A reboque da preocupação voltada com o convencimento a ser gerado pelas suas decisões, vem uma das primordiais funções dos diálogos judiciais travados por cortes internacionais: a elaboração de *standards* comuns. Afinal, sua produção jurisprudencial apenas logrará avançar no estabelecimento de compreensões de direitos humanos que contribuam para o desenvolvimento do direito interno, e que sirvam como verdadeiros limites para os Estados se estiverem imbuídas de fundamentos dotados de autoridade – para o que a jurisprudência nacional e internacional tem muito a contribuir.

Nenhuma das cortes supranacionais (notadamente a Corte IDH e o TEDH) podem descuidar dos sentidos indicados pelos documentos internacionais de direitos humanos, sobretudo a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Nessa seara, o diálogo entre as cortes assume um caráter necessário e não apenas eventual, servindo para gerar parâmetros compatíveis de interpretação das normas de direitos humanos, a fim de não contradizer frontalmente os documentos internacionais e a Declaração Universal.²⁵¹ Nessa linha, ao dialogarem entre si as cortes supranacionais também contribuem para o seu reconhecimento recíproco, de modo que “*la jurisprudencia de cada uno de los dos ordenamientos transnacionales adopta rasgos del otro para definirse a sí mismo*”.²⁵² A partir desse

²⁴⁹ CORTE IDH. **Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilla do Araguaia”) vs. Brasil**. Sentencia 24 noviembre 2010. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafos 163 a 168.

²⁵⁰ Esse caso, contudo, não foi bem recebido pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, que em abril do mesmo ano (2010) julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153, reconhecendo a recepção constitucional da Lei de Anistia de 1979. A decisão brasileira foi deliberada no sentido de resistir à posição supranacional, já que em 31 de outubro de 2008 a Comissão Interamericana aprovara Relatório de Mérito n. 91/08, concluindo pela responsabilização internacional do Brasil em face da não investigação, julgamento e responsabilização dos agentes de Estado envolvidos nas violações de direitos humanos pertinentes à Guerrilha do Araguaia, em função da aplicação da Lei de Anistia. Atualmente, pende de julgamento a ADPF n. 320, que tem por objeto questionar a convencionalidade da Lei de Anistia à luz do entendimento da Corte IDH, contando inclusive com pareceres favoráveis da Procuradora-Geral da República. Desde 2012, referida ação aguarda pauta para julgamento o que demonstra a falta de vontade política do Supremo Tribunal Federal em rever a matéria. SILVA, Carla Ribeiro Volpini; JUNIOR, Bruno Wanderley. A responsabilidade internacional do Brasil em face do controle de convencionalidade em sede de direitos humanos: conflito de interpretação entre a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal quanto a Lei de anistia. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, 2015 p.611-629, p. 612; MEYER, Emilio Peluso Neder. Sempre é tempo de voltar à questão da anistia. **JOTA**, 04 maio 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/sempre-tempo-questao-anistia-04052018>. Acesso em: 20 fev. 2019.

²⁵¹ GARCÍA ROCA, Javier; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; BUSTOS GISBERT, Rafael. La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo. In: GARCÍA ROCA, Javier; et. al. (editores). **El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos**. Pamplona: Thomson Reuters, p. 65-107, p. 94-95.

²⁵² *Ibid.*, p. 96.

compromisso se forma uma rede informal de interpretação e aplicação dos direitos humanos entre Europa e América, que em respeito às particularidades de cada sistema e cada realidade, logre promover um aprimoramento na defesa dos direitos humanos.²⁵³

Não se trata de criar isoladamente padrões de proteção de direitos humanos para em seguida fundamentá-los por uma dinâmica de *cherry picking*²⁵⁴, mas de efetivamente construir os padrões a partir da influência dos julgados sobre casos análogos, que precisarão ser compreendidos e discutidos em sua pluralidade de sentidos. As cortes, via de regra, têm acesso aos julgados internacionais seja a partir de pesquisas feitas pelos seus próprios magistrados e assistentes, como também por meio de petições das partes envolvidas e de *amici curiae*.²⁵⁵ Muitas vezes, os fundamentos de uma decisão correspondem ao reflexo da argumentação levada pelas partes, e a figura do *amicus curiae* é especialmente relevante.²⁵⁶ Além disso, a dinâmica dos diálogos judiciais deve ser travada entre sistemas jurídicos que partilham a mesma base – respeito aos direitos humanos, à democracia e ao Estado de Direito. Esse patamar fornece uma infinidade de decisões judiciais, as quais refletem seus ordenamentos jurídicos internos, os valores, a história e a sociedade da qual emanam. Todos esses fatores devem ser considerados pelas cortes supranacionais na elaboração de seus *standards*, a fim de evitar que eles sejam mera reprodução de uma solução encontrada em outro sistema. Situações como a da Suprema Corte do Canadá, que faz uso de diálogos judiciais a *contrario sensu* com a Suprema Corte dos Estados Unidos costumam indicar a pretensão de precisamente ponderar e analisar a produção jurídica sobre casos semelhantes ou análogos a fim de estabelecer sua posição.²⁵⁷ Nesses casos, o perigo do *cherry picking* fica afastado.

Essa realidade aponta, igualmente, para a seriedade com que as cortes devem elaborar sua jurisprudência, especialmente nos sistemas jurídicos em que as cortes regionais pretendem que suas decisões representem *res interpretata*. Tema a ser abordado no terceiro capítulo,

²⁵³ Um dos exemplos desse trabalho em rede entre Europa e América Latina pode se verificar no grupo de estudos sobre o *Ius Constitutionale Commune* montado pelo Instituto Max Planck de Direito Internacional Público e Direito Comparado, em Heidelberg, na Alemanha.

²⁵⁴ Prática em que a corte escolhe os julgados que dão suporte a sua tese, e ignora os contrários. GENTILI, Gianluca; MAX, Elaine. The Supreme Court of Canada's Transnational Judicial Communication on Human Rights (1982-2014): an Empirical Assessment. In: MÜLLER, Amrei; KJOS, Hege Elisabeth. **Judicial Dialogue and Human Rights: studies on International Courts and Tribunals**. Cambridge: Cambridge University Press, p. 114-152, 2017, p. 115.

²⁵⁵ GENTILI, Gianluca; MAX, Elaine. The Supreme Court of Canada's Transnational Judicial Communication on Human Rights (1982-2014): an Empirical Assessment. In: MÜLLER, Amrei; KJOS, Hege Elisabeth. **Judicial Dialogue and Human Rights: studies on International Courts and Tribunals**. Cambridge: Cambridge University Press, p. 114-152, 2017, p. 139-141.

²⁵⁶ TZANAKOPOULOS, Antonios. Judicial Dialogue as a Means of Interpretation. In: AUST, Helmut Phillip; NOLTE, Georg (ed.). **The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence**. Oxford: Oxford University Press, 2016, p.72-95, p. 88-89.

²⁵⁷ GENTILI, MAX, *op. cit.*, p. 146-147.

adianta-se que a eficácia de *res interpretata* não se confunde com a coisa julgada, mas implica que os efeitos da sentença supranacional extrapolem o caso concreto ou o Estado demandado, para assumir caráter *erga omnes* – prática adotada tanto pelo TEDH quanto pela Corte IDH.²⁵⁸ Tal prática gera para os Estados integrantes do sistema o dever de, mais que executar as sentenças que lhe são dirigidas, levar em “*consideración las posibles implicaciones que las sentencias dictadas en otros casos pudieran presentar para su propio sistema y prácticas jurídicas*”.²⁵⁹

Nessa seara, a busca por legitimação é também um dos fatores determinantes do diálogo entre cortes supranacionais. Procurando legitimar as posições adotadas, usam a jurisprudência uma da outra como ferramenta argumentativa. A Corte IDH costuma ancorar seus julgados em decisões do TEDH a fim de legitimar sua posição enquanto órgão máximo de proteção dos direitos humanos no continente, bem como para ingressar em um padrão ocidental de defesa desses direitos.²⁶⁰ Ao incorporar padrões de julgamento do seu equivalente europeu, a Corte IDH dá um passo em direção a uma troca recíproca de fundamentos e argumentos²⁶¹ em que a legitimação se aperfeiçoa.

Já o TEDH costuma fundar seus julgados em decisões da Corte IDH a fim de demonstrar a ultraterritorialidade dos padrões de proteção dos direitos humanos, apesar de diferenças sociais e políticas.²⁶² Ainda, ao pretender modificar uma posição anteriormente adotada em julgados anteriores, em função de uma evolução nos parâmetros protetivos de dados direitos humanos, o TEDH costuma fazer referência a julgados da Corte IDH e, com isso, legitima sua inovação jurisprudencial.²⁶³

Percebe-se, portanto, que os diálogos judiciais acabam por representar uma ferramenta essencial para a troca argumentativa entre os diversos centros jurisdicionais, sejam eles nacionais, supranacionais ou internacionais. Os diálogos travados entre essas cortes podem assumir maior ou menor intensidade em razão dos vínculos que porventura tenham, bem como a partir das matérias julgadas e que se pretendam harmonizar. O fato é que as diversas discussões possíveis a respeito da interpretação das normas de direitos humanos impulsionam

²⁵⁸ SAIZ ARNAIZ, Alejandro. La interacción entre los tribunales que garantizan derechos humanos: razones para el diálogo. In: SAIZ ARNAIZ, Alejandro (Director); SOLANES MULLOR, Joan; ROA ROA, Jorge Ernesto. **Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**. Valência: Tirant lo Blanch, 2017, p. 29-43, p. 41.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 44.

²⁶⁰ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. **El Diálogo Judicial: máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos**. México: Porrúa, 2013, p. 25-26.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 26.

²⁶² *Ibid.*, p. 27-28.

²⁶³ Casos Ergin v. Turquia e Maszni v. Romenia, em que o TEDH asseverou seus critérios a respeito da possibilidade de tribunais militares julgarem civis. Ainda que a Corte IDH seja radicalmente contrária à possibilidade, seus argumentos contribuíram para o tribunal europeu restringir ainda mais a gama de possibilidades em que isso seria permitido. *Ibid.*, p. 28.

as cortes aos diálogos conferindo-lhes plataformas de argumentos sólidos em que podem legitimar suas compreensões, bem como aprender e discutir os diversos rumos possíveis para a proteção desses direitos.

2.3.3 Diálogos judiciais e direito comparado: distinções e imbricamentos para a aprimoração do conceito

Ao se buscar a definição do que sejam os diálogos judiciais, torna-se necessário explicar que essa figura, embora relacionada ao uso do direito comparado, com ele não se confunde. Mera menção a uma decisão de um outro tribunal, ou de uma doutrina criada em sede jurisprudencial estrangeira não configuram, por certo, o mesmo que diálogos judiciais,²⁶⁴ e muitas vezes sequer pode ser concebida como direito comparado. O uso seletivo de jurisprudência certamente dá margem para a discricionariedade, como já se manifestou o Juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, Antonin Scalia: “*when it agrees with what the justices would like the case to say, we use the foreign law, and when it doesn’t agree, we don’t use it*”.²⁶⁵ Nesse sentido, sua prática não se justificaria nem como uso de direito comparado, nem como diálogos judiciais.

Giuseppe De Vergottini debruçou-se sobre essa dificuldade e lançou luzes na distinção entre os diálogos judiciais e o uso de direito comparado.²⁶⁶ Uma das condições colocadas para a conformação dos diálogos judiciais seria a existência de ambientes jurídicos desprovidos de barreiras ideológicas profundas, como se verifica na Europa, em que mesmo os países do Leste Europeu acabaram por se integrar às premissas das democracias liberais.²⁶⁷ Em ambientes de maior fragmentação – atualmente como se pode ver na América Latina, com a saída da Venezuela do bloco interamericano em 2012²⁶⁸, e o silêncio e isolamento adotado

²⁶⁴ SAIZ ARNAIZ, Alejandro. Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: las razones para el diálogo. In: CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES (ed.). **Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales**: XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, p. 131-160, 2013, p. 154.

²⁶⁵ SCALIA, Antonin *apud* CHOUDRHY, Sujit. Migration as a new metaphor in comparative constitutional law. In: CHOUDRHY, Sujit. **The Migration of Constitutional Ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 7.

²⁶⁶ DE VERGOTTINI, Giuseppe. El diálogo entre tribunals. Traducción de F. Reviriego Picón. UNED, **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 28, p. 335-352, 2011, p. 335-352.

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 346.

²⁶⁸ O Tribunal Supremo de Justiça, da Venezuela, no epicentro da crise que levou à denúncia do Estado da Convenção Americana sobre Direitos Humanos chegou a declarar, em ato inédito, a inconstitucionalidade de sentenças proferidas pela Corte IDH. BREWER-CARIAS, Allan. El ilegítimo ‘control de constitucionalidad’ de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte la sala constitucional del tribunal supremo de justicia de Venezuela: El caso Leopoldo López vs. Venezuela, septiembre 2011. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. **Estudios Constitucionales**, Año 10, No 2, 2012, p. 575-608.

pelo governo de Daniel Ortega na Nicarágua²⁶⁹, é certo que os diálogos judiciais enfrentam barreiras para se consolidar enquanto prática generalizada no continente.

Dois são os elementos centrais eleitos por De Vergottini a fim de diferenciar os diálogos judiciais do uso do direito comparado: a reciprocidade e o ideal comum.²⁷⁰

Por reciprocidade, De Vergottini entende uma verdadeira interação entre os julgados, de modo que uma corte moldasse seu convencimento a partir da influência da outra, e vice-versa. Nessa seara, quando cortes constitucionais como o Supremo Tribunal Federal Brasileiro aplica ideias defendidas pelo Tribunal Constitucional da Alemanha, não engajaria em diálogos judiciais, mas meramente realizaria um empréstimo jurisprudencial, uma ação unidirecional. A influência de um tribunal em outro, presente nos empréstimos jurisprudenciais, é unidirecional. A interação inerente aos diálogos judiciais é necessariamente recíproca.²⁷¹ E aí reside a diferença.²⁷²

Nesse sentido, seria necessário um caminho de ida e volta a ser percorrido pelos interlocutores a fim de promoverem a harmonização do pluralismo jurídico, construindo parâmetros comuns de convivência entre os sistemas – para os quais as normas de direitos humanos ofertam profícua fundamentação. Aplicada a exigência de reciprocidade no nível exigido por De Vergottini, muitas manifestações que poderiam se enquadrar como diálogos judiciais ficariam afastadas. A título de exemplo, a intensa incorporação da jurisprudência alemã pelo Tribunal Constitucional da Hungria, após a Reforma Constitucional de 1989 que inseriu essa ordem jurídica em padrões liberais, afastando-a dos padrões socialistas vigentes até então. Toda a construção teórica alemã sobre a dignidade humana foi apreendida por juízes húngaros, conhecedores do idioma, e incorporada em sua jurisprudência. Em contrapartida, não há histórico de menções à jurisprudência húngara pela Corte Constitucional alemã. Nessa perspectiva unidirecional haveria monólogo tão somente.²⁷³

²⁶⁹ LOPEZ, Ismael; LOVE, Julia; McCOOL, Grant. Nicaragua expels OAS missions investigating violent protests. 20 Dec. 2018. **Reuters**, World News. Available at: <https://www.reuters.com/article/us-nicaragua-oas-idUSKCN1OJ05O>. Access in: Jan. 30, 2019.

²⁷⁰ DE VERGOTTINI, *op. cit.*, p. 350.

²⁷¹ Nesse mesmo sentido, e tomando como referencial o ambiente normativo do sistema interamericano de direitos humanos, ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. The Latin-American Judicial Dialogue: a Two-Way Street Towards Effective Protection. In: HAECK, Yves; RUIZ-CHIRIMBOGA, Oswaldo; BURBANO-HERRERA, Clara (ed.). **The Inter-American Court of Human Rights: Theory and Practice, Present and Future**. Cambridge: Intersencia, 2015, p. 693-711, p. 701.

²⁷² DE VERGOTTINI, Giuseppe. El diálogo entre tribunals. Traducción de F. Reviriego Picón. UNED, **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 28, p. 335-352, 2011, p. 349. Nesse mesmo sentido, Slaughter afirma que o empréstimo jurisprudencial corresponderia a um monólogo, pois uma corte incorpora posições adotadas pela outra que sequer toma conhecimento de sua existência. SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication. **University of Richmond Law Review**, n. 29, 1994, p. 99-137. Available at: <http://scholarship.richmond.edu/lawreview/vol29/iss1/6>. Access in: Feb. 11, 2019, p. 113.

²⁷³ DE VERGOTTINI, *op. cit.*, p. 350-351.

Mesmo em casos de tribunais mais naturalmente abertos ao direito estrangeiro, como aqueles oriundos de Estados unidos por uma história comum, como o caso da Austrália, Canadá, Índia e Nova Zelândia, a abertura pode se mostrar unilateral. Esses tribunais se mostram aptos a dialogar com a jurisprudência estrangeira, contudo não há reciprocidade por parte das cortes com quem interagem. Exemplo dessa realidade é o caso canadense, cuja decisão proferida pela Corte Constitucional no caso Keenstra trouxe argumentos da Suprema Corte dos Estados Unidos para decidir sobre discurso de ódio em 1990. Dois anos depois, a Suprema Corte Norte-Americana teve oportunidade de enfrentar novamente a questão no caso R.A.V. vs. Cidade de St. Paul, Minnesota, e ignorou o precedente canadense.²⁷⁴ De fato, nem sempre se verifica um intercâmbio direto entre as cortes, de modo que são raros os casos em que a primeira corte, cuja decisão influenciou outro julgado, terá a oportunidade de replicar. O diálogo não estaria exclusivamente na contínua troca de argumentos entre estas duas cortes, mas na própria influência que a decisão de uma corte exerce sobre os fundamentos de uma decisão a ser proferida por outra corte, ou mesmo na rejeição fundamentada dos argumentos estrangeiros.²⁷⁵

Analisando a dinâmica dos fluxos de ideias através dos tribunais, há que se atentar para uma realidade da prática judiciária mundial em que inegavelmente existem cortes dotadas de maior influência na interpretação e criação do Direito do que outras, seja em razão de seu histórico, seja em razão do poder político que incorporam, da qualidade de seu argumentos. Como observou Julie Allard, o direito comum que se erige do pluralismo jurídico é resultado de certas forças vitoriosas em dados momentos históricos, em que certas concepções de direito se sobressaem e acabam por dominar outras.²⁷⁶ O exemplo da Hungria é bastante claro nesse sentido. Também na América Latina, após os processos de democratização que se seguiram às ditaduras militares, as Cortes Constitucionais precisaram buscar soluções jurídicas em cortes europeias ou na norte-americana para lidar com cartas de direitos fundamentais e exigências democráticas, já que as novas constituições as inseriram em novos padrões normativos.

Nessa seara, um monólogo inicial pode eventualmente progredir para um diálogo, na medida em que essas cortes se inserem na comunidade internacional em que as interações se

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 351.

²⁷⁵ TZANAKOPOULOS, Antonios. Judicial Dialogue as a Means of Interpretation. In: AUST, Helmut Phillip; NOLTE, Georg (ed.). **The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence**. Oxford: Oxford University Press, 2016, p.72-95, p. 75.

²⁷⁶ ALLARD, Julie. La “cosmopolitisation” de la justice: entre mondialisation et cosmopolitisme. Dossier Mondialisation et cosmopolitisme. **Dissensus - Revue de philosophie politique de l’ULg**, n. 1, Décembre, 2008. Disponible en: <https://popups.uliege.be:443/2031-4981/index.php?id=213>. Consulté le 27 jan. 2019, p. 75.

realizam em múltiplas direções.²⁷⁷ Significa dizer que a comunicação entre as jurisdições pode observar *timings* diversos, sendo difícil estabelecer de forma clara um lapso temporal para que se possa avaliar se a reciprocidade e a interação de fato se tornarão realidade.²⁷⁸

Em um grau de exigência menor, entende-se por mais proveitoso para a identificação dos diálogos a percepção da reciprocidade como potência, não como característica ou elemento essencial a fim de definir os diálogos judiciais. A troca é sempre o resultado potencial da incorporação na decisão de um arrazoado estrangeiro, mesmo porque a nova concepção que deriva do diálogo entre os argumentos da corte receptora com os oriundos da corte estrangeira podem eventualmente ser aproveitados por uma terceira corte, que não a primeira de onde a fundamentação havia partido. Nos diálogos judiciais ocorrem trocas argumentativas, ainda que não imediatamente recíprocas, de modo que um conceito mais maleável de diálogos judiciais pode ser mais proveitoso para a integração dos diferentes sistemas jurídicos nacionais, regionais e internacionais.²⁷⁹

Nos sistemas regionais de direitos humanos, a potencial reciprocidade ganha expressão já que todas as cortes, nacionais e supranacional, comprometeram-se com a interpretação das mesmas normas de direitos humanos a partir da adesão dos Estados aos tratados internacionais e da abertura de suas normas constitucionais, formando o que se denomina bloco de constitucionalidade.²⁸⁰ Referida coesão normativa pode ser apontada como uma progressiva “osmose entre ordenamentos nacionais e internacionais”, tanto na Europa quanto na América Latina²⁸¹, ainda que muitas vezes se manifestem resistências por parte de

²⁷⁷ MOHALLEM, Michael Freitas. Horizontal Judicial Dialogue on Human Rights: the Practice of Constitutional Courts in South America. In: MÜLLER, Amrei; KJOS, Hege Elisabeth. **Judicial Dialogue and Human Rights: studies on International Courts and Tribunals**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 67-112, p. 68.

²⁷⁸ No caso do sistema interamericano de direitos humanos, o grau de coesão determinado pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos torna possível verificar com maior clareza as trocas jurisprudenciais. ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. The Latin-American Judicial Dialogue: a Two-Way Street Towards Effective Protection. In: HAECK, Yves; RUIZ-CHIRIMBOGA, Oswaldo; BURBANO-HERRERA, Clara (ed.). **The Inter-American Court of Human Rights: Theory and Practice, Present and Future**. Cambridge: Interscencia, 2015, p. 693-711, p. 701-702.

²⁷⁹ GARCÍA ROCA, Javier. El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo. UNED, **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 30, 2012, p. 183-224. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.30.2012.7005>. Acceso en: 19 feb. 2019, p. 191.

²⁸⁰ Essa comunidade de intérpretes assumem o compromisso de interpretar normas convencionais, e, mais além, juízes constitucionais se comprometem em interpretar as normas nacionais a luz das normas convencionais (como o caso espanhol, segundo o artigo 10.2 da Constituição Espanhola, e o caso colombiano, segundo o artigo 93 de sua Constituição, que estabelecem cláusulas de interpretação conforme). Nos sistemas regionais de proteção de direitos humanos, percebe-se a tentativa de construção de um bloco de constitucionalidade que impulsiona os juizes ao diálogo. BURGORGUE-LARSEN, Laurence. **El Diálogo Judicial: máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos**. México: Porrúa, 2013, p. 127-131; 134-137; ROLLA, Giancarlo. Algunas consideraciones sobre la tutela de los derechos y libertades fundamentales ante las jurisdicciones supranacionales. In: SAIZ ARNAIZ, Alejandro; SOLANES MULLOR, Joan; ROA ROA, Jorge Ernesto. **Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 71-88, p. 75-76.

²⁸¹ ROLLA, Giancarlo. Algunas consideraciones sobre la tutela de los derechos y libertades fundamentales ante las jurisdicciones supranacionales. In: SAIZ ARNAIZ, Alejandro; SOLANES MULLOR, Joan; ROA ROA, Jorge Ernesto. **Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 71-88, p. 71.

certas cortes constitucionais, comprometendo a integridade do sistema.²⁸² Ainda que a interpretação por elas manifestada não seja idêntica, deverá ser, ao menos, compatível. Um espaço para a diversidade deve ser garantido em razão das especificidades das tradições jurídicas, já que não se trata de um sistema hierárquico de formato constitucional mas, mais propriamente, um modelo de integração.²⁸³

Nessa linha, ganha importância primordial o elemento diferenciador dos diálogos judiciais apontado por De Vergottini: a deliberada intenção dos interlocutores de consolidar um direito comum, não uniforme, porém compatível. Com esse ingrediente se poderia afirmar que os diálogos judiciais em sentido amplo tratam da interação espontânea envolvendo jurisdições diversas a fim de discutir suas razões de decidir para chegarem a soluções compatíveis para problemas comuns envolvendo direitos humanos. Em sentido estrito, nos diálogos judiciais que se materializam nos sistemas regionais de proteção de direitos humanos, a construção de padrões comuns assume especial importância, bem como a reciprocidade, que se torna mais viável na medida em que os Estados aderem a compromissos convencionais perante si e os órgãos do sistema de respeitarem e implementarem as mesmas normas de direitos humanos.

Um exemplo de diálogos judiciais nesse sentido estrito pode ser encontrado no sistema interamericano de direitos humanos no tocante às leis de anistia, firmadas pelas ditaduras militares como escusa legal a fim de tentar prevenir a responsabilização de seus agentes pela prática de graves violações de direitos humanos. Em 2001, no caso *Barrios Altos vs. Peru*, a Corte IDH analisou a lei de anistia criada em 1995 com o objetivo de impedir a investigação e punição pelos atos praticados por militares integrantes do “Grupo Colina”, e reputou-a contrária à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Referido julgado foi trazido pela *Corte Suprema de La Nación*, da Argentina, em 2005, no caso *Simón*, como razão de decidir para o fim de afastar a validade das leis de anistia. A corte constitucional faz menção expressa ao julgado interamericano. A mesma decisão constitucional argentina passou então a integrar a fundamentação da sentença proferida pela Corte IDH no caso *Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, em 2010.²⁸⁴ Verificou-se uma verdadeira conversa entre

²⁸² Sobre os processos de resistência, contestação e backlasch em relação a decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ver SOLEY, Ximena; STEININGER, Silvia. Parting ways or lashing back? Withdrawals, *backlash* and the Inter-American Court of Human Rights. **MPIL Research Paper** Series No. 2018-01. Available at: <https://ssrn.com/abstract=3103666>. Access in: Dec. 10, 2018.

²⁸³ No sistema europeu, o espaço para as diversidades manifesta-se por meio da doutrina da margem de apreciação. ROLLA, *op. cit.*, p. 74. No sistema interamericano, o espaço para deferência ainda carece de melhor configuração, para o que a presente tese visa contribuir.

²⁸⁴ CORTE IDH. **Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilla do Araguaia”) vs. Brasil**. Sentencia 24 noviembre 2010. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 163.

a Corte IDH e a *Suprema Corte de la Nación* da Argentina sobre as leis de anistia. Uma conversa de comuns acordos, mas ainda assim uma conversa.

A proposta do uso de direito comparado, como se pretende demonstrar, difere dos diálogos judiciais – tanto em sentido lato quanto no sentido estrito, de maior coesão e mutualismo aplicado aos sistemas regionais. O direito comparado pode se manifestar de diversas formas, por meio de um estudo casuístico que não visa contribuir para construir algo comum, e menos ainda interferir na conformação do direito estrangeiro²⁸⁵, como sói ocorrer através dos diálogos judiciais. A reciprocidade não é elemento nem concreto nem potencial no uso do direito comparado, pelo qual as cortes buscam solucionar litígios para os quais não logram encontrar a resposta em interpretações domésticas do direito, ou em casos de falta de legislação que dê suporte à decisão.

Uma das formas pelas quais se manifesta o uso do direito comparado foi batizada por Sujit Choudhry de “migração de ideias constitucionais”, podendo englobar tanto o uso de direito estrangeiro na interpretação constitucional, como a transposição de modelos constitucionais para a criação de outras constituições. Essas migrações ainda podem ocorrer entre cortes constitucionais, ou envolver os níveis supranacionais de jurisdição.²⁸⁶ A “migração de ideias constitucionais” seria distinta dos transplantes jurídicos (“*legal transplants*”, em que se transferem regras de um sistema jurídico ao outro, alvo de graves críticas de Pierre Legrand)²⁸⁷ bem como dos empréstimos constitucionais (“*constitutional borrowing*” profundamente criticados por comparatistas, pois não permitiriam que se pudesse prever todos os usos possíveis das categorias transplantadas e quais seus impactos na ordem jurídica receptora).²⁸⁸ A migração de ideias constitucionais implica a ideia do movimento pelo qual concepções de direito constitucional ultrapassam as fronteiras em que foram forjadas, sem que haja necessariamente um controle desse percurso, podendo as mesmas inclusive sofrerem modificações e adaptações.²⁸⁹ Trata-se de processo “dialógico” no sentido em que serve para realçar o contraste entre as ideias comparadas, e expor as concepções normativas e fáticas da própria ordem jurídica receptora: “*by asking why foreign courts have reasoned a certain way, a court engaged in process of discursive justification asks itself why it reasons*

²⁸⁵ LEGRAND, Pierre. **Como ler o direito estrangeiro**. Trad. Daniel Wunder Hachem. São Paulo: Contra Corrente, 2018, p. 57-58.

²⁸⁶ CHOUDHRY, Sujit. Migration as a new metaphor in comparative constitutional law. In: CHOUDHRY, Sujit. **The Migration of Constitutional Ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 13.

²⁸⁷ *Ibid.*, p. 17-20. As críticas recorrem ao fundamento básico de que as normas jurídicas são necessariamente um produto cultural e histórico de um povo, e não podem ser transplantadas.

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 20-21.

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 21.

the way it does. And so the next move is to engage in a process of justification.”²⁹⁰ Essa concepção “dialógica” é mais propriamente uma autorreflexão da corte que recebe a ideia constitucional migrada, não havendo um diálogo entre essas cortes mas um movimento unidirecional²⁹¹ sem pretensões comuns.

Partindo da ideia original de que as ideias constitucionais são transferidas de uma dada ordem constitucional para outra, elementos como compromisso com ideais comuns ou precedentes argumentativos, interação bi ou multidirecional, são descartáveis:

*It presumes nothing about the attitudes of the giver or the recipient, or about the properties or fate of the legal objects transferred. Rather [...] it refers to all movements across systems, overt or covert, episodic or incremental, planned or evolved, initiated by giver or receiver, accepted or rejected, adopted or adapted, concerned with substantive doctrine or with institutional design or some more abstract or intangible constitutional sensibility or ethos.*²⁹²

Um elemento que permite distinguir a migração de ideias constitucionais é o fato de que ela tem como ponto de partida, necessariamente, uma concepção jurídica proveniente de uma dada ordem constitucional, diferentemente dos diálogos judiciais, que podem fluir tanto das cortes constitucionais quanto de cortes supranacionais e internacionais. Nesse sentido, Walker fornece como exemplo as referências usadas pelo Tribunal de Justiça Europeu de dispositivos presentes em constituições europeias a fim de fundamentar seus julgados.²⁹³

Uma contribuição relevante para compreender o alcance do direito comparado foi feita por Ran Hirschl, e serve de bom guia para se traçar o paralelo com os diálogos judiciais, ainda que não tenha sido esse o objetivo do autor.²⁹⁴ Num primeiro momento, diferencia o direito comparado do mero uso indiscriminado de direito estrangeiro, a fim de gerar citações escolhidas com a única finalidade de enriquecer os argumentos do julgado, mas sem cuidado de se compreender os sistemas jurídicos que a produziram. Nessa linha, surgem citações sobre direitos em países diversos (Guatemala, Bulgária, Kazaquistão), pautadas pelo conhecimento (eventual) do julgador a respeito dessas normas ou jurisprudência, que segue sendo incorporada sem maiores considerações.²⁹⁵

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 22.

²⁹¹ PEGORARO, Lucio. Estudio Introdutorio. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.). **Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos: Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 31-80, p. 38.

²⁹² WALKER, Neil. The migration of constitutional ideas and the migration of the constitutional idea: the case of the EU. In: CHOUDHRY, Sujit. **The Migration of Constitutional Ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 320-321.

²⁹³ WALKER, Neil. The migration of constitutional ideas and the migration of the constitutional idea: the case of the EU. In: CHOUDHRY, Sujit. **The Migration of Constitutional Ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 324.

²⁹⁴ HIRSCHL, Ran. On the blurred methodological matrix of comparative constitutional law. In: CHOUDHRY, Sujit. **The Migration of Constitutional Ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 39-66.

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 41.

No Brasil, essa prática já se manifestou em casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, em que os magistrados fazem mero uso retórico de uma extensa gama de leis e decisões, sem que seja identificado qualquer critério de comparação entre a realidade brasileira e a estrangeira que se busca incorporar. Exemplo emblemático é a decisão adotada pelo Supremo Tribunal Federal para reconhecer a constitucionalidade da lei que autorizava pesquisas com células tronco (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510-DF).²⁹⁶ Em extenso arrazoado, várias citações de direito estrangeiro foram apresentadas, sem apresentação de um critério capaz de justificar a escolha das contribuições estrangeiras senão mera citação ilustrativa, ornamentando o voto com alegado grau de erudição.²⁹⁷ O efeito argumentativo seria apenas demonstrar que a prática de pesquisa com células tronco é amplamente difundida em outros ordenamentos jurídicos e caberia ao Brasil unir-se a eles. Não se trata de comparação judicial na medida em que ela “*sólo puede encontrar sustento en el cotejo de las líneas de argumentación concretado en la sentencia y no en simples reconstrucciones en buena parte forzadamente inductivas*”.²⁹⁸

A segunda modalidade identificada por Hirschl diz respeito à utilização de jurisprudência estrangeira, notadamente em trocas feitas entre Cortes constitucionais que visam solucionar problemas considerados comuns, a partir de uma visão que esses julgadores teriam de qual seria a melhor decisão para o caso. Essa manifestação do direito constitucional comparado permitiria que o próprio direito interno fosse submetido a novas interpretações, modificando-se a luz da influência estrangeira.²⁹⁹ Referida prática poderia ser identificada como uma manifestação de um discurso judicial globalizado, tal como mencionado por Slaughter³⁰⁰, e com isso se distancia da concepção defendida por De Vergottini, para quem os empréstimos jurisprudenciais não poderiam ser considerados diálogos, em virtude da ausência dos elementos reciprocidade e objetivo comum. Para Hirschl, o direito comparado exige mais em termos de coerência, não bastando a menção a julgados de outras cortes como busca de implementação de valores cosmopolitas.³⁰¹

²⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510-DF**. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 29 de maio de 2008.

²⁹⁷ HORBACH, Carlos Bastide. O direito comparado no STF: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, 2015, p. 193-210, p. 206-208; HART, Naomi. Complementary Protection and Domestic Courts. In: MÜLLER, Amrei; KJOS, Hege Elisabeth. **Judicial Dialogue and Human Rights: studies on International Courts and Tribunals**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 173-215, p. 194.

²⁹⁸ DE VERGOTTINI, Giuseppe. El diálogo entre tribunals. Traducción de F. Reviriego Picón. UNED, **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 28, p. 335-352, 2011, p. 358.

²⁹⁹ HIRSCHL, Ran. On the blurred methodological matrix of comparative constitutional law. In: CHOUDHRY, Sujit. **The Migration of Constitutional Ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 41-42.

³⁰⁰ SLAUGHTER, Anne-Marie. **A New World Order**. New Jersey: Princeton University Press, 2004, *passim*.

³⁰¹ HIRSCHL, *op. cit.*, p. 43.

Para além dos aportes jurisprudenciais, uma perspectiva de carácter construtivo exige, por via do direito comparado, uma análise das categorias jurídicas que fundamentam cada decisão judicial que se busca utilizar, como Estado de Direito, eleições democráticas e dignidade da pessoa humana. E a partir de análise criteriosa de como esses conceitos foram construídos, produzem-se novas contribuições capazes de agregar a essas categorias novas capas de sentido. Esse método, identificado por Hirschl como “*concept formation through multiple description*” certamente agrega mais à formação e inovação de consensos em Direito do que a mera reprodução de julgados.³⁰² Cabe aos juízes envolvidos analisar os casos estrangeiros em toda a sua extensão, de forma contextualizada, a fim de identificar pontos em comum ou inconsistências até formar seu convencimento a seu respeito.³⁰³

Exemplos desse processo podem ser encontrados em julgados da Suprema Corte Canadense (citando precedentes da Suprema Corte Norte-Americana e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre liberdade de associação) e casos solucionados pelo Tribunal Constitucional da África (Du Plessis e outros vs. De Klerck e outros; e O Estado vs. Makwanaye), em que se verificou a integração do julgado às razões de decidir e elementos fundamentais de decisões alemãs, australianas, inglesas, neozelandesas e mesmo do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a respeito das particularidades referentes à pena de morte.³⁰⁴ Para De Vergottini, somente quando os fundamentos trazidos nos precedentes ou no direito estrangeiro integram a razão de decidir de um tribunal que se poderia efetivamente falar em comparação³⁰⁵, de modo que, para além de empréstimos jurisprudenciais, os julgados elejam a pertinência e analisem os elementos decisórios estrangeiros, a fim de promover efetiva integração dessa análise nas razões de decidir.

A maior densidade de produção jurídica através do direito constitucional comparado surge na quarta modalidade identificada por Hirschl, com a possibilidade de se fazer inferências sobre causas e efeitos a partir da análise do direito estrangeiro. A formação de conceitos, ainda que represente direito comparado de qualidade analítica, com coerência, capaz de apontar os objetivos, focos natureza e limites dos fenômenos traduzidos pelas categorias estrangeiras, não lograria demonstrar comprovadamente as origens e causas desses fenômenos. Indo além da construção de conceitos, o autor propõe o objetivo final da atividade

³⁰² *Ibid.*, p. 43-44.

³⁰³ HART, Naomi. Complementary Protection and Domestic Courts. *In*: MÜLLER, Amrei; KJOS, Hege Elisabeth. **Judicial Dialogue and Human Rights: studies on International Courts and Tribunals**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 173-215, p. 195.

³⁰⁴ DE VERGOTTINI, Giuseppe. El diálogo entre tribunals. Traducción de F. Reviriego Picón. UNED, **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 28, p. 335-352, 2011, p. 355.

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 356.

comparativa no direito constitucional: “*theory building through causal inference*”.³⁰⁶ A partir dessa proposta, seria possível explicar as razões que levam às formulações jurídicas, a partir de uma pesquisa qualitativa e quantitativa, guiada por princípios informadores da seleção de casos. A proposta tem maior validade e aplicação para as pesquisas científicas que para as comunicações entre centros jurisdicionais, ainda que, certamente, seus resultados possam influenciar os processos dialógicos.

O que se pode observar a partir do exposto, é que o uso do direito comparado tem um sentido mais estrito que os diálogos judiciais, embora ambos lidem com importação ou trocas de argumentos produzidos pelo direito estrangeiro. O importante para identificar os diálogos judiciais é o uso consciente da jurisprudência estrangeira (e não meramente das normas de direito estrangeiro, mas sobretudo da forma como são interpretadas) a fim de solucionar problemas decorrentes da intrínseca abertura dos direitos humanos para a criação de *standards* comuns, em um processo de mútua influência que tende à reciprocidade.

Nesse sentido, os diálogos judiciais não se resumem à mera recepção do direito estrangeiro, ou a transplantação da jurisprudência alienígena, tal como narrado no primeiro uso de direito comparado exposto por Hirschl. Como explica Slaughter, não se trata de simplesmente reproduzir em um julgado as soluções formuladas por outras jurisdições, pois existe um mínimo comprometimento com a atividade jurisdicional como uma empreitada comum.³⁰⁷ A fertilização cruzada inerente aos diálogos implica construir fundamentos e argumentos a partir de razões fornecidas por cortes estrangeiras para casos análogos, e com isso permitir que essas cortes também dialoguem com essas novas decisões a fim de reafirmar ou eventualmente modificar suas posições.³⁰⁸ Mais do que preencher lacunas (“*gap-filling*”), os diálogos judiciais promovem deliberação.³⁰⁹

Ressaltam alguns autores precisamente o elemento de disputa ou de discórdia que podem se manifestar nos diálogos judiciais³¹⁰, a fim de se afastar em definitivo a identificação dos diálogos judiciais com mera citação de direito ou jurisprudência estrangeira. Nos diálogos se realizaria uma fertilização cruzada³¹¹ de padrões constitucionais e internacionais de direitos humanos em um ambiente de respeito pelas diferenças, de modo que as cortes logrem

³⁰⁶ HIRSCHL, Ran. On the blurred methodological matrix of comparative constitutional law. In: CHOUDHRY, Sujit. **The Migration of Constitutional Ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 39-66, p. 46.

³⁰⁷ SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication. **University of Richmond Law Review**, n. 29, 1994, p. 99-137. Available at: <http://scholarship.richmond.edu/lawreview/vol29/iss1/6>. Access in: Feb. 11, 2019, p. 122.

³⁰⁸ SLAUGHTER, Anne-Marie. A Global Community of Courts. **Harvard International Law Review**, v. 44, n. 1, 2003, p. 191-219, p. 196.

³⁰⁹ *Ibid.*, p. 198.

³¹⁰ NEVES, Marcelo. **Tranconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 117.

³¹¹ SLAUGHTER, 1994, *op. cit.*, p. 117.

identificar as particularidades das normas a serem aplicadas no caso concreto, seja em respeito às delimitações nacionais das esferas de competência, sejam as próprias particularidades culturais inerentes ao pluralismo, e ganham manifestação normativa.³¹² A título de exemplo, pode-se identificar o padrão de liberdade de expressão, quando em confronto com liberdade religiosa, elaborado pela Corte IDH, e incorporado na Constituição Chilena, a partir do caso “*La última tentación de Cristo*” (Olmedo Bustos et. al. vs. Chile), em 2001³¹³, assim como a incorporação, por tribunais latino-americanos, da doutrina do núcleo essencial e da proporcionalidade, criados pela jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha.³¹⁴

A intensidade das referências cruzadas nas decisões de direitos humanos, nesse caso, está diretamente relacionada com o *status* que as constituições atribuem às normas de tratados internacionais ou regionais de direitos humanos.³¹⁵ Observando-se os países que integram o sistema interamericano de direitos humanos, em diversos casos se verificou o reconhecimento do *status* de normas constitucionais aos tratados internacionais de direitos humanos, como se extrai da Constituição da Colômbia de 1991, e da Constituição da Argentina de 1994. No Brasil, a Emenda Constitucional n. 45 de 2004 atribuiu *status* constitucional às normas de tratados de direitos humanos apenas se aprovadas internamente segundo o rito processual próprio das emendas constitucionais. Essa interligação favorece os diálogos judiciais na medida em que seu objeto ganha uma nova dimensão de coesão. Juízes nacionais interpretam normas regionais, e juízes regionais interpretam normas constitucionais. O terceiro capítulo aprofundará essa ótica a partir das lentes do sistema interamericano.

Como se afirmou, nas esferas regionais de sistemas de proteção de direitos humanos os diálogos assumem um sentido estrito, em que os intercâmbios jurisprudenciais têm por objetivo a harmonização em prol de um direito comum, ainda que manifestamente respeitosa das identidades culturais de cada sistema jurídico, propensos a uma autêntica interação recíproca entre as cortes. Com base nessa proposta, e tendo por foco o sistema europeu de proteção dos direitos humanos, Torres Pérez exige para a configuração dos diálogos judiciais a presença de uma atuação cooperativa entre os interlocutores jurisdicionais que deles exige

³¹² FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. What Do We Mean When We Talk About Judicial Dialogue? Reflections of a Judge of the Inter-American Court of Human Rights. *Harvard Human Rights Journal*, v. 30, 2017, p. 91.

³¹³ CORTE IDH. Caso “*La Última Tentación de Cristo*” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001.

³¹⁴ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. El diálogo judicial multinível. In: MEZZETTI, Luca; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (coord.). *Diálogo entre cortes: a jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita*. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015, p. 154.

³¹⁵ MOHALLEM, Michael Freitas. Horizontal Judicial Dialogue on Human Rights: the Practice of Constitutional Courts in South America. In: MÜLLER, Amrei; KJOS, Hege Elisabeth. *Judicial Dialogue and Human Rights: studies on International Courts and Tribunals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 67-112, p. 78.

reconhecimento mútuo e igualdade de oportunidades de manifestação, ou seja, que todos os tribunais tenham seus argumentos considerados em um processo contínuo e não esporádico.³¹⁶ Ressalte-se que, mesmo que haja o comprometimento com um projeto comum, os diálogos podem se manifestar também na discordância, sendo um produto da divergência entre as propostas, que devem ser consideradas em sua racionalidade.³¹⁷ Como coloca García Roca, ao tratar da “*res interpretata*” no sistema europeu, os diálogos podem “canalizar o desacordo”, apontando novas linhas interpretativas.³¹⁸

Dessa forma, diálogos judiciais implicam avanços e retrocessos, em que o mutualismo entre o nacional e o transnacional propicia influências cruzadas e dinâmicas³¹⁹, mas seu fio condutor, sua razão de existência, é sempre encontrar soluções que valorizem a dignidade humana por meio dos direitos humanos, e tendo como elemento essencial a democracia.³²⁰ Segundo Saiz Arnaiz³²¹, essas soluções devem se pautar pela busca da efetividade, e estarem fundadas em metodologias deliberativas.³²² Ainda que sua dinâmica seja fluida, há um comprometimento ético-jurídico com a sua realização.

Tendo por premissa o ambiente regional marcado pelo comprometimento com a construção de *standards* comuns, Góngora-Mera idealizou um diálogo com características próprias: diálogo coevolutivo. Se as normas jurídicas estão abertas³²³ à evolução de sentido,

³¹⁶ TORRES PEREZ, Ayda, Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication, *apud* DÍAZ CREGO, María. Diálogo Judicial. Eunomia. **Revista en Cultura de la Legalidad**. N. 9, octubre 2015 – marzo p. 289-299, 2016, p. 294.

³¹⁷ LÓPEZ GUERRA, Luis. Dialogues between the Strasbourg Court and National Courts. In: MÜLLER, Amrei; KJOS, Hege Elisabeth (ed.). **Judicial Dialogue and Human Rights: studies on International Courts and Tribunals**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 401-409, p. 408-409. O exemplo diz respeito a uma decisão do Tribunal Constitucional Espanhol (STS 670/2012, julgamento de 19 de julho de 2012, relator Alberto Jorge Barreiro). Nesse caso o diálogo se verifica na medida em que a corte doméstica faz referência à decisão estrangeira, e a critica abertamente, apresentando razões diferentes para julgar a mesma matéria. Não se trata do processo de resistência que será demonstrado adiante, categorizado por Vicki Jackson, como uma forma de não engajamento no diálogo judicial.

³¹⁸ GARCÍA ROCA, Javier. El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo. UNED, **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 30, 2012, p. 183-224. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.30.2012.7005>. Acceso en: 19 feb. 2019, p. 210.

³¹⁹ ARAUJO, Luis Claudio Martins de. **Constitucionalismo Transfronteiriço, Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**: a consistência argumentativa da jurisdição de garantias nos diálogos transnacionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 50.

³²⁰ MORALES ANTONIAZZI, Mariela. La doble estatalidad abierta: interamericanización y mercosurización de las Constituciones suramericanas. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. **Estudios Avanzados de Derechos Humanos**. Derechos humanos, democracia e integración jurídica: emergencia de un novo direito público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 178-227, p. 307.

³²¹ SAIZ ARNAIZ, Alejandro. La interacción entre los tribunales que garantizan derechos humanos: razones para el diálogo. In: SAIZ ARNAIZ, Alejandro (Director); SOLANES MULLOR, Joan; ROA ROA, Jorge Ernesto. **Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**. Valência: Tirant lo Blanch, 2017, p. 29-43, p. 31.

³²² As vantagens da deliberação: 1) possibilita esclarecer as premissas que estão em discussão para solução da questão; 2) amplia a possibilidade de colher informações que serão úteis à solução da demanda; 3) permite a exposição de soluções alternativas que não tenham sido antecipadas por outros membros do colegiado; e 4) viabiliza uma decisão substancial e qualitativamente superior. Ainda, a deliberação permite que, por meio da persuasão racional, construa-se um consenso ou, ao menos, reduza-se o dissenso. Sobre uma atuação deliberativa das cortes constitucionais vide capítulos 1 a 4: MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. New York: Oxford University Press, 2013, p. 14-121.

³²³ Nesse sentido, as ideias defendidas nessa tese distanciam-se do pensamento de Bidart Campos segundo o qual o sistema jurídico nacional, ao incorporar as normas de direito internacional, se fecha em um todo. Ainda que haja uma

os diálogos são essenciais pois realizam um jogo de influências recíprocas a partir da interação entre os intérpretes constitucionais e internacionais, por meio de canais bilaterais de influência e evolução.³²⁴ Nesse sentido, tanto cortes domésticas quanto cortes regionais ou internacionais podem dar origem a novos *standards* em direitos humanos, capazes de harmonizar as diferenças.³²⁵

Esse diálogo coevolutivo é marcado por (i) policentrismo, em virtude da diversidade de intérpretes dos direitos humanos para a construção dos *standards* regionais; (ii) integralidade, pois todas as cortes envolvidas podem figurar como origem ou destino desses *standards* regionais; (iii) deliberação, em que a Corte regional atua como um “*primo inter pares*” em uma rede deliberativa transnacional, e não um órgão hierárquico de cassação; (iv) multidirecionalidade, pois as comunicações entre as cortes se realizam em diversos sentidos, da Corte supranacional para as nacionais ou o inverso, ou ainda entre as cortes nacionais entre si.³²⁶

A partir dessas características³²⁷, Góngora-Mera elaborou um conceito de diálogos judiciais em sentido estrito, buscando precisamente diferenciá-los de mera incorporação ou citação de jurisprudência estrangeira, para que correspondam a “*la interacción transnacional entre jueces que pertenecen a un sistema judicial regional, en torno a criterios jurisprudenciales y estándares decisionales sobre temas substantivos de derechos humanos y obligaciones correlativas estatales*”.³²⁸

Posto isso, os diálogos judiciais têm no direito comparado mais propriamente uma ferramenta³²⁹ que uma condição necessária³³⁰, um método de trabalho capaz de aportar racionalidade e legitimidade ao processo decisório, de modo que as escolhas não sejam feitas

retroalimentação entre normas nacionais e internacionais, esse processo não logra fechar nem sequer completar o sistema, mas precisamente o mantém aberto a novos sentidos. BIDART CAMPOS, Germán Jorge. La interpretación de los derechos humanos en la Jurisdicción Internacional y en la Jurisdicción Interna. In: NIETO NAVIA, Roberto (Ed.). **La corte y el sistema interamericano de derechos humanos**. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos-Unión Europea, 1997, p. 99-100.

³²⁴ GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. Diálogo coevolutivo. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MARTÍNEZ RAMÍREZ, Fabiola; FIGUEROA MEJÍA, Giovanni A (coord.) **Diccionario de derecho procesal, constitucional y convencional**. 2 ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014, p. 590-594, p. 590.

³²⁵ *Ibid.*, p. 591.

³²⁶ GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. Interacciones y convergências entre la corte interamericana de derechos humanos y los tribunales constitucionales nacionales: un enfoque coevolutivo. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. **Estudios Avanzados de Derechos Humanos**. Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um Novo Direito Público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 312-337, p. 332-333.

³²⁷ O diálogo coevolutivo será retomado na proposta do diálogo judicial cooperativo, formulada no segundo capítulo.

³²⁸ GÓNGORA-MERA, *op. cit.*, 2014, p. 594.

³²⁹ FRYDMAN, Benoît. Diálogo internacional dos juízes e a perspectiva ideal de justiça universal. Trad. Mara Beatriz Krug. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (coord.). **Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 15-31, p. 23.

³³⁰ GARCÍA ROCA, Javier. El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo. UNED, **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 30, 2012, p. 183-224. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.30.2012.7005>. Acceso en: 19 feb. 2019, p. 207.

de forma aleatória, não se pretendam incorporar de forma acrítica e muito menos desrespeitosa. Como salienta Legrand, em lição de especial importância para a comparação que instrumentaliza diálogos judiciais, o método do direito comparado é necessariamente o método da escuta, do reconhecimento do outro direito (julgado) em suas particularidades. Daí o perigo de transplantes jurídicos automáticos e descontextualizados.³³¹ Todavia, na comparação, o processo se exaure na solução do caso, com respeito integral do direito estrangeiro de onde se colheu ingredientes para a solução jurídica. Nos diálogos judiciais, a solução que ora se constrói a partir da influência de decisões estrangeiras se pretende como uma nova contribuição para a construção de um ambiente normativo comum.

Os diálogos judiciais passam assim a ser compreendidos como interações multidimensionais espontâneas e transfronteiriças entre jurisdições a fim de promover uma troca mútua de fundamentos para interpretação e aplicação de normas de direitos humanos, em prol da construção de parâmetros jurídicos comuns, respeitosos do pluralismo.

2.4 MODALIDADES DE DIÁLOGOS JUDICIAIS

São diversas as formas pelas quais os diálogos judiciais se apresentam. A depender dos critérios utilizados para se compreender sua dinâmica, surgem múltiplas classificações, de modo que é válido manter em mente a lição de Burgorgue-Larsen:

la cartografía precisa y finalizada de los diálogos judiciales a través del mundo es un intento insensato, imposible de realizar, salvo disponiendo de un batallón de comparatistas y de herramientas inteligentes de búsqueda informática, y aun así [...] las decisiones judiciales que circulan y que acceden a la notoriedad judicial mundial no son más que la cara emergida de un 'iceberg judicial' tentacular y al fin y al cabo insondeable.³³²

Sem pretensão de exaurir o tema, o objetivo desse tópico é apresentar as categorias de diálogos judiciais a fim de permitir a compreensão da mecânica inerente às interações havidas entre as cortes supranacionais dos sistemas europeu e interamericano, bem como entre a Corte IDH e as cortes constitucionais. Verificando como a Corte IDH dialoga com o TEDH, pode-se apreender os limites e possibilidades de aprendizagem dos critérios de deferência desenvolvidos por este último. A partir das modalidades que dizem respeito aos diálogos entre

³³¹ LEGRAND, Pierre. **Como ler o direito estrangeiro**. Trad. Daniel Wunder Hachem. São Paulo: Contra Corrente, 2018, p. 13-14.

³³² BURGORGUE-LARSEN, Laurence. De la internacionalización del diálogo entre los jueces. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. **Estudos Avançados de Direitos Humanos**. Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um Novo Direito Público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 254.

a Corte IDH e as cortes nacionais, pode-se medir o comprometimento assumido por esses interlocutores – tanto com ideais comuns interamericanos, quanto com respeito ao pluralismo.

As classificações analisadas foram agrupadas a partir de dois critérios de análise: o critério espacial e o critério comportamental. No primeiro caso, o critério foi denominado de espacial porque foca a distinção entre modalidades de diálogos judiciais na posição que seus sujeitos ocupam nos sistemas jurídicos, sendo a classificação de Anne-Marie Slaughter a sua maior expressão.³³³ O segundo critério toma por parâmetro o comportamento adotado pelas cortes envolvidas nos diálogos judiciais, seja no sentido de maior ou menor comprometimento voluntário com a interação, seja na vinculação externa que a comanda. No primeiro caso, analisa-se as contribuições de Vicki Jackson³³⁴, no segundo, de Laurece Burgorgue-Larsen³³⁵, Jânia Saldanha³³⁶ e Manuel Góngora-Mera³³⁷, bem como Slaughter³³⁸.

2.4.1 Diálogos judiciais segundo o critério espacial

Como já visto, o pluralismo jurídico multinível implica a inter-relação entre cortes situadas nas mais diversas posições nos sistemas jurídicos a que pertencem. Interagem em diálogos judiciais cortes constitucionais, cortes supranacionais e cortes internacionais. A partir dessa realidade, Slaughter concebeu três modalidades de diálogos judiciais: horizontais, verticais e verticais-horizontais.³³⁹

³³³ SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication. **University of Richmond Law Review**, n. 29, 1994, p. 99-137. Available at: <http://scholarship.richmond.edu/lawreview/vol29/iss1/6>. Access in: Feb. 11, 2019, *passim*.

³³⁴ JACKSON, Vicki C. Transnational Challenges to Constitutional Law: Convergence, Resistance, Engagement. **Federal Law Review**, v. 35, issue 2, 2007. Available at: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/FedLawRw/2007/7.html>. Access in: Feb. 10, 2019; JACKSON, Vicki C.. **Constitutional engagement in a transnational era**. New York: Oxford University Press, 2010.

³³⁵ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. De la internacionalización del diálogo entre los jueces. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. **Estudios Avanzados de Derechos Humanos**. Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um Novo Direito Público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 231 *et. seq.*

³³⁶ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRAVO, Irina Graziela Cervantes. Diálogos jurisdicionais e acesso (universal?) à justiça: a possível construção de um fundamento processual para o cosmopolitismo. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (coord.). **Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 253-294, p. 253-294.

³³⁷ GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. Interacciones y convergências entre la corte interamericana de derechos humanos y los tribunales constitucionales nacionales: un enfoque coevolutivo. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. **Estudios Avanzados de Derechos Humanos**. Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um Novo Direito Público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 312-337.

³³⁸ SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication. **University of Richmond Law Review**, n. 29, 1994, p. 99-137. Available at: <http://scholarship.richmond.edu/lawreview/vol29/iss1/6>. Access in: Feb. 11, 2019, p. 112 *et. seq.*

³³⁹ *Ibid.*, p. 101-103.

2.4.1.1 Diálogos horizontais

Os diálogos horizontais se desenvolvem entre cortes que se encontram no mesmo nível jurisdicional, ou seja, entre cortes constitucionais, ou entre cortes supranacionais e internacionais, independentemente de qualquer vínculo entre elas. As trocas de fundamentos e argumentos ocorrem de forma espontânea. Segundo Slaughter, esses diálogos prescindem de reciprocidade³⁴⁰, ainda que a fertilização cruzada esteja presente na interação entre cortes constitucionais na Europa, e nas trocas havidas entre a Corte IDH e o TEDH.

Em estudo sobre os diálogos horizontais mantidos por cortes constitucionais latino-americanas, Michael Mohallem observou a força catalisadora que o sistema interamericano de direitos humanos desenvolveu, aproximando essas cortes e favorecendo as trocas argumentativas sobre direitos humanos, corroborada pela identificação cultural, linguística e mesmo jurídica entre os sistemas jurídicos nacionais.³⁴¹ Os casos analisados demonstraram que o impulso para os diálogos horizontais no nível nacional estaria ligado à pretensão das cortes de se apoiarem umas nas outras para tratarem de temas carentes de disciplina legislativa, ou mesmo de atualização evolutiva. Com isso, alguns temas são mais frequentemente alvo de diálogos judiciais, como a liberdade de expressão e direito de resposta (especialmente entre Argentina, Paraguai, Chile e Bolívia), crimes contra a humanidade e desaparecimento forçado (Colômbia e Chile), e direitos da população LGTB (Chile, Colômbia e Uruguai).³⁴² Como essas cortes se encontram vinculadas à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, acabam por ser incentivadas a conhecerem e avaliarem a jurisprudência de seus pares.³⁴³ Nos relacionamentos entre cortes constitucionais, portanto, abre-se espaço para uma bidirecionalidade, um processo cooperativo de troca recíproca de argumentos, sem que nenhum dos interlocutores possa clamar por primazia em relação ao outro.³⁴⁴

Outra modalidade de diálogos horizontais que merece ser analisada é aquela travada entre a Corte IDH e o TEDH, as duas cortes que encabeçam sistemas de proteção de direitos humanos muito similares.³⁴⁵ Essa homogeneidade entre os sistemas pode ser encontrada em

³⁴⁰ *Ibid.*, p.103. Nesse sentido, afastando-se De Vergottini, como mencionado supra.

³⁴¹ MOHALLEM, Michael Freitas. Horizontal Judicial Dialogue on Human Rights: the Practice of Constitutional Courts in South America. In: MÜLLER, Amrei; KJOS, Hege Elisabeth. **Judicial Dialogue and Human Rights: studies on International Courts and Tribunals**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 67-112, p. 69.

³⁴² *Ibid.*, p. 82-83.

³⁴³ *Ibid.*, p. 85.

³⁴⁴ GARCÍA ROCA, Javier; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; BUSTOS GISBERT, Rafael. La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo. In: GARCÍA ROCA, Javier; et. al. (editores). **El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos**. Pamplona: Thomson Reuters, p. 65-107, p. 76.

³⁴⁵ Para uma análise comparativa entre os sistemas: HUNEEUS, Alexandra; MADSEN, Mikael Rask. Between universalism and regional law and politics: A comparative history of the American, European, and African human rights systems. **I-CON**, v. 16, n. 1, 136–160, 2018.

diversos pontos, como: (i) os parâmetros para ajuizamento, já que as bases normativas a partir das quais se erige a proteção (Convenção Americana e Convenção Europeia sobre Direitos Humanos, bem como tratados específicos) são muito próximas em redação e sentido;³⁴⁶ (ii) o uso reiterado de critérios e princípios judiciais análogos para fundamentar suas decisões, como o princípio da proporcionalidade³⁴⁷, da proteção efetiva³⁴⁸, da interpretação evolutiva³⁴⁹, o princípio democrático³⁵⁰ e o princípio da autodeterminação dos titulares dos direitos³⁵¹; (iii) a equivalência entre as condutas violadoras dos direitos humanos; (iv) a compreensão de que o universo dos direitos humanos corresponde a um *case law*, de modo que as interpretações passam a agregar os sentidos de direitos humanos integrando o arcabouço normativo; (v) a similitude dos procedimentos de tutela e, finalmente, (vi) a mesma estrutura de argumentação na construção das sentenças.³⁵²

Assim como sobressaem as semelhanças que favorecem os diálogos horizontais entre essas cortes, não se pode olvidar as diferenças que aconselham uma análise cuidadosa dos argumentos para que se viabilize a consideração da jurisprudência estrangeira para a construção da decisão. Uma diferença que acaba por refletir na jurisprudência produzida por cada corte supranacional é relativa ao procedimento percorrido pelas denúncias de violações de direitos humanos. Se de um lado, no Tribunal Europeu toda e qualquer pessoa pode apresentar diretamente uma denúncia, o que faz com que essa corte tenha um número expressivamente maior de casos solucionados, mais oportunidade de desenvolver seus parâmetros e uma maior diversidade de questões levantadas, por outro recomenda maior dose de contenção, a fim de não se agigantar a ponto de perder coerência ou tornar-se autoritária e uniformizadora. No sistema interamericano, as denúncias individuais são encaminhadas originariamente à Comissão, a quem cabe o papel de promover a investigação preliminar, bem como abrir o caminho para uma solução amigável com o Estado. Somente em casos de

³⁴⁶ Em que pese seja necessário verificar que os direitos humanos passam por processos de positivação filtrados pela cultura, história, e política de cada povo. GARCÍA ROCA; NOGUEIRA ALCALÁ; BUSTOS GISBERT, *op. cit.*, p. 79.

³⁴⁷ O princípio da proporcionalidade costuma vir aliado à aplicação da margem nacional de apreciação por parte do TEDH, doutrina que concede aos Estados um espaço de discricionariedade no tocante à implementação de suas obrigações relativas a direitos humanos. Essa doutrina tem por fundamento o intenso pluralismo jurídico e cultural do ambiente europeu, o que não necessariamente se repetiria no ambiente latino-americano, segundo a visão de García Roca, Nogueira Alcalá e Bustos Gisbert. A análise dessa questão é o foco central do segundo capítulo. *Ibid.*, p. 80-81.

³⁴⁸ Os direitos humanos devem ser interpretados de forma a garantir realisticamente resultados eficazes. *Ibid.*, p. 81.

³⁴⁹ Os conteúdos dos direitos humanos não podem ficar aprisionados em suas normas jurídicas, mas evoluem passando por transformações culturais, institucionais e tecnológicas. *Ibid.*, p. 81.

³⁵⁰ A garantia dos direitos humanos caminha ao lado da proteção da democracia, que deve pautar os sentidos desses direitos de forma plural e aberta. GARCÍA ROCA, Javier; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; BUSTOS GISBERT, Rafael. La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo. In: GARCÍA ROCA, Javier; et. al. (editores). **El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos**. Pamplona: Thomson Reuters, p. 65-107, p. 81-82.

³⁵¹ Os direitos humanos não devem ser de forma paternalista, de modo que cabe às cortes preservar a autonomia de cada indivíduo como capaz de tomar suas próprias decisões. *Ibid.*, p. 82.

³⁵² *Ibid.*, p. 82-83.

resistência estatal os casos são levados à Corte Interamericana, o que faz com que ela receba com maior frequência casos envolvendo Estados menos dispostos a reconhecer as alegadas violações, em um volume de processos significativamente menor.³⁵³

Outro aspecto que influencia a produção jurisprudencial é a divisão do trabalho dentro dos Tribunais. Se de um lado a Corte IDH delibera sempre a partir do seu plenário composto por sete magistrados, sem divisões internas, o TEDH, em razão de seu tamanho (quarenta e sete juízes), está dividido em cinco sessões, dentro das quais se organizam as cinco Câmaras ou Salas, e uma Grande Sala³⁵⁴, que poderiam, eventualmente, produzir decisões contraditórias sobre a implementação das mesmas normas de direitos humanos.³⁵⁵ Significa dizer que uma sentença proferida pela Corte Interamericana sempre reproduzirá o entendimento por ela adotado como um todo, entendimento esse que poderá dialogar com sentenças proferidas pelos órgãos fracionários do Tribunal Europeu.

Duas diferenças, todavia, merecem especial atenção quando se busca compreender a potencialidade dos diálogos entre o TEDH e a Corte IDH: contexto e discurso.³⁵⁶

A primeira delas é de caráter contextual, tanto em sentido jurídico quanto político. No sentido jurídico, existe relevante norma convencional presente na Convenção Americana de Direitos Humanos (artigo 2º) a demandar dos Estados membros adequação de seu direito interno aos padrões convencionais. Essa particularidade foi fator determinante no impulsionamento da Corte à estruturação da doutrina do controle de convencionalidade, em que os diálogos mantidos com juízes internos e autoridades estatais torna-se muito mais prescritivo.³⁵⁷ Não há semelhante dispositivo legal na Convenção Europeia, o que recomenda ao Tribunal uma atitude mais cautelosa no enfrentamento de leis, atos administrativos e sentenças produzidas pelos Estados. Em sentido político, há que se observar que a Corte IDH, em seus primeiros anos, enfrentou denúncias de graves violações de direitos humanos (tortura, desaparecimento forçado, sequestro) em um ambiente de grave déficit democrático, já que até fim do século XX, quase todos os Estados Latino-Americanos haviam vivido períodos de ditadura militar.³⁵⁸ Em contrapartida, por muitos anos, a Europa foi comparada a

³⁵³ *Ibid.*, p. 84.

³⁵⁴ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Composition of the Court**. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/judges&c=>. Acesso em: 6 mar. 2019.

³⁵⁵ GARCÍA ROCA, Javier; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; BUSTOS GISBERT, Rafael. La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo. In: GARCÍA ROCA, Javier; et. al. (editores). **El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos**. Pamplona: Thomson Reuters, p. 65-107, p. 86. Sobre a diferença estrutural entre as duas Cortes, verificar artigo 52 da Convenção Americana, e artigo 20, 25 e 26 do Convênio Europeu de Direitos Humanos.

³⁵⁶ *Ibid.*, p. 86-87.

³⁵⁷ *Ibid.*, p. 86. O controle de convencionalidade, e os diálogos judiciais mantidos em seu nome, serão objeto do terceiro capítulo.

³⁵⁸ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n.19

um “*club de democracias estables*”³⁵⁹, em franca distinção da realidade latino-americana. Todavia, atualmente o quadro político europeu vem enfrentando crises institucionais advindas de alguns Estados (os exemplos emblemáticos são Polônia e Hungria), o que tem suscitado preocupação com a preservação dos valores caros à União Europeia.³⁶⁰

Precisamente em razão desse diferente contexto, o discurso adotado pela Corte IDH se mostra muito mais enfático e intenso que aquele apresentado pelo Tribunal Europeu, o que se pode perceber não só pela forma como reconhece e declara a violação dos direitos, como também pela intensidade das medidas de reparação que determina.³⁶¹

A partir dessa perspectiva, é compreensível que os primeiros casos de diálogos entre a Corte IDH e o TEDH tenham servido para a primeira fundamentar suas posições a partir da segunda como uma forma de consolidar sua legitimidade.³⁶² No caso *Velázquez Rodríguez vs. Honduras*, o primeiro a julgar as graves violações de direitos humanos praticadas por um regime autoritário, a Corte IDH fundamentou o alcance de sua jurisdição a proteção de direitos humanos para além do delineado na petição inicial, com base no caso *Handyside*, de 1976, julgado pelo TEDH.³⁶³ Também no caso *Loayza Tamayo vs. Perú*, sobre violação do direito à integridade física, a Corte Interamericana incorporou em seu julgado jurisprudência do Tribunal Europeu a fim de fundamentar que sofrimentos impostos à vítima, de natureza psíquica ou física, ainda que sem causar lesões aparentes, deveriam ser considerados como tratamento degradante.³⁶⁴

Ressalte-se que Antônio Augusto Cançado Trindade foi um dos principais vetores da comunicação entre as duas cortes, constantemente fundamentando seus votos a partir da jurisprudência supranacional europeia.³⁶⁵ Em diversos casos, os diálogos travados com o TEDH se mostraram profundamente analíticos, tendo por pano de fundo a preocupação em

jan./jun. 2012, p. 73.

³⁵⁹ GARCÍA ROCA; NOGUEIRA ALCALÁ; BUSTOS GISBERT, *op. cit.*, p. 87.

³⁶⁰ O quadro foi descrito por Bogdandy, Antpöhler e Ioannidis: “*Some of the Member States of the European Union (EU) are threatening the fundamental principles enshrined in Article 2 TEU. The Polish reforms of its Constitutional Tribunal and Public Services Broadcasters are the most recent problems in a long list of concerns. Authoritarian tendencies, threatening democracy and human rights, are evidente in Hungary. In Bulgaria, Greece, Italy and Romania, systemic corruption and the weakness of some domestic institutions threaten the Union’s fundamental Rule of Law principle.*”. BOGDANDY, Armin von; ANTPÖHLER, Carlino; IOANNIDIS, Michael. Protecting EU Values: Reverse Solange and the Rule of Law Framework. *MPIL Research Series* n. 2016-04. Available at: <http://ssrn.com/abstract=2771311>. Access in: Feb. 26, 2019.

³⁶¹ Vide casos *Almonacid Arellano vs. Chile*; *Barrios Altos vs. Peru*; *Juan Gelman vs. Uruguay*, *Gomes Lund e outros vs. Brasil*, entre outros.

³⁶² BURGORGUE-LARSEN, Laurence. *El Diálogo Judicial: máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos*. México: Porrúa, 2013, p. 26.

³⁶³ CORTE IDH. *Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Fondo, párrafo n. 163.

³⁶⁴ CORTE IDH. *Caso Loayza Tmayo vs. Perú*. Sentencia de 17 de semptiembre de 1997. Fondo, párrafo n. 57.

³⁶⁵ BURGORGUE-LARSEN, *op. cit.*, p. 9. Para ilustrar, vide os casos *López Mendoza vs. Venezuela*, de 1 de septiembre de 2011, fondo, reparación y costas, Serie C-233, e *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, de 3 de marzo de 2011, reparaciones y costas, Série C-222.

harmonizar a jurisprudência proveniente de sistemas jurídicos que, embora diversos, estivessem fulcrados no mesmo pilar, qual seja, a proteção da pessoa humana.³⁶⁶

Na última década, contudo, a Corte IDH passou a buscar jurisprudência da corte europeia a fim de enfrentar os desafios advindos de uma “agenda contemporânea” que engloba direitos reprodutivos, proteção da população LGBT e identidade cultural.³⁶⁷

É o que se verificou no caso Karen Atala Riffo e filhas vs. Chile, mencionado supra, em que a jurisprudência do TEDH foi relevante para fundamentar a proibição de discriminação em razão de orientação sexual, nos termos da sentença europeia proferida nos casos Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal, e Clift vs. Reino Unido.³⁶⁸ Também no caso Artavia Murillo e outros (Fertilização “*in vitro*”) vs. Costa Rica, a Corte IDH considerou longamente o posicionamento do TEDH (Vo. vs. França e Evans vs. Reino Unido) a respeito do alcance do direito à vida para fundamentar sua sentença favorável à fertilização “*in vitro*”.³⁶⁹ Ainda, a fim de fundamentar o direito à identidade cultural, no caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador, a Corte IDH se fundou nos casos Chapman vs. Reino Unido (reconhecimento do direito à identidade de uma minoria cigana) e Gorzelik e outros vs. Polônia (necessidade de proteção do direito à identidade cultural como elemento essencial à democracia).³⁷⁰

³⁶⁶ NEUMAN, Gerald L. Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights. **The European Journal of International Law**, v. 19, n. 1, 2008, p. 101-123, p. 112-113. O autor segue sua análise em tom de crítica da prática argumentativa adotada pela Corte IDH, ao fundamentar suas sentenças a partir de julgados provenientes de outros diplomas normativos que não a Convenção, alguns inclusive considerados soft-law.

³⁶⁷ PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Impacto Transformador, Diálogos Jurisdicionais e os Desafios da Reforma. REDESG / **Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global**, v. 3, n. 1, Santa Maria, jan./jun/2014, p. 76-101. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/REDESG/article/view/16282#.XE3erqfOrUo>. Acesso em: 10 dez. 2018, p. 90.

³⁶⁸ CORTE IDH. **Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C n. 239, párrafo 87: “*En particular, en el Caso Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal, el Tribunal Europeo concluyó que la orientación sexual es un concepto que se encuentra cubierto por el artículo 14 del Convenio Europeo. Además, reiteró que el listado de categorías que se realiza en dicho artículo es ilustrativo y no exhaustivo. Asimismo, en el Caso Clift vs. Reino Unido, el Tribunal Europeo reiteró que la orientación sexual, como una de las categorías que puede ser incluida bajo “otra condición”, es otro ejemplo específico de los que se encuentran en dicho listado, que son consideradas como características personales en el sentido que son innatas o inherentes a la persona*”. Ressalte-se que recentemente a Corte IDH, em Opinião Consultiva, determinou a todos os países latino-americanos que reconhecem sua jurisdição que legalizem o matrimônio entre pessoas do mesmo sexo, bem como autorizem que as pessoas transgênero sejam identificadas em documentos oficiais pelos nomes sociais que escolherem. CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-24/17**, de 24 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Costa Rica. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo. Série 24-esp.

³⁶⁹ CORTE IDH. **Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257, párrafos 237, 240. A Corte ainda se fundou em jurisprudência do Tribunal Europeu para tratar do direito à vida privada e à integridade física como englobando a obrigação do Estado de cuidar da saúde de seus cidadãos (parágrafo n. 142). Em que pese o tema da margem de apreciação, a sugerir autocontenção da Corte IDH, estivesse presente tanto na defesa do Estado da Costa Rica, quanto nos julgados colacionados pelo TEDH, a material não foi enfrenada pela Corte, o que corrobora a tese de Neuman no sentido de que em alguns casos a Corte IDH faria uma importação seletiva de jurisprudência. O tema será enfrentado no segundo capítulo, ao se tratar da subsidiariedade no sistema europeu e no sistema interamericano. NEUMAN, *op. cit.*, p. 109.

³⁷⁰ CORTE IDH. **Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador**. Sentencia de 27 de Junio de 2012. Fondo y Reparaciones. Série C-245, párrafo 216.

Em contrapartida, o diálogo judicial horizontal também parte do TEDH, especialmente a fim de enfrentar os desafios inerentes à expansão de sua jurisdição sobre Estados do Leste.³⁷¹ Por exemplo, nos casos *Mamatkoulov e Abdurasulovic vs. Turquia*, e *Mamatkoulov e Askarov vs. Turquia*, o Tribunal se fundou em decisões da Corte IDH para modificar seu entendimento a respeito da obrigatoriedade das medidas cautelares. Também nos casos envolvendo o alcance das jurisdições penais militares (*Ergin vs. Turquia* e *Maszni vs. Romênia*), o TEDH se reportou aos julgados da Corte IDH: analisou os fundamentos interamericanos, os quais repudiam a possibilidade de tribunais militares julgarem civis, para considerá-los ainda que não incorporá-los integralmente, de modo a desenvolver critérios europeus próprios para que os julgamentos de ditos tribunais militares fossem válidos.³⁷²

Os diálogos horizontais travados pelas duas cortes supranacionais têm implicado uma via de mão dupla: a utilização da jurisprudência europeia a fim de fundamentar uma sentença interamericana, e o retorno da sentença interamericana a fundamentar nova decisão europeia.³⁷³ O intrincamento jurisprudencial mantido pelas cortes foi considerado, por Piovesan, como um processo dinâmico de “europeicização” do sistema interamericano, e “interamericanização” do sistema europeu.³⁷⁴

Finalmente, não só cortes de sistemas regionais de proteção de direitos humanos dialogam horizontalmente no plano internacional. O TEDH e a Corte de Justiça da União Europeia (CJUE), especialmente após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa que estendeu à última competência jurisdicional para tratar de direitos humanos³⁷⁵, passaram a comunicar sua jurisprudência a fim de identificar *standards* comuns.³⁷⁶ Essa interação fica ainda mais evidente após a adesão da União Europeia à Convenção Europeia de Direitos Humanos e

³⁷¹ PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Impacto Transformador, Diálogos Jurisdicionais e os Desafios da Reforma. REDESG / **Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global**, v. 3, n. 1, Santa Maria, jan.jun/2014, p. 76-101. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/REDESG/article/view/16282#.XE3erqfOrUo>. Acesso em: 10 dez. 2018, p. 92.

³⁷² BURGORGUE-LARSEN, Laurence. **El Diálogo Judicial**: máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos. México: Porrúa, 2013, p. 27-28.

³⁷³ *Ibid.*, p. 26-27.

³⁷⁴ PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Impacto Transformador, Diálogos Jurisdicionais e os Desafios da Reforma. REDESG / **Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global**, v. 3, n. 1, Santa Maria, jan.jun/2014, p. 76-101. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/REDESG/article/view/16282#.XE3erqfOrUo>. Acesso em: 10 dez. 2018, p. 90. A respeito de um movimento de maior abertura do Tribunal Europeu para os diálogos judiciais e o direito internacional comparado, também denominado pela autora de “*external sources*”, ver STAES, Dorothea. The importation of “external sources” by the ECtHR. In: ARCARI, Maurizio; BALMOND, Louis (ed.). **Judicial Dialogue in the International Legal Order**: between pluralism and legal certainty. Napoli: Editoriale Scientifica, 2014, p. 61-89, p. 71 *et. seq.*

³⁷⁵ Em função de novos mecanismos processuais de proteção dos direitos previstos na Carta Europeia de Direitos Fundamentais, a partir de então vinculantes para todos os Estados-membros da União Europeia.

³⁷⁶ DOBOZI, Veronica. Les rapports entre la CJEU et la CEDH. In: ARCARI, Maurizio; BALMOND, Louis (ed.). **Judicial Dialogue in the International Legal Order**: between pluralismo and legal certainty. Napoli: Editoriale Scientifica, 2014, p. 91-129, p. 93-94.

Liberdades Fundamentais, promovendo um verdadeiro dever de coerência entre as duas cortes.³⁷⁷

Ainda, são contínuos e importantes os diálogos travados entre a Corte Internacional de Justiça (CIJ), e outros organismos internacionais de proteção dos direitos humanos, notadamente o TEDH e a Corte IDH.³⁷⁸ Embora a CIJ tenha sido criada para realizar a clássica função de dirimir conflitos entre estados, tanto por meio da sua função contenciosa, como consultiva, sua jurisprudência tem demonstrado uma crescente atuação na defesa dos direitos humanos.³⁷⁹ Especialmente a partir do caso Ahmadou Sadio Diallo (República de Guiné vs. República Democrática do Congo), de 2010, os diálogos entre a CIJ e cortes especializadas em direitos humanos se intensificaram profundamente.³⁸⁰ Reconhecendo a importância de considerar as posições adotadas por organismos independentes criados especificamente para a proteção dos direitos humanos que são por ela analisados, a CIJ assumiu-se efetivamente como uma corte internacional harmonizadora das normas de direitos humanos, de modo a se esforçar para “*achieving the necessary clarity and the essential consistency of international law, as well as legal security, to which both the individuals with guaranteed rights and the States obliged to comply with treaty obligations are entitled*”.³⁸¹ Assim, os diálogos horizontais por ela travados acabam sendo de importante contribuição para a construção de padrões jurídicos comuns em direitos humanos, em um autêntico processo

³⁷⁷ Uma repercussão importante dessa adesão é o fato de a Convenção Europeia passar a entregar o Direito Comunitário, sendo aplicada como razão de decidir nas sentenças e outras decisões da Corte de Justiça. Essa interação se faz possível pelo mecanismo dos diálogos horizontais, gerando importante harmonização entre os sistemas, ao que se agrega “relevância política e ideológica do tema no contexto de aprofundamento da democracia e solidariedade na Europa, processo formalizado pela UE, mas que não poderia ser esquecido sem o risco de estagnação da integração completa visada pelos Estados-membros da UE e cidadãos europeus”. MATOS, Monique Fernandes Santos. Adesão da União Europeia à Convenção Europeia de Direitos do Homem e a Interação entre o Tribunal de Justiça da União Europeia e a Corte Europeia de Direitos Humanos. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Curso de Direito. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação**, v. 9, n. 1, 2014, p. 1-23. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/download/45572/31249>. Acesso em: 27 fev. 2019, p. 17; 20.

³⁷⁸ Não foi sempre assim, e não há garantia indelével de que a prática se consolide definitivamente. Até o final do século XX, a jurisprudência da Corte Internacional de Justiça era marcada por raríssimas referências ou discussões com a jurisprudência produzida por outras cortes internacionais. Em 1999, por exemplo, ao tratar dos casos *Bread, LaGrand e Avena*, a respeito da interpretação do artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, silenciou-se completamente a respeito da Opinião Consultiva n. 16, emitida na mesma época pela Corte IDH. AGNELLO, Francesco. The dialogue between the International Court of Justice and Specialized Judicial and Quasi-Judicial Bodies in Matters Relating to the Protection of Human Rights. In: ARCARI, Maurizio; BALMOND, Louis (ed.). **Judicial Dialogue in the International Legal Order: between pluralismo and legal certainty**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2014, p. 29-60, p. 33-34.

³⁷⁹ *Ibid.*, p. 30.

³⁸⁰ Ao interpretar os artigos 9, parágrafos 1º e 2º, 10, parágrafo 1º e 13 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, bem como artigos 5, 6 e 12, parágrafo 4º da Convenção Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos, e ainda o artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, na análise da prisão, detenção e expulsão de Ahmadou Sadio Diallo, a CIJ fez intenso uso da jurisprudência não só do TEDH e da Corte IDH, como também do Comitê de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, e a Comissão Africana de Direitos Humanos. *Ibid.*, p. 42-43.

³⁸¹ *Ibid.*, p. 44-45.

global de harmonização do pluralismo, já que sua jurisdição tem *locus* privilegiado de uma “Corte Mundial”.³⁸²

2.4.1.2 Diálogos verticais

A comunicação e troca de jurisprudência entre cortes constitucionais e cortes supranacionais ou internacionais configura os diálogos verticais, uma manifestação emblemática de sistemas jurídicos organizados por tratados internacionais em que a jurisdição de uma corte supranacional sobrepõe-se a das cortes nacionais.³⁸³ Essa realidade se mostra presente nos sistemas regionais de proteção de direitos humanos, bem como na organização da União Europeia em torno da Corte Europeia de Justiça. A compreensão da dinâmica dessa interface entre as decisões judiciais nos dois níveis dos sistemas passa pela análise da subsidiariedade, que será objeto do segundo capítulo. De qualquer forma, é válida a premissa segundo a qual as instâncias internacionais atuarão apenas, e na medida em que, o Estado for falho ou omissor na proteção dos direitos humanos.³⁸⁴ Com isso, pode-se afirmar que o caráter subsidiário e complementar dos tribunais internacionais se verifica no fato de que “*unicamente se puede acudir a ellos cuándo no se ha logrado la reparación de las violaciones de derechos humanos en ámbito nacional y previo agotamiento de los recursos internos*”.³⁸⁵ Essa condição não minimiza, mas pelo contrário, reforça a autoridade persuasiva de seus julgados, na medida em que se constrói o dever de a instância jurisdicional internacional ou supranacional agir quando a proteção não se verifica segundo os padrões convencionais.³⁸⁶

A verticalidade dos diálogos judiciais é uma marca vigorosa do sistema interamericano³⁸⁷, notadamente em virtude da abertura das cláusulas constitucionais para os

³⁸² Ressalte-se que Agnello defende a atuação da CIJ como verdadeira “corte de cassação” a fim de gerar maior uniformidade na interpretação do direito, em relação às cortes e tribunais domésticos. Na medida em que a presente tese se filia à proposta da harmonização sugerida por Delmas-Marty, essa função hierárquica não deveria ser exercida em desatenção ao pluralismo. Quando a CIJ dialoga com a Corte IDH ou o TEDH, não se manifesta entre elas nenhuma primazia ou mesmo hierarquia, tratando-se, isso sim, de diálogos entre uma corte internacional de jurisdição geral com cortes supranacionais de jurisdição especializada. *Ibid.*, p. 31.

³⁸³ SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication. *University of Richmond Law Review*, n. 29, 1994, p. 99-137. Available at: <http://scholarship.richmond.edu/lawreview/vol29/iss1/6>. Access in: Feb. 11, 2019, p. 106.

³⁸⁴ CAROZZA, Paolo. **Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law**. Notre Dame Law School. Scholarly Works. Paper 564. 2003. Available at: http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/564. Access in: Feb. 20, 2019.

³⁸⁵ FIX-ZAMUNDIO, Héctor. Relaciones entre los Tribunales Constitucionales Latino-americanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.) **Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos: Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 673-765, p. 677.

³⁸⁶ CAROZZA, *op. cit.*, p. 62.

³⁸⁷ Na seara dos sistemas regionais de proteção de direitos humanos, passar-se-á a tratar dos respectivos tribunais de direitos humanos como tribunais supranacionais, e na seara global, os tribunais internacionais, como a Corte Internacional de Justiça e o Tribunal Penal Internacional. Em sentido mais estrito, Héctor Fix-Zamundio reputa que tribunais

tratados internacionais de direitos humanos e a criação da doutrina do controle de convencionalidade pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, em 2006. A fim de promover a partir de seus julgados padrões de proteção de direitos humanos ausentes nos Estados Latino-Americanos recém egressos de ditaduras militares, a Corte adotou o papel de intérprete autorizada das normas da Convenção Americana, podendo declarar contrárias à Convenção normas ou práticas estatais com ela contrastantes.³⁸⁸ Apesar do marco relevante, é possível perceber que mesmo em anos anteriores, a Corte Interamericana contava com uma boa permeabilidade em algumas cortes constitucionais, como o caso da Sala Constitucional da Corte Suprema da Costa Rica, que havia reconhecido a obrigatoriedade das decisões adotadas pela Corte Interamericana para os juízes nacionais na Sentença n. 2312 de 9 de maio de 1995, assim como a Corte Constitucional da Colômbia, na Sentença C-087 de 1998, declarara norma interna inconstitucional a partir dos critérios jurisprudenciais da Corte Interamericana.³⁸⁹

A doutrina do controle de convencionalidade certamente intensificou esses diálogos na medida em que alçou cada integrante das jurisdições locais (e em especial as constitucionais) à qualidade de “juiz interamericano”, como se extrai do caso *Trabajadores Demitidos do Congreso vs. Peru*.³⁹⁰ Nessa linha, juízes integrantes das jurisdições domésticas deveriam fundamentar suas decisões com base no entendimento adotado pela Corte IDH. Os plexos de competências de juízes nacionais e internacionais muitas vezes se cruzam, especialmente nas hipóteses de controle de constitucionalidade de leis fundamentada em normas de caráter constitucional porém oriundas de fontes internacionais, porque advindas dos tratados de

supranacionais seriam apenas aqueles oriundos de regimes comunitários ou de integração de Estados, como a União Europeia, a Comunidade Andina, a Comunidade Centro-Americana e o Mercosul. Somente seus respectivos tribunais poderiam ser chamados de supranacionais. Já os tribunais de direitos humanos deveriam, na visão desse autor, ser considerados internacionais, ao lado do Tribunal Penal Internacional e a Corte Internacional de Justiça. FIX-ZAMUNDO, *op. cit.*, p. 680-681.

³⁸⁸ CORTE IDH. **Caso Almonacid-Arellano y otros vs. Chile**. Sentencia de 26 de Septiembre, 2006. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafos n. 124 y ss. Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Acceso en: 20 feb. 2019. O controle de convencionalidade é demonstração inequívoca da verticalidade dos diálogos judiciais mantidos entre a Corte IDH e as cortes constitucionais dos Estados que reconhecem sua jurisdição.

³⁸⁹ ROLLA, Giancarlo. Algunas consideraciones sobre la tutela de los derechos y libertades fundamentales ante las jurisdicciones supranacionales. In: SAIZ ARNAIZ, Alejandro; SOLANES MULLOR, Joan; ROA ROA, Jorge Ernesto. **Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 71-88, p. 80-81.

³⁹⁰ CORTE IDH. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú**. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C-158, párrafo 128: “*Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.*”

direitos humanos dos quais o Estado faz parte. De um lado, normas internacionais são interpretadas por juízes nacionais, de outro, normas constitucionais são interpretadas por juízes supranacionais – o primeiro processo se realiza internamente, e o segundo no âmbito externo. É a partir da dinâmica dos diálogos judiciais verticais que esses dois resultados hermenêuticos se relacionam para gerar novos sentidos, em um processo de influência constante e recíproca.³⁹¹

Ainda que desprovidas de aparato coercitivo tal como o concebido na esfera interna dos Estados, as decisões supranacionais geram obrigações e vinculam os Estados – em especial, de forma direta, o Estado submetido ao julgamento³⁹², e indiretamente os demais Estados-membros do sistema, em virtude de sua autoridade persuasiva.³⁹³ A verticalidade dos diálogos judiciais, assim, se revela a partir da ideia de precedente supranacional, como visto anteriormente, na medida em que mesmo para os Estados que não fizeram parte do julgado, as sentenças supranacionais são dotadas de carga argumentativa persuasiva, obrigando as cortes constitucionais a levá-las em consideração em suas construções jurisprudenciais.

No plano europeu, um sistema de proteção de direitos humanos dotado de maior longevidade, a verticalidade dos diálogos judiciais foi progressivamente construída a partir de decisões supranacionais que buscavam, de um lado controlar práticas adotadas pelos Estados, e de outro, empregar um plano mais modesto de ingerência a fim de evitar, quando possível, confrontos diretos que pudessem comprometer a *compliance* dos Estados.³⁹⁴

Além disso, no espaço jurídico da União Europeia, a Corte de Justiça da União Europeia (CJUE) desenvolve um relacionamento vertical ainda mais incisivo, de modo que todos os tribunais internos podem aplicar diretamente no âmbito doméstico as leis da União Europeia e os entendimentos da Corte de Justiça, mesmo que não sejam tribunais constitucionais.³⁹⁵ Nesse sistema jurídico, saliente-se, o desenho institucional reduz a amplitude do controle de constitucionalidade a ser exercido pelas cortes internas, na medida

³⁹¹ FIX-ZAMUNDIO, Héctor. Relaciones entre los Tribunales Constitucionales Latino-americanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.) **Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos: Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 673-765, p. 675-676; 744.

³⁹² No caso interamericano, o artigo 62.2 da Convenção Americana afirma textualmente que as sentenças da Corte IDH têm força de título executivo judicial no tocante à condenação ao pagamento de valores pecuniários. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. San Jose, Costa Rica, 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 20 fev. 2019.

³⁹³ ROLLA, *op. cit.*, p. 80-81.

³⁹⁴ KRISCH, Nico. The Open Architecture of European Human Rights Law. **Law, Society, Economy Working Papers** 11/2007. Available at: www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps.htm. Access in: Feb. 24, 2019, p. 24-25.

³⁹⁵ PARIS, Davide. Constitutional courts as European Union courts: The current and potential use of the EU law as a yardstick for constitutional review. **Maastricht Journal of European and Comparative Law**, v. 24, n. 6, December 2017, p. 792-821, p. 793-794.

em que as normas jurídicas da União Europeia não podem ser submetidas a esse controle por cortes internas. Contudo, há um espaço de atuação para as cortes constitucionais domésticas, por hora ainda pouco explorado, na possibilidade de negarem a aplicação de uma lei doméstica com base nas normas europeias, realizando um controle de constitucionalidade cujo paradigma é o direito supranacional. Essa prática já foi adotada pela Corte Constitucional Italiana desde 1994 nos procedimentos de controle abstrato de constitucionalidade.³⁹⁶ A partir do Tratado de Lisboa, em 2007, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia tornou-se vinculante para os Estados. Atenta a essa medida, e atribuindo à Convenção Europeia de Direitos Humanos o *status* de norma constitucional, a Corte Constitucional da Áustria passou a adotar, especialmente a partir de 2012, as normas supranacionais europeias como padrão de controle de constitucionalidade.³⁹⁷

Uma terceira modalidade de diálogos judiciais foi identificada por Slaughter como um híbrido entre a verticalidade e a horizontalidade, em razão da dinâmica inerente aos diálogos judiciais.³⁹⁸ Nos dois exemplos fornecidos, contudo, o elemento vertical se mostra central na difusão das razões de decidir, motivo pelo qual a modalidade horizontal-vertical foi mantida nesse tópico.

Uma manifestação dessa modalidade horizontal-vertical se verifica na atuação da corte supranacional como difusora da jurisprudência das cortes nacionais, fomentando a partir de sua autoridade argumentativa, os diálogos horizontais. Exemplo dessas iniciativas verificou-se no caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*, em que a Corte IDH aportou a seu julgado diversas decisões de cortes constitucionais latino-americanas reconhecedoras da inconveniência de suas leis de anistia. Em que pese o esforço, o Supremo Tribunal Federal brasileiro mostrou-se impermeável e julgou válida a Lei de Anistia vigente no Brasil desde 1979.³⁹⁹

Uma segunda possibilidade seria o processo pelo qual diversas reclamações individuais levam ao tribunal supranacional princípios presentes de forma similar nas variadas ordens nacionais. A corte supranacional funciona como agente catalizador, destilando e

³⁹⁶ *Ibid.*, p. 795; 802.

³⁹⁷ *Ibid.*, p. 803-804.

³⁹⁸ SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication. *University of Richmond Law Review*, n. 29, 1994, p. 99-137. Available at: <http://scholarship.richmond.edu/lawreview/vol29/iss1/6>. Access in: Feb. 11, 2019, p. 111.

³⁹⁹ CORTE IDH. *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilla do Araguaia”) vs. Brasil*. Sentencia 24 noviembre 2010. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153-DF*. Relator: Min. Eros Grau. Julgado em 29 abr. 2010. Publicação DJ 06 ago. 2010.

refinando esses princípios para que eles se tornem princípios de direito supranacional e retornem, portanto, à jurisprudência nacional.⁴⁰⁰

De fato, como os diálogos judiciais são multidimensionais, em um mesmo sistema a que pertencem cortes nacionais e uma corte supranacional, os fluxos argumentativos podem percorrer várias direções, vindo a partir das cortes nacionais, ou das cortes supranacionais. Trata-se do fenômeno identificado por Góngora-Mera como fluxos “*top-down*” e “*bottom-up*” dos diálogos judiciais, tendo em vista a dinâmica do sistema interamericano. No primeiro caso, o autor identifica um processo de constitucionalização descendente a partir do qual a Corte Interamericana realiza o controle de convencionalidade das normas domésticas, a fim de compatibilizar eventuais antinomias à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos. No segundo, a constitucionalização se daria no sentido ascendente, a partir da interpretação das normas convencionais pelas cortes constitucionais, que podem também contribuir para os parâmetros estabelecidos pela própria Corte IDH.⁴⁰¹

Esse mesmo fenômeno foi observado por Javier García Roca⁴⁰² com foco na experiência europeia. Em virtude de uma obrigação não expressa, mas tácita, e na maior parte das vezes espontânea, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos colhe argumentos e fundamentações trabalhados pelas cortes constitucionais no processo de interpretação e aplicação das normas de direitos humanos inscritas no Convênio Europeu, o que corresponde a uma fase ascendente do diálogo judicial vertical.

Nessa fase, muitas vezes as interpretações domésticas se verificam em virtude de uma margem de apreciação nacional concedida pelo próprio Tribunal Europeu, reconhecendo a necessidade de normas convencionais serem interpretadas em consonância com particularidades locais, em relação às quais os Estados estariam em melhor posição para avaliar.⁴⁰³

⁴⁰⁰ SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication. **University of Richmond Law Review**, n. 29, 1994, p. 99-137. Available at: <http://scholarship.richmond.edu/lawreview/vol29/iss1/6>. Access in: Feb. 11, 2019, p. 112.

⁴⁰¹ Nesse último caso, ganha força a ideia de bloco de constitucionalidade, na medida em que as normas convencionais passam a integrar a ordem jurídica interna. O tema será abordado logo a seguir, quando se analisar a convergência entre cortes nacionais e internacionais, proposta por Vicki Jackson. Sobre os diálogos *bottom-up* e *top-down*, vide GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. Interacciones y convergencias entre la corte interamericana de derechos humanos y los tribunales constitucionales nacionales: un enfoque coevolutivo. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. **Estudios Avanzados de Derechos Humanos**. Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um Novo Direito Público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 312-337, p. 314-315.

⁴⁰² GARCÍA ROCA, Javier. El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo. UNED, **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 30, 2012, p. 183-224. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.30.2012.7005>. Acceso en: 19 feb. 2019, p. 203.

⁴⁰³ O tema da margem de apreciação nacional será estudado no segundo capítulo, em que se tratará do delineamento da doutrina, seus limites e critérios de aplicação, e a análise da sua aplicabilidade ao sistema interamericano de direitos humanos.

Na fase descendente, em que o TEDH sentencia a respeito de alegadas violações a direitos humanos, cabe ao Tribunal preservar um amplo espaço de discricionariedade dos Estados, em função da aplicação do princípio da subsidiariedade e da doutrina da margem nacional de apreciação. Nessa qualidade, os diálogos devem ser intensos para que o Tribunal preserve os espaços domésticos sem realizar uma ingerência desmedida. Essa prática, contudo, por certo não impede que o TEDH promova uma série de orientações para os Estados, inclusive no sentido de solicitar reformas legislativas internas.⁴⁰⁴

Verifica-se, portanto, que o relacionamento vertical e horizontal-vertical entre as cortes que integram os sistemas interamericano e europeu de direitos humanos estão presentes, ainda que em graus variados. Se de um lado a Corte Interamericana costuma adotar uma posição mais proativa na interpretação e aplicação das normas de direitos humanos, o Tribunal Europeu costuma conter-se, revelando um maior cuidado no seu relacionamento com os judiciários locais. São condutas que se formaram ao longo de suas práticas jurisdicionais, tendo por forte influência o contexto histórico e político em que se formaram. O que não se pode perder de vista é a necessidade de se manter o processo dialógico – entre a Corte IDH e o TEDH; e entre cada uma das cortes supranacionais e as cortes constitucionais – para uma construção harmonizada e pluralista dos direitos humanos.

2.4.2 Diálogos judiciais segundo o critério comportamental

Tendo em vista que os diálogos judiciais contribuem para a construção de *standards* comuns, o segundo critério observado por diversos doutrinadores foi precisamente o comportamental, ou seja, o grau de comprometimento interno, ou a vinculação externa entre as cortes para o engajamento em trocas jurisprudenciais – sejam com aquelas que se encontram no mesmo nível, ou com cortes pertencentes a níveis diversos. Em algumas classificações, como a elaborada por Laurence Burgorgue-Larsen, Jânia Saldanha e Manuel Góngora-Mera, a posição ocupada pela corte acaba influenciando na formação das categorias, de modo que importará se o diálogo se faz na modalidade horizontal ou vertical.

Vicki Jackson, por sua vez, elaborou um quadro de análise que tem por vetor a abertura ou resistência de cortes nacionais ao plano internacional (seja esse ocupado por cortes constitucionais estrangeiras ou cortes supranacionais e internacionais). Nesse caso, podem influir ou não as relações convencionais como as presentes nos sistemas regionais de

⁴⁰⁴ GARCÍA ROCA, *op. cit.*, p. 204-205.

proteção, de modo a orientar a disposição interna das cortes em engajar-se em diálogos judiciais. Será o primeiro a ser abordado.

2.4.2.1 O modelo de convergência, resistência e engajamento

Vicky Jacson elaborou relevante análise do comportamento das cortes nacionais em relação às normas e à jurisprudência internacional, demonstrando maior ou menor intenção de participarem da comunidade internacional de discurso jurídico. Ainda que a autora não tenha mencionado expressamente os diálogos judiciais, as categorias estudadas aplicam-se com perfeição à realidade em estudo.⁴⁰⁵ São três as formas de interação entre cortes nacionais e internacionais ou supranacionais: a convergência, a resistência e o engajamento.⁴⁰⁶

Segundo o modelo da convergência, as cortes mostram-se favoráveis à incorporação de fundamentos oriundos do direito internacional (sejam leis, seja jurisprudência) na construção de seus arrazoados, de modo que o direito constitucional interno passa a ser interpretado segundo padrões internacionais, observando um consenso transnacional, ou a ideia de “boas práticas”. Essa conduta pode não ser decorrência de mera *voluntas* dos magistrados internos, mas sim de determinações jurídicas expressas presentes em suas próprias normas constitucionais (como se verificou nas cláusulas de interpretação conforme, *supra*).⁴⁰⁷

O caso colombiano de convergência é emblemático para a América Latina, e em razão da cláusula de interpretação conforme presente no artigo 93 da Constituição promulgada em 1991, bem como de uma pré-disposição de muitos de seus magistrados, tem aceitado de bom grado a influência estrangeira⁴⁰⁸, notadamente da Corte IDH em decisões que envolvem a aplicação de direitos humanos da Convenção Americana.⁴⁰⁹ Decisões da corte supranacional

⁴⁰⁵ O texto não trata especificamente de diálogos judiciais, mas se propõe a analisar modelos diferentes de posturas que os magistrados de cortes domésticas poderiam adotar (o foco central de análise é a Suprema Corte Norte Americana), na influência do direito e jurisprudência estrangeira em decisões constitucionais. JACKSON, Vicki C. Transnational Challenges to Constitutional Law: Convergence, Resistance, Engagement. **Federal Law Review**, v. 35, issue 2, 2007. Available at: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/FedLawRw/2007/7.html>. Access in: Feb. 10, 2019, p. 1.

⁴⁰⁶ *Ibid.*.

⁴⁰⁷ A autora cita a Constituição da Costa Rica e a Constituição da Argentina de 1994 (as quais incorporam a Convenção Americana sobre Direitos Humanos ao seu texto, ao atribuir às normas convencionais o *status* de normas constitucionais), e da Colômbia, que determina que as normas constitucionais de direitos fundamentais devem ser interpretadas de acordo com os tratados internacionais dos quais o país seja parte. JACKSON, Vicki C. Transnational Challenges to Constitutional Law: Convergence, Resistance, Engagement. **Federal Law Review**, v. 35, issue 2, 2007. Available at: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/FedLawRw/2007/7.html>. Access in: Feb. 10, 2019, p. 2-3.

⁴⁰⁸ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. **El Diálogo Judicial**: máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos. México: Porrúa, 2013, p. 221.

⁴⁰⁹ CEPEDA ESPINOSA, Manuel José; LANDAU, David. **Colombian Constitutional Law**. Leading Cases. New York: Oxford University Press, 2017, p. 42-43.

influenciam profundamente a produção jurisprudencial do país, especialmente a partir da Sentença C-225/95, que estabeleceu o conceito de bloco de constitucionalidade:⁴¹⁰

*El único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario es que éstos forman con el resto del texto constitucional un "bloque de constitucionalidad", cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas, con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción. Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores.*⁴¹¹

A *Corte Suprema de la Nación*, da Argentina, mostrou-se profundamente aderente às sentenças da Corte IDH por muitos anos.⁴¹² Um exemplo se pode extrair de suas manifestações no caso “*Expósito*”, dirigida à execução da sentença proferida pela Corte IDH no caso *Bulacio vs. Argentina*, em que expressamente afirmava sua adesão ao sistema interamericano, a fim de limitar a margem decisória dos tribunais domésticos, por força do artigo 68 da Convenção Americana. Como ressalta Abramovich, “*esta obligación existía aun cuando no se estuviera de acuerdo con lo decidido, e incluso si se advertía contradicción con el propio orden constitucional*”. Chegou inclusive a revogar uma sentença sua, em cumprimento de decisão da Corte IDH, a fim de afastar declaração de prescrição que impedira a investigação penal de um agente policial pela prática de tortura.⁴¹³

Outro famoso exemplo de convergência, agora no sistema europeu, é o Tribunal Constitucional da Espanha, o qual desempenha sua função jurisdicional com os olhos voltados para a Corte de Estrasburgo, inclusive por mandado expresso de sua constituição, que ranqueou as normas da Convenção Europeia ao mesmo *status* das normas constitucionais (artigo 10.2 da Constituição Espanhola). De quatro decisões emblemáticas do Tribunal, três

⁴¹⁰ BURGORGUE-LARSEN, *op. cit.*, p. 221

⁴¹¹ COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia C-225 de 1995**. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-225-95.htm>. Acesso em: 23 fev. 2019.

⁴¹² Para análise de casos, ver FACHIN, Melina Girardi; NOWAK, Bruna. Quem dá a última palavra? As relações da Corte Interamericana de Direitos Humanos com os Ordenamentos Jurídicos Nacionais à luz do caso *Fontevecchia e D’Amico v. Argentina*. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, PR, v. 8, n. 78, p. 83-109, maio 2019.

⁴¹³ CSJN. Sentencia del 23 diciembre 2004, *Expósito*, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa, considerandos 6 y 10; CSJN, Sentencia del 29 noviembre 2011, *Derecho*, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal (causa n° 24.079), considerandos 4, 5 *apud* ABRAMOVICH, Víctor. Comentarios sobre “*Fontevecchia*”, la autoridad de las sentencias de la corte Interamericana y los principios de derecho público argentino. **Pensar en Derecho**, v. 10, 2017, p. 9-25. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/10/comentarios-sobre-fontevecchia-la-autoridad-e-las-sentencias-de-la-corte-interamericana-y-los-principios-de-derecho-publico-argentino.pdf>. Acesso en: 28 fev. 2019, p. 10.

citam normas convencionais e sua interpretação segundo os *standards* europeus firmados pela Corte supranacional.⁴¹⁴

Todavia, mesmo em casos de ausência de normas constitucionais comandando os diálogos judiciais, cortes constitucionais podem construir um perfil de abertura à jurisprudência internacional, como se verificou em julgados das cortes constitucionais de Botswana e Índia. No caso *Unity Dow vs. Attorney General*, tratando da proibição de discriminação por razões de gênero a fim de permitir que a nacionalidade se transmitisse por vínculos maternos ou paternos, um juiz da Corte Constitucional de Botswana enfaticamente assinalou a importância da Convenção Africana sobre Direitos Humanos: “*the effect of the adherence by Botswana to the Convention must show that a construction' of section 15 should extend, 'in harmony with the convention' to ban sex discrimination*”.⁴¹⁵

Jackson indica diversas causas para a convergência entre a jurisprudência das cortes constitucionais com outras cortes – constitucionais ou supranacionais e internacionais. Algumas teriam natureza normativa, como a influência da capacidade argumentativa emanada da elevada adesão aos tratados internacionais, como “argumentos cosmopolitas para a convergência”. Outras, natureza funcional, a se verificar em uma consciência funcionalista e progressista das cortes no sentido de aderirem a um consenso interpretativo a respeito de certas normas. Poderia decorrer de fatores institucionais, como a autoconsciência de juízes que se veem engajados com a construção de um direito comum a partir da normatividade dos direitos humanos. Finalmente, e, não menos relevante, fatores exógenos como a influência política e econômica de certos grupos a fim de impulsionar cortes a aderirem a padrões constitucionais, como se verificou com a mudança da jurisprudência da Corte Constitucional da Hungria, após sua entrada na União Europeia.⁴¹⁶

Vale observar, contudo, que a convergência não é uma modalidade estática e perene no relacionamento entre cortes nacionais e supranacionais. Uma adesão forte demonstrada de início pode eventualmente, a partir de um determinado julgado, implicar um revés que acabe por provocar resistência. O TEDH tem jurisprudência consolidada e conta com elevado grau

⁴¹⁴ O autor assinala que a convergência inicial ultimamente não tem implicado cega adesão aos padrões supranacionais, de modo que, em um ambiente de pluralismo jurídico, o Tribunal Espanhol estaria caminhando para o modelo de engajamento. KRISCH, Nico. The Open Architecture of European Human Rights Law. **Law, Society, Economy Working Papers** 11/2007. Available at: www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps.htm. Access in: Feb. 24, 2019, p. 6-7.

⁴¹⁵ O caso indiano foi *Vishaka vs. Rajasthan* julgado pela Corte Constitucional da Índia. JACKSON, Vicki C. Transnational Challenges to Constitutional Law: Convergence, Resistance, Engagement. **Federal Law Review**, v. 35, issue 2, 2007. Available at: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/FedLawRw/2007/7.html>. Access in: Feb. 10, 2019, p. 3.

⁴¹⁶ JACKSON, Vicki C. Transnational Challenges to Constitutional Law: Convergence, Resistance, Engagement. **Federal Law Review**, v. 35, issue 2, 2007. Available at: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/FedLawRw/2007/7.html>. Access in: Feb. 10, 2019, p. 3-4.

de *compliance* por parte da maior parte das cortes constitucionais⁴¹⁷, sempre contando com a adesão da Corte Constitucional da Áustria, por exemplo. Todavia, no julgamento do caso Miltner, a Corte apontou para limites que deveriam ser observados pela corte supranacional a fim de continuar contando com sua convergência. Ficou evidente a possibilidade de uma guinada na jurisprudência austríaca se esses limites fossem ultrapassados.⁴¹⁸ Também o Tribunal Constitucional Espanhol, supramencionado como um exemplo de corte convergente com o nível supranacional, após o julgamento do caso Ruiz Mateos pela Corte Europeia, passou a defender sua maior autonomia, ressaltando que o disposto no artigo 10.2 da Constituição não impedia o Tribunal de julgar com independência do TEDH, pois ausente uma ordem de subordinação entre as cortes.⁴¹⁹

Situação muito semelhante se verificou no sistema interamericano. Em caso emblemático de mudança de comportamento, a *Corte Suprema de la Nación*, da Argentina, afirmou que a sentença interamericana proferida no caso Fontevecchia e D'Amico, determinando que ficasse sem efeito sua própria decisão, implicava uma violação dos princípios constitucionais argentinos, bem como comprometia sua autoridade jurisdicional.⁴²⁰ A corte doméstica havia condenado os jornalistas e editores Fontevecchia e D'Amico pela violação da privacidade do ex-presidente Carlos Menem, em razão da divulgação de notícias a respeito de um filho fora do casamento. Insatisfeitos com o arranjo apresentado pela corte, na ponderação entre a liberdade de expressão e o direito à informação e à privacidade, lograram levar o caso à Corte Interamericana que não só avaliou diferentemente a interação entre os direitos como determinou, textualmente, que a decisão condenatória da Corte argentina deveria ser reputada sem efeito. O tom de repulsa com que recebeu a sentença interamericana

⁴¹⁷ KRISCH, Nico. The Open Architecture of European Human Rights Law. **Law, Society, Economy Working Papers** 11/2007. Available at: www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps.htm. Access in: Feb. 24, 2019, p. 2-3.

⁴¹⁸ *Ibid.*, p. 5.

⁴¹⁹ A questão envolvia importante empresário espanhol, J. M. Ruiz Mateos, que perdeu seus bens por força de lei aprovada pelo parlamento espanhol, e reputada constitucional após longa batalha judicial pelo Tribunal Constitucional da Espanha. O caso chegou ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos por solicitação da Comissão Europeia, em virtude de ausência de solução amigável entre Ruiz Mateos e o Estado Espanhol. A Corte de Estrasburgo condenou a Espanha por excesso na duração do litígio em ambiente doméstico (violação ao direito a uma duração razoável do processo), bem como por falha no respeito ao contraditório. CHUECA SANCHO, Angel G. La sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Ruiz Mateos. Universidade Carlos III de Madrid. **Revista del Instituto Bartolomé de las Casas**: Boletín Oficial del Estado, mai-dez 1994, p. 553-570; KRISCH, Nico. The Open Architecture of European Human Rights Law. **Law, Society, Economy Working Papers** 11/2007. Available at: www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps.htm. Access in: Feb. 24, 2019, p. 8.

⁴²⁰ ABRAMOVICH, Víctor. Comentarios sobre “Fontevecchia”, la autoridad de las sentencias de la corte Interamericana y los principios de derecho público argentino. **Pensar en Derecho**, v. 10, 2017, p. 9-25. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/10/comentarios-sobre-fontevecchia-la-autoridad-e-las-sentencias-de-la-corte-interamericana-y-los-principios-de-derecho-publico-argentino.pdf>. Acceso en: 28 feb. 2019, p. 11.

marcou um novo comportamento radicalmente oposto: de convergente, a *Corte Suprema de la Nación* mostrou-se resistente.⁴²¹

A resistência corresponde ao verdadeiro repúdio de uma dada corte a dialogar com outras, independentemente do capital persuasivo que elas possam desenvolver. O exemplo clássico trazido por Jackson de um processo histórico embora já com algumas brechas – de resistência à influência estrangeira é aquele manifestado pela Suprema Corte Norte-Americana. Fundamentam essa posição as teses originalistas defendidas por Antonin Scalia, para quem nenhuma decisão constitucional relevante tomada por aquela corte levou em consideração normas internacionais. E nem deveria fazê-lo, tendo em vista que esse processo de fundamentação exógena seria violador da confiança institucional depositada nos juízes da Suprema Corte, cujo papel seria interpretar (exclusivamente) as normas da Constituição. O aporte do direito estrangeiro, ou de arrazoados presentes em decisões estrangeiras, representaria um ato de discricionariedade judicial, avesso à garantia de segurança jurídica, em que a vontade própria do julgador se prevaleceria de uma intenção deliberada de escolher argumentos por mecanismos de *cherry picking*.⁴²²

As causas para um comportamento resistente aos diálogos judiciais, segundo Jackson, variam desde o papel atribuído às constituições e à interpretação constitucional, passando pela racionalidade no processo jurisdicional, para chegar em questões políticas e culturais.⁴²³ Se as constituições forem compreendidas como elemento normativo que constitui um determinado grupo social, a fim de diferenciá-lo dos demais, de fato a postura resistente parece fazer sentido.⁴²⁴ Teorias de interpretação constitucional fundadas na pretensão original dos textos constitucionais, no contratualismo e na soberania popular dos constituintes também fornecem barreiras para a abertura ao estrangeiro.⁴²⁵ Especialmente nos Estados Unidos, manifesta-se a preocupação de que qualquer interpretação poderia encontrar suporte em alguma decisão estrangeira, permitindo assim que um juiz constitucional alçasse voos argumentativos incompatíveis com o texto constitucional. A solução para essa discricionariedade seria uma

⁴²¹ *Ibid.*, p. 12.

⁴²² JACKSON, Vicki C. Transnational Challenges to Constitutional Law: Convergence, Resistance, Engagement. **Federal Law Review**, v. 35, issue 2, 2007. Available at: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/FedLawRw/2007/7.html>. Access in: Feb. 10, 2019, p. 5. A autora salienta que a resistência ao uso de decisões estrangeiras não se restringe à Suprema Corte Norte-Americana, o oferece como exemplo a Corte Constitucional de Singapura, para quem as particularidades do seu direito constitucional não autorizariam comparações. JACKSON, Vicki C.. **Constitutional engagement in a transnational era**. New York: Oxford University Press, 2010, p. 17.

⁴²³ *Ibid.*, p. 17.

⁴²⁴ JACKSON, Vicki C.. **Constitutional engagement in a transnational era**. New York: Oxford University Press, 2010, p. 18-19. A autora demonstra que as constituições aspiram mais que demarcar culturas pois a conexão com outras visões constitucionais também auxilia na compreensão das particularidades de um grupo social.

⁴²⁵ *Ibid.*, p. 20-22.

autocontenção voltada para o direito doméstico.⁴²⁶ Finalmente, questões ligadas ao relativismo cultural, a repulsa a uma “dominação ocidental” e a ideia de construção inaugural de uma sociedade são fatores de caráter político e cultural que lançam cortes ao isolamento.⁴²⁷ Importante salientar que esses elementos podem vir isolados ou combinados, a fim de fundamentar a resistência das cortes ao direito estrangeiro.⁴²⁸

No sistema interamericano de direitos humanos, algumas sentenças da Corte IDH geraram forte resistência por parte de cortes constitucionais, assim como dos órgãos políticos dos Estados. Essa resistência tem no *backlash* sua expressão mais aguda, e não pode ser considerada o mesmo que objeção ou contestação às sentenças da Corte. Nos dois últimos casos, objeção e contestação, verifica-se um comportamento crítico em que a corte se mostra contrária a um julgamento específico ou às normas aplicadas. Já a resistência e o *backlash* representam uma crítica que propõe o afastamento, pois se dirigem a todo o sistema de direitos humanos, sendo que o comportamento de Rússia, Turquia e Venezuela são exemplos marcantes.⁴²⁹

O caso da Venezuela é possivelmente o *backlash* mais radical que a Corte Interamericana sofreu em seus anos de existência. Em uma sucessão de casos, estabeleceu-se um conflito entre a Corte Constitucional da Venezuela e a Corte IDH.⁴³⁰ Em 2008, no caso envolvendo a demissão arbitrária de juízes (*Apitz Barbera e outros vs. Venezuela*), a Sala Constitucional do Tribunal Supremo de Justiça declarou a sentença interamericana inexecutável, com fundamento na soberania popular: o interesse de alguns juízes enquanto indivíduos não poderia se sobrepor aos interesses da coletividade. Naquela oportunidade, a

⁴²⁶ *Ibid.*, p. 26.

⁴²⁷ *Ibid.*, p. 27.

⁴²⁸ Nesse sentido, observe-se o exemplo do rechaço pela Corte Constitucional Italiana à decisão da Corte Internacional de Justiça sobre a imunidade da Alemanha a respeito de demandas de reparação civil por violações de direitos humanos cometidos na II Guerra Mundial. Ainda que se pudesse questionar a prática de uma contestação construtiva, a doutrina tem se posicionado por uma manifestação nacional voltada para o isolamento, diante da discordância dos parâmetros internacionais adotados. KUNZ, Raffaella. The Italian Constitutional Court and ‘Constructive Contestation’. **Journal of International Criminal Justice**, n. 14, 2016, p. 621-627, Oxford University Press.

⁴²⁹ Na contestação, a crítica não se dirige a um determinado julgado, mas sim à forma como a Corte interpreta uma determinada norma, em um conjunto de casos, ou se contrapõe à validade das normas em si. Já na resistência, a crítica se dirige à instituição (à corte internacional), pretendendo uma reforma da sua estrutura, da sua forma de agir. Finalmente, no *backlash*, a forma mais grave de repúdio às sentenças supranacionais e internacionais, corresponde à contestação da autoridade da Corte, levando à retirada do sistema ou a sua profunda reforma. SOLEY, Ximena; STEININGER, Silvia. Parting ways or lashing back? Withdrawals, *backlash* and the Inter-American Court of Human Rights. **MPIL Research Paper Series No. 2018-01**. Available at: <https://ssrn.com/abstract=3103666>. Access in: Dec. 10, 2018, p. 5-7.

⁴³⁰ Caso *Apitz Barbera vs. Venezuela* (5 agosto 2008); Caso *Ríos e outros vs. Venezuela* e Caso *Perozo e outros vs. Venezuela* (28 Janeiro 2009); Caso *Usón Ramírez vs. Venezuela* (20 novembro 2009) e Caso *López Mendoza vs. Venezuela* (1 setembro 2011). *Ibid.*, p. 9, 16.

Sala Constitucional já recomendara a denúncia da Convenção Americana de Direitos Humanos, o que veio ocorrer em 2012.⁴³¹

O ponto culminante da crise se deu com a sentença proferida em 2011 pela Sala Constitucional do Tribunal Venezuelano, em “*acción innominada de control de constitucionalidad*” proposta pelo Procurador-Geral da República. Em seu julgamento, a Sala Constitucional declarou não só inexecutável, mas inconstitucional a sentença proferida pela Corte IDH no caso López Mendoza vs. Venezuela, que tratava de perseguição política e candidatura do líder da oposição ao governo chavista. A decisão assinalou que as normas convencionais não se sobreporiam às normas constitucionais venezuelanas (apesar da previsão constitucional da prevalência da norma mais favorável no artigo 29 da Constituição): “*deben prevalecer las normas constitucionales que privilegien el interés general y el bien común, debiendo aplicarse las disposiciones que privilegien los intereses colectivos [...] sobre los intereses particulares*”. Como os direitos protegidos pela sentença interamericana eram de matriz individualista e liberal, contrários aos próprios fundamentos da república bolivariana, concluía a Sala Constitucional da Venezuela que “*la ejecución de los fallos de los Tribunales Supranacionales no puede menoscabar la soberanía del país, ni los derechos fundamentales de la República*”.⁴³²

Sentenças como essa demonstram de forma inequívoca a ausência de qualquer intenção de diálogo, ainda que crítico, com as esferas internacionais, sobretudo cortes supranacionais como a Corte IDH. A manifestação é de resistência – ou *backlash* – em relação a todo o sistema, inviabilizando interações jurisprudenciais futuras.

Entre os dois polos apontados por Vicki Jacson, convergência e resistência, existe a terceira via: o engajamento, postura que não rechaça completamente os diálogos judiciais, mas também não incorpora de forma acrítica decisões estrangeiras – sejam elas oriundas de cortes constitucionais ou supranacionais.⁴³³ Por meio do engajamento, uma corte mostra-se aberta para a consideração de razões fornecidas por outras cortes em casos similares,

⁴³¹ SOLEY, Ximena; STEININGER, Silvia. Parting ways or lashing back? Withdrawals, *backlash* and the Inter-American Court of Human Rights. **MPIL Research Paper** Series No. 2018-01. Available at: <https://ssrn.com/abstract=3103666>. Access in: Dec. 10, 2018, p. 16.

⁴³² ZÚÑIGA URBINA, Francisco. Control de convencionalidad y tribunales nacionales. Dilemas y perspectivas. In: HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. **El Control de Convencionalidad: Un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile**. Santiago: DER Ediciones, 2017, p. 489-564, p. 512-513; 514; 517. Vide também BREWER-CARÍAS, Allan. El ilegítimo ‘control de constitucionalidad’ de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte la sala constitucional del tribunal supremo de justicia de Venezuela: El caso Leopoldo López vs. Venezuela, septiembre 2011. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. **Estudios Constitucionales**, Año 10, No 2, 2012, p. 575-608.

⁴³³ JACKSON, Vicki C. Transnational Challenges to Constitutional Law: Convergence, Resistance, Engagement. **Federal Law Review**, v. 35, issue 2, 2007. Available at: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/FedLawRw/2007/7.html>. Access in: Feb. 10, 2019, p. 6

observando seus argumentos e adotando-os quando entender cabível, ou afastando-os de forma crítica e fundamentada, em respeito a particularidades culturais específicas. Um exemplo clássico desse engajamento é a postura adotada pela Corte Constitucional do Canadá em relação à influência dos julgados proferidos pela Suprema Corte dos Estados Unidos.⁴³⁴

Particularmente nos diálogos horizontais, o engajamento atende a uma finalidade que se sobressai: promover a deliberação. O uso do direito internacional ou estrangeiro se destina a contribuir para a compreensão e definição das normas jurídicas domésticas, sem que haja dispositivos (como normas constitucionais ou tratados internacionais) obrigando sua consideração.⁴³⁵

Já nos modelos de diálogos judiciais verticais, em que a jurisprudência passa a ser levada em consideração por sua autoridade persuasiva, o engajamento se caracteriza por um modelo de “convergência cosmopolita”. Nesse caso, sentenças supranacionais têm uma força gravitacional que exige que as cortes domésticas as levem em consideração em sua argumentação, ainda que não estejam obrigadas a convergir.⁴³⁶

Em ambos os casos – para promover a deliberação, ou para a convergência em torno de valores cosmopolitas – Jackson defende o engajamento como modelo mais vantajoso de abertura ao direito internacional e aos diálogos judiciais.⁴³⁷

Primeiramente, os compromissos internacionais firmados por um Estado – aderindo a tratados internacionais de direitos humanos e reconhecendo a jurisdição supranacional de Cortes moldadas para a sua interpretação e aplicação – não podem ser negligenciados pelos intérpretes constitucionais, precisamente porque encontram respaldo em autorização de normas constitucionais. A negligência para com suas implicações pode comprometer o Estado na esfera internacional, bem como desprestigiar a própria constituição.⁴³⁸

O engajamento em diálogos judiciais permite ainda que os textos normativos da constituição e dos tratados seja compatibilizado (especialmente em casos de incorporação constitucional dos direitos humanos), de modo que cabe ao intérprete observar os sentidos atribuídos a essas normas pelas cortes constitucionais vizinhas e a corte supranacional. Esse diálogo viabiliza a construção de espaços normativos comuns, que garantam segurança aos destinatários desses direitos. É nesse sentido que Santolaya menciona um modelo de

⁴³⁴ “[...] in *R v Keegstra*, [66] [...] The majority spent considerable time laying out the strands of United States case law, and explaining why, if United States case law did prohibit government bans on hate speech, the Canadian constitutional context differed in its commitments to multiculturalism and equality, and required a different result.” Na mesma linha de engajamento segue a Corte Constitucional da África do Sul. *Ibid.*, p. 6

⁴³⁵ *Ibid.*, p. 8.

⁴³⁶ *Ibid.*, p. 8.

⁴³⁷ *Ibid.*, p. 9.

⁴³⁸ *Ibid.*

integração, a partir do caso espanhol em relação ao sistema europeu de direitos humanos, “*de manera que los tribunales constitucionales resuelven las cuestiones mediante un enfoque combinado de elementos nacionales y europeos*”.⁴³⁹

Essa prática não implica simplesmente reproduzir compreensões estrangeiras para as normas de direito constitucional. O engajamento permite precisamente que fundamentos sejam analisados de forma racional, e contemporizados com as particularidades de cada caso concreto, as quais podem exigir interpretações diferenciadas. Em um ambiente pluralista, o engajamento propicia um olhar para o plano internacional que se mantenha consciente a respeito das circunstâncias e particularidades do ambiente doméstico.⁴⁴⁰

Um exemplo de engajamento se verifica na sentença C-007/2018 proferida pela Corte Constitucional da Colômbia, sobre o Acordo de Paz firmado com as FARC. Ciente do posicionamento tradicionalmente assumido pela Corte IDH a respeito de leis de anistia, e comprometida com a interpretação dos direitos fundamentais em consonância com a jurisprudência daquela Corte, por força de mandamento constitucional, a Corte Constitucional entabulou extenso e detalhado diálogo com decisões supranacionais a fim de demonstrar que a anistia prevista no acordo de paz não corresponderia às autoanistias tão repudiadas em sentenças supranacionais anteriores.⁴⁴¹ Considerar e avaliar as posições adotadas pela esfera supranacional não implicou imediata convergência, mas nesse caso, divergência. Uma divergência dialogada que abre espaço para novas interpretações.

Outro exemplo pode ser encontrado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, o qual vem se engajando progressivamente em diálogos judiciais no sistema interamericano, ainda que mais intensamente nos votos de alguns de seus ministros.⁴⁴² No julgamento do caso Raposa Serra do Sol⁴⁴³, por exemplo, a despeito da posição indiferente

⁴³⁹ SANTOLAYA, Pablo. La apertura de las Constituciones a su interpretación conforme a los tratados internacionales. *In*: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.) **Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos**: Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 447-456, p. 452.

⁴⁴⁰ JACKSON, Vicki C. Transnational Challenges to Constitutional Law: Convergence, Resistance, Engagement. **Federal Law Review**, v. 35, issue 2, 2007. Available at: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/FedLawRw/2007/7.html>. Access in: Feb. 10, 2019, p. 9-10.

⁴⁴¹ COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentença C-007/18**. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-007-18.htm>. Acesso em: 23 fev. 2019, parágrafos 131-146.

⁴⁴² Ministro Edson Fachin costuma fundamentar seus votos a partir de intenso diálogo judicial com cortes supranacionais, como se depreende do julgado na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4269-DF (2017), sobre a demarcação de terras indígenas, Recurso em Habeas Corpus 134682-BA (2016), sobre crime de racismo religioso, na Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 378-DF (2015), sobre as garantias da ampla defesa e contraditório nos processos de *impeachment*. Também o Ministro Celso de Mello costuma fundamentar seus votos em tratados internacionais. No julgamento do Habeas Corpus n. 110185-SP (2013), ao tratar da competência da Jurisdição Militar, invocou sentença proferida pela Corte Interamericana no Caso Palamara Iribarne vs. Chile, de 2005; no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1160400-SP (2018), invocou a sentença proferida pela Corte IDH no caso Cantoral Benavides, em 2000, para decidir a respeito da presunção de inocência e a exposição da vítima aos meios de comunicação.

⁴⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Caso Raposa Serra do Sol**. Acórdão. Pet. n.o 3.388 /PR. Pleno. Relator Min.

adotada pelo Relator Carlos Ayres Britto⁴⁴⁴, Menezes Direito, manifestou-se em seu voto não só a respeito de documentos internacionais a que o Brasil teria aderido, como analisou as razões trazidas pela Corte IDH no julgamento do caso *Awas Tingni vs. Nicarágua*, a fim de fundamentar o direito das populações indígenas à terra. Note-se que não houve aderência integral, na medida em que a Corte não reconheceu o direito à propriedade da terra indígena, como consta do arrazoado interamericano, distintamente do tipo de proteção concedido pela constituição brasileira. Mas, interpretando as orientações internacionais e com elas dialogando, garantiu a proteção aos direitos humanos pleiteados.⁴⁴⁵ Na mesma linha, a Opinião Consultiva n. 5/85, proferida pela Corte IDH no caso "*La colegiación obligatoria de periodistas*" influenciou o julgamento do Recurso Extraordinário n. 511.961 pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro, tendo o Relator Gilmar Mendes aludido expressamente à decisão supranacional para fundamentar a inconstitucionalidade (e inconvencionalidade) da lei de imprensa, a exigir diploma em curso superior de jornalismo para o exercício da função, em franca violação da liberdade de expressão.⁴⁴⁶

Na Europa, várias cortes constitucionais têm adotado uma postura mais “engajada” do que propriamente convergente. Desde a adoção do *Human Rights Act* de 1998, a Câmara dos Lordes, do Reino Unido, tem se manifestado favoravelmente à consideração dos julgados provenientes do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. A lealdade demonstrada, contudo, não é irrestrita. A Câmara guarda para si um espaço de manobra em que pode abrir espaços para discutir e não adotar o posicionamento de Estrasburgo, a partir do uso de expressões como “circunstâncias especiais” e “razões relevantes”.⁴⁴⁷

Como se pode perceber, nem os tribunais constitucionais em cada Estado Democrático de Direito, nem as Cortes Internacionais gozam de uma independência absoluta, na medida em que lidam com normas de direitos humanos em questões que muitas vezes ultrapassam

Carlos Britto. DJU, Brasília, 17 de abril de 2009.

⁴⁴⁴ O ministro chegou a afirmar a “desnecessidade de amparo estrangeiro às causas indígenas, hoje, pois nenhum documento jurídico alienígena supera a [...] Constituição em modernidade e humanismo, quando se trata de reconhecer às causas indígenas a sua valiosidade intrínseca”. *Ibid.*, p. 294.

⁴⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Caso Raposa Serra do Sol**. Acórdão. Pet. n.o 3.388 /PR. Pleno. Relator Min. Carlos Britto. DJU, Brasília, 17 de abril de 2009, p. 396-398.

⁴⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 511961-SP**. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgado em 17 jun. 2009. Brasília, Diário da Justiça, 13 de novembro de 2009.

⁴⁴⁷ É o que se depreende da opinião de Lord Bingham em 2004: “*While such case law [of the ECtHR] is not strictly binding, it has been held that courts should, in the absence of some special circumstances, follow any clear and constant jurisprudence of the Strasbourg court [...] This reflects the fact that the Convention is an international instrument, the correct interpretation of which can be authoritatively expounded only by the Strasbourg court. From this it follows that a national court subject to a duty such as that imposed by section 2 should not without strong reason dilute or weaken the effect of the Strasbourg case law. [...] The duty of national courts is to keep pace with the Strasbourg jurisprudence as it evolves over time: no more, but certainly no less*”. KRISCH, Nico. *The Open Architecture of European Human Rights Law*. **Law, Society, Economy Working Papers** 11/2007. Available at: www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps.htm. Access in: Feb. 24, 2019, p. 21.

suas fronteiras. Dificilmente seria possível identificar um caso exclusivamente local, em que os direitos humanos envolvidos percam qualquer dimensão transfronteiriça. Nessa perspectiva, o isolamento decorrente da resistência apontada por Jackson tem se verificado em cortes que chancelam regimes autoritários, como no emblemático caso venezuelano, ou cortes que olham com desconfiança qualquer influência estrangeira, pois muito ciosas do poder político e da independência conquistadas ao longo de sua história, como seria o caso da Suprema Corte Norte-Americana. Trata-se de uma corte de elevado capital simbólico que não vê proveito na interação⁴⁴⁸ – até porque o Estado Norte-Americano não integra nenhum sistema internacional de proteção de direitos humanos, tendo deixado de aderir a diversos tratados internacionais. Todavia, ainda assim, algumas aberturas para os diálogos judiciais começam a tomar forma.

No caso de cortes constitucionais ou supremas que integram um sistema regional de direitos humanos como o interamericano e o europeu, verifica-se um verdadeiro compromisso jurídico de integração e de participação em diálogos judiciais. A resistência, nesses casos, pode minar sua autoridade, levando ao isolamento das cortes supranacionais (em caso de indiferença) ou implicar o rechaço declarado à sua atuação, retirando-se do sistema a corte insurgente. Nenhuma das possibilidades implica o incremento da proteção dos direitos humanos, precisamente o contrário.

Se a resistência aos diálogos não se presta a qualquer pretensão harmonizadora do pluralismo jurídico, a convergência pode se mostrar inatingível⁴⁴⁹ nos diálogos horizontais, sua imposição pela via dos diálogos verticais traz consigo todos os inconvenientes das perspectivas unificadoras. O pluralismo não pode ser simplesmente aniquilado.

Nesse panorama, a perspectiva do engajamento é certamente a mais proveitosa para os diálogos judiciais, em que cortes constitucionais podem se posicionar em casos que justificam a adesão ou a crítica construtiva a respeito das razões fornecidas por outras cortes.

2.4.2.2 Diálogos judiciais vinculados e não vinculados

⁴⁴⁸ FRYDMAN, Benoît. Diálogo internacional dos juízes e a perspectiva ideal de justiça universal. Trad. Mara Beatriz Krug. *In*: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (coord.). **Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 15-31, p. 26.

⁴⁴⁹ O movimento de liberalização das constituições após a II Guerra Mundial, a partir da constitucionalização dos direitos humanos, não implicou necessariamente uma convergência na interpretação de seus sentidos. DIXON, Rosalind; POSNER, Eric A. The limits of constitutional convergence. Law School of University of Chicago. **Public Law and Legal Theory**. Working Paper n. 329. November 2010. Available at: <http://ssrn.com/abstract=1677634>. Access in: Mar. 2, 2019, p. 6-7.

Em atenção à multidimensionalidade dos diálogos judiciais, que podem fluir tanto vertical quanto horizontalmente, Burgorgue-Larsen procurou categorizá-los levando em consideração tanto o ambiente em que são estabelecidos, como também o grau de vínculo (de comprometimento) entre as jurisdições em uma classificação⁴⁵⁰ que foi acompanhada por Jania Saldanha e Irina Bravo.⁴⁵¹

Nesse sentido, a primeira divisão diz respeito a diálogos judiciais orquestrados ou vinculados, de um lado, e desenfreados ou não vinculados, de outro. Os primeiros se realizam dentro de um sistema jurídico organizado em interações verticais entre uma corte supranacional e cortes supremas ou constitucionais, em que existem obrigações estabelecidas em compromissos internacionais que vinculam os juízes internos. Já os diálogos desenfreados ou não vinculados, como se depreende da terminologia empregada, se verificam no espaço global aberto, sem quaisquer amarras sistêmicas – ainda que possa haver maior ou menor engajamento, ausência ou presença de convergência.⁴⁵²

No diálogo concertado ou vinculado, a jurisdição supranacional realiza o papel de um agente catalizador das diversas decisões sobre direitos humanos, promovendo um processo de integração e fixação de parâmetros comuns.⁴⁵³ Para Burgorgue-Larsen, essa modalidade compreende duas manifestações distintas de diálogos judiciais: o diálogo integrado e o diálogo convencional.

No diálogo judicial integrado, há uma verticalidade (entre a Corte Europeia de Justiça e os tribunais nacionais, por exemplo) que corresponde ao pilar da cooperação jurisdicional enquanto elemento essencial para a integração dos Estados e dos sistemas jurídicos domésticos em prol de um direito comunitário.⁴⁵⁴ No caso específico europeu, o artigo 234 do Tratado da União Europeia comanda o envio de determinadas matérias à CJUE, exigindo um diálogo entre as cortes a fim de dar maior coesão ao sistema. Ainda com esse grau de vinculação, a noção de diálogo se mantém pois o Conselho de Estado da França esboçou uma reação de resistência que demonstrou a abertura para os diálogos a respeito dos limites e

⁴⁵⁰ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. De la internacionalización del diálogo entre los jueces. *In*: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. **Estudios Avanzados de Derechos Humanos**. Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um Novo Direito Público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 231-264, p. 234-235.

⁴⁵¹ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRAVO, Irina Graziela Cervantes. Diálogos jurisdicionais e acesso (universal?) à justiça: a possível construção de um fundamento processual para o cosmopolitismo. *In*: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (coord.). **Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 253-294, p. 270.

⁴⁵² BURGORGUE-LARSEN, *op. cit.*, p. 234-235; SALDANHA; BRAVO, *op. cit.*, p. 270.

⁴⁵³ Ainda que Burgorgue-Larsen tenha se baseado no exemplo da União Europeia, em que o grau de coesão é mais forte que aquele encontrado na América-Latina, suas conclusões aproveitam à compreensão dos diálogos mantidos no sistema interamericano. BURGORGUE-LARSEN, *op. cit.*, p. 235.

⁴⁵⁴ *Ibid.*, p. 236.

possibilidades dessa obrigação convencional.⁴⁵⁵ Para Slaughter, esse diálogo mantido pelas cortes nacionais e a CJUE pode ser classificado como direto, pois estaria presente uma interação imediata proveniente da provocação da corte nacional e a resposta da corte supranacional, de modo que uma está inegavelmente ciente da atuação da outra, bem com disposta a levar em consideração as razões aportadas.⁴⁵⁶

Na América Latina, existem modelos de integração (independentes do sistema interamericano de direitos humanos) com disposições jurídicas semelhantes: artigo 32 a 36 do Protocolo de Cochabamba para o Tribunal de Justiça da Comunidade Andina; artigo 22.k, do Acordo do Panamá para a Corte Centroamericana de Justiça; artigo IX (c) do Tratado de St. Michaël para o Tribunal de Justiça do Caribe.⁴⁵⁷

Já o diálogo convencional é uma modalidade menos organizada que o integrado, não estando vinculado a uma disposição jurídica específica que determine o automático envio de questões à corte supranacional. Nessa prática, ganha força o princípio da subsidiariedade, cuja dimensão negativa determina que a instância supranacional só poderá agir em caso de falha ou omissão das jurisdições (ou legisladores ou agentes administradores) nacionais.⁴⁵⁸ As interações promovidas pelos diálogos convencionais viabilizam modificações no direito interno dos Estados, que passam a se adaptar aos padrões comuns definidos pelas cortes supranacionais. Essa prática certamente é favorecida por cláusulas de interpretação conforme como se verifica na Espanha (artigo 10.2 da Constituição) e na Colômbia (artigo 93 da Constituição), bem como pela doutrina do controle de convencionalidade.

No caso dos diálogos convencionais, Burgorgue-Larsen se lança a uma importante pergunta que permite refletir sobre a resistência dentro dos sistemas regionais de direitos humanos: deve prevalecer sempre a interpretação da corte supranacional?⁴⁵⁹ Usando a terminologia de Góngora-Mera, a questão é se os diálogos vinculados em sentido vertical seriam sempre *top-down*, ou se poderiam também ser *bottom-up*.⁴⁶⁰ É inegável que na maior

⁴⁵⁵ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. De la internacionalización del diálogo entre los jueces. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. **Estudios Avanzados de Derechos Humanos. Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um Novo Direito Público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 231-264, p. 237.

⁴⁵⁶ SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication. **University of Richmond Law Review**, n. 29, 1994, p. 99-137. Available at: <http://scholarship.richmond.edu/lawreview/vol29/iss1/6>. Access in: Feb. 11, 2019, p. 112-113.

⁴⁵⁷ Segundo a autora, o sistema tem mostrado maior proveito nos diálogos e menos resistência por parte de seus integrantes é o da Comunidade Andina. BURGORGUE-LARSEN, *op. cit.*, p. 240.

⁴⁵⁸ *Ibid.*, p. 236.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, p. 244.

⁴⁶⁰ GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. Interacciones y convergências entre la corte interamericana de derechos humanos y los tribunales constitucionales nacionales: un enfoque coevolutivo. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. **Estudios Avanzados de Derechos Humanos. Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um Novo Direito Público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 312-337, p. 314-315.

parte das vezes, a prevalência das sentenças internacionais é a realidade em virtude da autoridade pública desempenhada pelas cortes, e da dimensão positiva do princípio da subsidiariedade que recomenda a ação supranacional sempre que os *standards* domésticos se mostrarem violadores dos direitos humanos. Todavia, é possível identificar casos em que a Corte IDH, por exemplo, se mostra disposta a aceitar razões fornecidas pelas corte nacionais, notadamente no que diz respeito à aplicação do princípio da norma mais favorável, à plena solução e reparação de um caso de violação de direitos humanos, ou ainda ao adequado controle de convencionalidade.⁴⁶¹

Nessa linha, os juízes nacionais também podem tirar proveito dessa verticalidade convencional quando escoram suas decisões na autoridade da interpretação supranacional provocando interpretações “inovadoras” e “construtivas” de uma legislação antiquada, blindada pelos canais majoritários conservadores.

No sistema europeu, um espaço para as cortes nacionais pode ser identificado na doutrina da margem nacional de apreciação, cujo objetivo é precisamente garantir certa discricionariedade na interpretação de direitos humanos quando tocam temas sensíveis na sociedade nacional. Essa margem, contudo, também não pode ser uma premissa metodológica e ideológica para que os juízes nacionais decidam, criando assim uma “cacofonia” de proteções. É preciso encontrar o equilíbrio entre controle e deferência, o que só é possível pela abertura aos diálogos.⁴⁶²

Em sentido diverso do que se verifica nos diálogos orquestrados, Burgorgue-Larsen propõe o diálogo desenfreado⁴⁶³: uma modalidade marcadamente espontânea, em que não há sistema jurídico algum que comande os diálogos judiciais senão o sentido humanista de se chegar a soluções coerentes para os mesmos problemas, ou ainda reforçar argumentativamente as decisões internas a partir de padrões internacionais.⁴⁶⁴ Trata-se de uma construção teórica baseada na noção de direito como integridade desenvolvida por Ronald Dworkin, em que os juízes devem construir o direito em suas decisões a partir de noções de

⁴⁶¹ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. El control de convencionalidad como un vehículo para el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales de América. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, v. 22, ano 2016, Bogota: Fundación Konrad Adenauer. Programa de Estado de Derecho para Latinoamérica, p. 337-356. O autor faz referência aos casos Caso La Cantuta vs. Perú; caso Gelman, Cumplimiento de sentencia, p. 345-346.

⁴⁶² A margem de apreciação e seu alcance será objeto do segundo capítulo. BURGORGUE-LARSEN, Laurence. De la internacionalización del diálogo entre los jueces. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. **Estudos Avançados de Direitos Humanos**. Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um Novo Direito Público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 231-264, p. 246-247.

⁴⁶³ *Ibid.*, p. 250.

⁴⁶⁴ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRAVO, Irina Graziela Cervantes. Diálogos jurisdicionais e acesso (universal?) à justiça: a possível construção de um fundamento processual para o cosmopolitismo. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (coord.). **Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 253-294, p. 271.

moralidade substantiva, a fim de que os julgamentos dos casos concretos alcançassem uma “integridade global” enquanto rede de valores – para os quais as normas de direitos humanos apontam conteúdos. Caberia aos juízes buscar a coerência do direito na prática dos diálogos⁴⁶⁵, pois eles contribuem para a oxigenação dos sistemas, permitindo que mesmo os valores traduzidos em direitos humanos sejam constantemente atualizados.

Os diálogos espontâneos podem se dar tanto em sentido vertical quanto horizontal, demonstrando a habilidade para a interação de toda a rede de juízes que se forma a partir da noção desenvolvida por Slaughter de comunidade global de juízes.⁴⁶⁶ Dessa forma, podem dialogar cortes supremas ou constitucionais de diversos sistemas e continentes, entre si ou com tribunais internacionais e supranacionais, sem que haja compromisso vinculatório em se chegar a uma solução comum, mas talvez um comprometimento voltado para encontrar uma solução coerente.⁴⁶⁷

A modalidade dos diálogos verticais e vinculados presentes no sistema interamericano de direitos humanos, se compreendidos pela perspectiva do engajamento entre as cortes a fim de harmonizar o sistema sem imposições unitárias, permitiu a Manuel Góngora-Mera criar uma classificação bastante particular: primeiramente, um diálogo conduzido pela margem nacional de apreciação, segundo, o modelo de aderência aos padrões interamericanos, e terceiro, um diálogo de convergências paralelas.

No primeiro caso, em que os diálogos se desenvolvem a partir da margem de apreciação⁴⁶⁸, priorizam-se as interpretações promovidas pelos Estados, deixando espaço para uma fraca aderência a padrões comuns. Para Góngora-Mera, embora a doutrina tenha sido elaborada pelo TEDH, não haveria uma impossibilidade jurídica na sua adoção pelo sistema interamericano. A Corte IDH dificilmente a emprega, zelosa da autonomia e da autoridade conquistada nos últimos anos. Não obstante, cabe a cada Corte Constitucional “*la decisión de*

⁴⁶⁵ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRAVO, Irina Graziela Cervantes. Diálogos jurisdicionais e acesso (universal?) à justiça: a possível construção de um fundamento processual para o cosmopolitismo. *In*: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (coord.). **Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 253-294, p. 272-273. No mesmo sentido, BURGORGUE-LARSEN, Laurence. De la internacionalización del diálogo entre los jueces. *In*: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. **Estudios Avanzados de Derechos Humanos**. Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um Novo Direito Público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 231-264, p. 258-259.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, p. 251.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, p. 253-254.

⁴⁶⁸ Os delineamentos da margem de apreciação nacional serão definidos no segundo capítulo, bem como a análise das críticas dirigidas à doutrina. No caso europeu, no início da aplicação da teoria, ela acabou por cancelar interpretações mais restritivas dos direitos humanos no âmbito estatal. Nos últimos anos, contudo, a Corte Europeia tem desenvolvido padrões europeus, o que leva a uma menor margem para os Estados. GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. Interacciones y convergências entre la corte interamericana de derechos humanos y los tribunales constitucionales nacionales: un enfoque coevolutivo. *In*: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. **Estudios Avanzados de Derechos Humanos**. Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um Novo Direito Público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 312-337, p. 319.

*seguir a la Corte Interamericana y hasta qué grado*⁴⁶⁹, de modo que as sentenças interamericanas dependem de autoridade persuasiva. As interpretações dos termos e conceitos da Convenção Americana pela Corte IDH representam um guia para as cortes nacionais, o que não poderia ser negligenciado a partir de uma aplicação da margem de apreciação a fim de atribuir “um domínio reservado aos Estados” na interpretação dos tratados. Segundo esse modelo, a Corte manteria sempre a competência inerente ao controle de convencionalidade, na medida em que podem surgir interpretações que deturpem o próprio sentido de proteção dos direitos humanos. Nessa modalidade, haveria um maior risco de rechaço sistemático da jurisprudência regional pelas cortes internas, gerando conflitos entre os órgãos jurisdicionais do sistema. Qualquer perspectiva de sua aplicação no sistema interamericano precisa ser acompanhada de critérios claros e objetivos, que não descuidem da realidade sócio-política latino-americana, em que os direitos humanos enfrentam dificuldades de implementação. Se o pluralismo merece ser preservado, ele não pode ser escudo para violações a direitos.

Na segunda modalidade, os diálogos traduzem um processo de aderência nacional aos padrões regionais, especialmente em virtude das cláusulas constitucionais de interpretação conforme a doutrina do bloco de constitucionalidade, de modo que se verifica uma verdadeira incorporação voluntária do direito produzido pela Corte IDH pelas cortes nacionais. Por muitos anos, essa foi a postura adotada pela Corte Suprema da Argentina, especialmente nos casos envolvendo competência penal.⁴⁷⁰ Essa adesão irrestrita modificou-se radicalmente após o Caso Fontevicchia e D’Amico vs. Argentina, como visto anteriormente. Como esse exemplo reforça, o modelo da aderência acrítica pode levar ao extremo oposto que é o rechaço sistemático, do qual o caso venezuelano é certamente o mais emblemático.

O terceiro modelo de diálogos judiciais identificado por Góngora-Mera diz respeito às convergências paralelas. Nesse caso, os mesmos *standards* normativos extra-regionais (provenientes do sistema universal) passam a integrar as decisões de distintas cortes do sistema interamericano de forma paralela, sem que haja necessariamente uma interação entre essas cortes entre si. Um exemplo desse processo foi a formação dos padrões jurídicos regionais sobre a proteção dos direitos dos povos indígenas: de início, verificou-se a incorporação dos padrões universais provenientes da Convenção n. 169 da Organização

⁴⁶⁹ GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. Interacciones y convergências entre la corte interamericana de derechos humanos y los tribunales constitucionales nacionales: un enfoque coevolutivo. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. **Estudos Avançados de Direitos Humanos**. Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um Novo Direito Público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 312-337, p. 320-321.

⁴⁷⁰ São exemplos ressaltados por Góngora-Mera: CSJ Argentina. Acosta, Cláudia Beatriz y otros s/ habeas corpus, 22.12.1998; CSJ Argentina. Felicetti, Roberto y otros s/ revisión, 21.12.2000. *Ibid.*, p. 329.

Internacional do Trabalho (OIT) por diversas cortes nacionais, os quais foram posteriormente incorporados pela Corte IDH quando chamada a decidir sobre a matéria.⁴⁷¹

Dentro dessa perspectiva, a convergência dos diálogos judiciais no sistema interamericano se daria de forma coevolutiva, permitindo de um lado a recepção das sentenças regionais em virtude do seu caráter persuasivo e da sua formação brotada a partir de concepções nacionais, e de outro, o afastamento dos padrões regionais quando os nacionais fossem mais favoráveis. Essa interação entre cortes nacionais intermediada por uma corte supranacional foi definida por Slaughter como diálogo intermediado, pois a corte supranacional age como disseminadora de fundamentos, a serem incorporados por outras cortes nacionais.⁴⁷²

Assim, divergências entre sentidos de direitos humanos não deveriam ser resolvidas de forma hierárquica, mas a partir do critério *pro homine* (insculpido no artigo 29 da Convenção Americana), que leva em consideração o alcance da interpretação a fim de determinar a prevalência daquela que gere proteção mais ampla aos direitos humanos, e menos restrições ao seu conteúdo.⁴⁷³

⁴⁷¹ GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. Interacciones y convergências entre la corte interamericana de derechos humanos y los tribunales constitucionales nacionales: un enfoque coevolutivo. *In*: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. **Estudos Avançados de Direitos Humanos**. Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um Novo Direito Público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 312-337, p. 327.

⁴⁷² SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication. **University of Richmond Law Review**, n. 29, 1994, p. 99-137. Available at: <http://scholarship.richmond.edu/lawreview/vol29/iss1/6>. Access in: Feb. 11, 2019, p. 113-114.

⁴⁷³ GÓNGORA-MERA, *op. cit.*, p. 332-333.

3 SUBSIDIARIEDADE NOS SISTEMAS EUROPEU E INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: O SENTIDO DA MARGEM DE APRECIACÃO

Conforme abordado no capítulo anterior, os sistemas jurídicos regionais de proteção de direitos humanos são marcados pelo pluralismo jurídico, em que jurisdições posicionadas em diferentes níveis (local, nacional, regional) se entrelaçam para solucionar problemas comuns. Delmas-Marty ressalta que a preservação democrática de identidades locais em torno de *standards* comuns implica o afastamento de uma solução unificadora, potencialmente autoritária em seu resultado (em virtude do conglobamento das ordens jurídicas diversas sob o escudo de uma específica), ou em seu ponto de partida (ainda que por hibridismo a ordem jurídica totalizante tenha nascedouro plural, se viabiliza exclusivamente por um sistema *top-down* que inibe a divergência).⁴⁷⁴

Para a proteção dos direitos e interesses nacionais – ainda que se exija um alinhamento de fundo com padrões internacionais e regionais – a mecânica mais adequada é a da harmonização⁴⁷⁵, pois preserva competências jurisdicionais internas, evitando que uma corte supranacional se transforme em uma corte de cassação. Nesse ambiente torna-se necessário discutir as funções a serem exercidas pelos diversos tribunais que dialogam sobre as normas de direitos humanos, para o que assume relevância o princípio da subsidiariedade enquanto elemento estrutural do direito internacional (e regional) dos direitos humanos.⁴⁷⁶ Especialmente na harmonização do pluralismo, o princípio da subsidiariedade permite uma dinâmica fluida na interação entre a esfera jurídica nacional e internacional, preservando o pluralismo dos sistemas jurídicos. Esse princípio orienta a deferência ao papel das autoridades locais na promoção e proteção dos direitos humanos, na mesma medida em que determina um processo de supervisão por parte dos órgãos supranacionais, sempre que e na medida em que os Estados falhassem em seu mister.⁴⁷⁷

No presente capítulo, objetiva-se enfrentar a discussão doutrinária acerca da definição e do alcance do princípio da subsidiariedade, a fim de determinar qual o sentido mais adequado para a harmonização do sistema interamericano de direitos humanos, pano de fundo da presente investigação. Para tanto, há que se compreender a dupla dimensão do princípio, negativa e positiva, ambas marcando os diálogos judiciais entre as esferas internacionais e

⁴⁷⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. **Les Forces Imaginantes Du Droit**: Le Pluralisme Ordonné 2. Paris: Seuil, 2006, p. 125.

⁴⁷⁵ *Ibid.*, p. 129.

⁴⁷⁶ CAROZZA, Paolo. **Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law**. Notre Dame Law School. Scholarly Works. Paper 564. 2003. Available at: http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/564. Access in: Feb. 20, 2019.

⁴⁷⁷ DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 71-72.

nacionais a fim de produzir ora espaços de deferência, ora de controle. Dentro do espaço de deferência, ganhará destaque o estudo da margem nacional de apreciação, doutrina desenvolvida jurisprudencialmente pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), a fim de se perscrutar contribuições ao sistema interamericano de direitos humanos. Os espaços de controle serão objeto de estudo do terceiro capítulo, com enfoque direcionado para a atuação da Corte Interamericana.

Analisar a subsidiariedade enquanto princípio distribuidor de competências em um sistema jurídico multinível, bem como sua dimensão negativa são degraus a serem vencidos na construção de uma contribuição científica que visa defender a objetivação dos parâmetros de eventual deferência ou margem a ser deixada para as cortes nacionais integrantes do sistema interamericano. Nesse sentido, propõe-se que o princípio da subsidiariedade se revista de um caráter cooperativo, tal como idealizado por Marisa Iglesias Vila, em que os níveis nacional e regional possam trocar experiências e preservar seus espaços de competência na promoção e proteção dos direitos humanos.⁴⁷⁸ Essa troca argumentativa se materializa na figura de um diálogo judicial cooperativo.

3.1 PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE NOS SISTEMAS MULTINÍVEL DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

O princípio da subsidiariedade assume uma função primordial na distribuição de competências jurisdicionais em um sistema jurídico multinível, como os sistemas regionais de direitos humanos. Ele é moldado por uma dupla dimensão que se pode materializar em um diálogo judicial a favorecer, em um momento, uma maior ingerência por parte das Cortes supranacionais na definição dos *standards* de direitos humanos, em outro, uma deferência que reconheça espaço de discricionariedade aos atores domésticos, voltado à atenção das necessidades mais prementes de seus cidadãos na operacionalidade e efetivação dos direitos humanos. Essa análise exige um retorno à relação entre democracia e direitos humanos, bem como compreender a cooperação que pode se desenhar entre os níveis regional e nacional na definição dos sentidos das normas de direitos humanos.

A incidência prática desse princípio difere nos sistemas europeu e interamericano, o que demanda uma análise comparativa a fim de aquilatar se a doutrina de deferência desenvolvida no primeiro, em especial a margem nacional de apreciação, pode lançar luzes

⁴⁷⁸ IGLESIAS VILA, Marisa. Subsidiariedad y tribunales internacionales de derechos humanos: ¿deferencia hacia los estados o división cooperativa del trabajo? *Revista de la Facultad de Derecho* PUCP, n. 79, p. 191-222, 2017.

para a construção de um modelo de deferência no segundo. Referida análise comparativa tem por objeto a produção doutrinária sobre o tema, sendo que a análise jurisprudencial servirá para ilustrar conceitos e características elaborados pelos estudiosos da matéria. Uma análise da jurisprudência da Corte Interamericana a fim de se propor critérios para a delimitação do espaço de deferência às jurisdições domésticas será objeto do último capítulo da tese. Neste momento, o desenvolvimento da investigação tem índole conceitual, pois busca permitir o reconhecimento do princípio da subsidiariedade enquanto categoria, e mais propriamente, o princípio da subsidiariedade em sentido cooperativo.

3.1.1 O princípio da subsidiariedade no direito internacional dos direitos humanos: entre autonomia democrática e proteção de direitos

O direito internacional dos direitos humanos, enquanto fenômeno jurídico, é manifestamente plural na medida em que lida simultaneamente com normas de tratados internacionais segundo a interpretação que lhes é atribuída por cortes internacionais, regionais e mesmo cortes nacionais. Nos sistemas regionais, como é o caso do interamericano e do europeu, a estrutura multinível⁴⁷⁹ abarca um corpo jurídico imbricado, em que normas regionais, internacionais e constitucionais tutelam direitos humanos em uma linguagem de similitude e complementação. A interação entre os diversos níveis jurisdicionais reclama uma organização de competências capaz de promover, de um lado, a harmonização do pluralismo jurídico em torno da construção dialogada de *standards* comuns em direitos humanos, e, de outro, a preservação desse mesmo pluralismo em face de tendências planificadoras das identidades regionais.⁴⁸⁰

Essa é a tarefa do princípio da subsidiariedade, enquanto ferramenta conceitual e retórica⁴⁸¹, guiando tanto a alocação de competências quanto seu exercício. Se no primeiro caso o princípio da subsidiariedade é importante para a definição do desenho institucional do

⁴⁷⁹ FACHIN, Melina Girardi. À Guisa de Introdução: os sentidos do constitucionalismo multinível”. In: FACHIN, Melina Girardi (org.). **Direito Constitucional Multinível: Diálogos a partir do Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Curitiba: Prismas, 2017, p. 15-28, p. 17.

⁴⁸⁰ DELMAS-MARTY, Mireille. **Les Forces Imaginantes Du Droit: Le Pluralisme Ordonné 2**. Paris: Seuil, 2006.

⁴⁸¹ CAROZZA, Paolo. **Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law**. Notre Dame Law School. Scholarly Works. Paper 564. 2003. Available at: http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/564. Access in: Feb. 20, 2019, p. 40. A distribuição de competências em um ambiente de governança global pode se dar mediante a aplicação de outros institutos, como o comparativo de benefícios, ou até mesmo o princípio de otimização de Pareto. Eles oferecem dificuldades operacionais como a definição do que seria mais útil ou mais benéfico; ou ainda critérios democráticos ou de justiça. JACHTENFUCHS, Markus; KRISCH, Nico. Subsidiarity in Global Governance. **Law & Contemporary Problems**, v. 79, 2016. Available at: <http://ssrn.com/abstract=2672123>. Access in: Feb. 10, 2019, p. 4-5.

sistema regional ou internacional, no segundo, permite apontar para a distribuição de competências em um sistema já configurado.⁴⁸²

Segundo Chantal Millon-Delson, o vocábulo latino *subsidium* significa reserva, uma atuação de segurança essencial que visa cobrir eventual falta.⁴⁸³ A subsidiariedade não autoriza o abuso que implique a usurpação da competência de um ente pelo outro mas, precisamente, uma divisão de tarefas em que o titular da ação subsidiária não substitui a atuação do outro: “*L’autorité supplée aux déficiences d’un acteur. Il s’agit de suppléance aux sens d’ajouter, de compléter, et non au sens de remplacer – comme dans l’expression ‘suppler un absent’*”.⁴⁸⁴ Trata-se de suprir uma necessidade em virtude da omissão da autoridade local, uma omissão que só se caracteriza quando presente o dever de agir. Nessa linha, o princípio da subsidiariedade se coloca em meio à antítese formada pela dimensão da liberdade e autonomia de um lado, e a dimensão da união e solidariedade de outro⁴⁸⁵, o que não implica associação a qualquer modelo de Estado ou regime de governo. A subsidiariedade passa ao largo dessa discussão⁴⁸⁶, pois foca nas atribuições a serem desempenhadas por cada esfera de poder⁴⁸⁷ levando-se em consideração as relações verticais entre instâncias nacionais (Estados) e regionais ou internacionais.⁴⁸⁸

Como se verifica nos diálogos judiciais verticais presentes nos sistemas de direitos humanos, a troca argumentativa se verifica em uma relação de mutualidade que intercala momentos de fala e escuta por parte dos atores jurisdicionais. Haverá momentos em que a Corte supranacional ouve as manifestações internas, inclusive reconhecendo-lhes um espaço discricionário para decidir sobre os direitos humanos em atendimento às expectativas legislativas democráticas manifestadas por canais institucionais domésticos. Em contrapartida, diante de violações de direitos humanos, a Corte pode assumir o comando do

⁴⁸² STADEN, Andreas von. **Democratic Legitimacy of Judicial Review Beyond the State: Normative Subsidiarity and Judicial Standards of Review**. Available at: <http://ssrn.com/abstract=1969442>. Access in: July 23, 2019, p. 13.

⁴⁸³ MILLON-DELSON, Chantal. **L’état subsidiaire**. Ingérence et non-ingérence de l’État: le principe de subsidiarité aux fondements de l’histoire européenne. Paris: Presses Universitaires de France, 1992, p. 6-7.

⁴⁸⁴ *Ibid.*, p. 6.

⁴⁸⁵ Nesse sentido, a concepção de subsidiariedade a qual se filia na presente tese vai além da sua definição como presunção em favor do local, seguida por Jachtenfuchs e Krisch. JACHTENFUCHS, Markus; KRISCH, Nico. Subsidiarity in Global Governance. **Law & Contemporary Problems**, v. 79, 2016. Available at: <http://ssrn.com/abstract=2672123>. Access in: Feb. 10, 2019, p. 6.

⁴⁸⁶ É evidente que ela não teria sentido, contudo, em regimes totalitários ou despóticos, em que a autoridade estatal comanda todas as esferas da vida civil. Mas aplicada aos sistemas jurídicos regionais de direitos humanos, ela passa ao largo da questão na medida em que as autoridades supranacionais não estariam dotadas do poder político próprio de um Estado. MILLON-DELSON, *op. cit.*, p. 8. Aliás, sobre a possibilidade de se pensar soluções jurídicas de matiz constitucional no plano internacional, sem necessariamente apelar à formulação de instituições internacionais como verdadeiros estados, ver HABERMAS, Jürgen. **The Constitutionalization of International Law and the Legitimation Problems of a Constitution for World Society**. *Constellations*, Volume 15, No 4, 2008.

⁴⁸⁷ MILLON-DELSON, *op. cit.*, p. 8.

⁴⁸⁸ A presente tese tem seu foco nas relações verticais supra mencionadas, ainda que o princípio da subsidiariedade possa ser aplicado em relações federativas, intra-estatais, ou mesmo em relações privadas. JACHTENFUCHS; KRISCH, *op. cit.*, p. 6-7.

discurso, orientando ações capazes de proteger direitos e reparar danos. O princípio da subsidiariedade procura estruturar essa relação dialógica.

As origens da ideia de subsidiariedade no plano político podem ser localizadas em campos bem distantes da historiografia ocidental, como a Antiguidade Clássica, em escritos de Platão e Aristóteles⁴⁸⁹; na Modernidade, em teorias sobre o federalismo de Johannes Althusius⁴⁹⁰, e mais recentemente nas contribuições da doutrina social da Igreja⁴⁹¹. Todavia, sua aplicabilidade ao direito internacional dos direitos humanos é essencialmente contemporânea, e tem raiz na ideia central de preservação da autonomia, do pluralismo e da democracia.

Segundo Carroza, a subsidiariedade se fundamenta em um ideal de sociedade em que cada pessoa tem dignidade própria, de modo que todas as formas de agrupamento social, das mais elementares à formação do Estado, deveriam estar a serviço da pessoa humana.⁴⁹² A realização dessa dignidade, contudo, se verifica em sociedade, a partir de uma noção completa de liberdade: não só no sentido negativo de ausência de restrições, mas também positivo de presença de condições materiais para o exercício da dignidade.⁴⁹³

Ao se estender a liberdade e autonomia para satisfação de objetivos próprios a todos os níveis sociais, o princípio da subsidiariedade toma forma para impedir que a instância política superior intervenha em prejuízo dessa liberdade.⁴⁹⁴ Em contrapartida, a ingerência da entidade política e jurídica maior estaria justificada – e até representaria uma responsabilidade – sempre que a comunidade ou os indivíduos não lograssem satisfazer seus objetivos por seus próprios meios. Nessa concepção, aplicada originalmente ao Estado, verifica-se a ambivalência⁴⁹⁵ entre respeitar a autonomia do grupo social local, e prestar assistência sempre que este não lograr, por si mesmo, realizar seus objetivos.⁴⁹⁶

⁴⁸⁹ MILLON-DELSON, Chantal. **L'état subsidiaire**. Ingérence et non-ingérence de l'État: le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne. Paris: Presses Universitaires de France, 1992, p. 25.

⁴⁹⁰ FOLLESDAL, Andreas. **Subsidiarity and the Global Order**. University of Oslo Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series No. 2012-34. Available at: <http://ssrn.com/abstract=2359963>. Access in: July 8, 2019. p. 2; MILLON-DELSON, *op. cit.*, p. 48-50.

⁴⁹¹ *Ibid.*, p. 123-124.

⁴⁹² CAROZZA, Paolo. **Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law**. Notre Dame Law School. Scholarly Works. Paper 564. 2003. Available at: http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/564. Access in: Feb. 20, 2019, p. 42.

⁴⁹³ *Ibid.*, p. 43.

⁴⁹⁴ *Ibid.*, p. 43; MILLON-DELSON, *op. cit.*, *passim*.

⁴⁹⁵ Carozza menciona “paradoxo”. Todavia, entende-se que as duas facetas (ingerência e não ingerência) não têm sentidos conflitantes, mas complementares na medida em que ambas estariam direcionadas para a coordenação dos atos a serem praticados por um Estado que serve a liberdade dos indivíduos e dos grupos enquanto uma liberdade que só será plena se englobar o sentido positivo e negativo: liberdade em face da opressão, e liberdade em face da necessidade. CAROZZA, *op. cit.*, p. 43.

⁴⁹⁶ *Ibid.*, p. 44.

Aplicada aos direitos humanos, essa lógica dual do princípio da subsidiariedade se adapta ao que se exige do Estado em razão dos compromissos internacionais de direitos humanos assumidos a partir de uma guinada paradigmática que modificou o Direito Internacional: do “*state centered approach*” ao “*human rights approach*”.⁴⁹⁷ Se a soberania dos Estados não desapareceu, o novo paradigma jurídico em que se centram suas relações propõe uma concepção instrumental dos atos praticados pelos centros de poder (Executivo, Legislativo e Judiciário), os quais têm por objetivo e limite de atuação a realização dos direitos humanos. Nessa concepção, o princípio da subsidiariedade reconhece a responsabilidade primeira e fundamental dos Estados na promoção e proteção desses direitos, e justifica a atuação complementar dos órgãos internacionais sempre que o eixo central de proteção da dignidade humana, mediante a promoção dos direitos, for violado.

Dessa forma, afasta-se a centralidade dos Estados na aplicação do princípio da subsidiariedade em sistemas jurídicos multinível.⁴⁹⁸ A visão do direito internacional fundada basicamente no consentimento dos Estados não se coaduna com a fundamentação das ordens jurídicas destinadas à proteção dos direitos humanos. Como será demonstrado, o princípio da subsidiariedade não significa a imunidade dos Estados frente a obrigações de proteção e promoção de direitos humanos com base em reservas unilateralmente apostas em tratados internacionais.⁴⁹⁹ Como bem observa Mattias Kumm, a exigência de consentimento dos Estados tem sido progressivamente atenuada na definição das obrigações de respeito aos direitos humanos, obrigações essas que se sujeitam ao controle jurisdicional de órgãos supranacionais, progressivamente mais atuantes e poderosos.⁵⁰⁰

Nessa linha, sem se perder de vista a proteção do pluralismo, a autonomia individual se torna um elemento central para a compreensão da função do princípio da subsidiariedade. Cabe ao Estado não violar os direitos, assim como gerar condições para que cada pessoa se realize em suas potencialidades, livre de carência das condições materiais que comprometem sua dignidade.⁵⁰¹ A subsidiariedade garante ao Estado um espaço de discricionariedade para essa atuação, atinente as suas especificidades culturais e políticas. Na medida em que, de

⁴⁹⁷ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n.19 jan./jun. 2012, p. 67-93, p. 71-72.

⁴⁹⁸ FOLLESDAL, Andreas. The principle of subsidiarity as a constitutional principle in international law. **Global Constitutionalism**, Volume 2, Issue 01, March 2013, Cambridge University Press. p 37-62. Available at: http://journals.cambridge.org/abstract_S2045381712000123. Access in: July 11, 2019, p. 39.

⁴⁹⁹ *Ibid.*, p. 56-57.

⁵⁰⁰ KUMM, Mattias. The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: An Integrated Conception of Public Law. **Indiana Journal of Global Legal Studies**. V. 20, Issue 2, Article 4, 2013, p. 605-628. Available at: <http://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol20/iss2/4>. Access in: June 30, 2019, p. 608; 623.

⁵⁰¹ CAROZZA, Paolo. **Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law**. Notre Dame Law School. Scholarly Works. Paper 564. 2003. Available at: http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/564. Access in: Feb. 20, 2019, p. 49.

diversas formas, lograr proteger e promover a autonomia das pessoas e grupos sob sua jurisdição, estaria dispensada a atuação subsidiária de organismos internacionais.

Para além da proteção da autonomia individual, o princípio da subsidiariedade encontra justificação também na democracia e na sua relação com os direitos humanos. Ao autorizar o monitoramento e a fiscalização das obrigações assumidas pelos Estados com o objetivo de proteger a democracia das instituições internas, o princípio da subsidiariedade reflete a conexão entre essas duas grandezas.⁵⁰² Este relacionamento se dá a partir da ideia de igualdade:

*It is the egalitarian dimension of human rights qua rights of everyone and, conversely, the human rights-constituted nature of basic equality that explains how human rights and equality are mutually constitutive. In turn, because democracy is grounded in equality, having a democratic regime is a requirement of human rights by virtue of the mutuality of constitution between human rights and equality.*⁵⁰³

A legitimação democrática dos direitos humanos se verifica na proposição normativa de que todos os seus destinatários participem no processo de definição e implementação desses direitos na comunidade política, o que igualmente favorece a discussão entre diversas concepções de direitos. Essa participação deve se realizar em condições de igualdade, as quais são garantidas, por sua vez, por direitos humanos (políticos) voltados para a isonomia nos processos deliberativos. Assim, no plano doméstico, os direitos humanos se incorporam e se desenvolvem como direitos nacionais. No plano internacional, esses direitos de igual participação se consolidam em obrigações normativas assumidas pelos Estados e se tornam exigências de igual respeito. Nessa linha, a partir do respeito aos direitos humanos, o plano internacional passa a ser uma garantia da própria democracia interna, da diversidade de propostas e da igualdade de condições para apresentá-las e discuti-las.⁵⁰⁴ Nessa toada, o nível internacional ou supranacional só seria chamado a intervir – de forma complementar, e não concorrente – se os processos democráticos nacionais falhassem e direitos humanos fossem violados.⁵⁰⁵

Essa perspectiva de interação entre democracia e direitos humanos justifica a aplicação do princípio da subsidiariedade no direito internacional dos direitos humanos:

⁵⁰² BESSON, Samantha. Subsidiarity in International Human Rights Law—What is Subsidiary about Human Rights? **The American Journal of Jurisprudence**, v. 61, n. 1, 2016, p. 69–107. Available at: https://pdfs.semanticscholar.org/e653/cf74fde3c23f05f5303d37d70ed2a18d5238.pdf?_ga=2.203510995.271121879.1581110693-1268182152.1581110693. Access in: Jan. 30, 2019, p. 95-96.

⁵⁰³ *Ibid.*, p. 96.

⁵⁰⁴ BESSON, Samantha. Human rights and democracy in a global context: decoupling and recoupling. **Ethics & Global Politics**, v. 4, n. 1, p. 19-50, 2011, p. 33.

⁵⁰⁵ BESSON, *op. cit.*, 2016, p. 95-96.

Where does international human rights law fit into this picture of mutual constitution between democracy and human rights? [...] its role is complementary and minimal, and not redundant to that of domestic human rights law. It protects and entrenches an external and minimal guarantee of both democracy and human rights from outside the democratic polity. International human rights law protects “the right to have human rights” domestically. To that extent, its guarantees are substantively subsidiary to domestic human rights law; the latter is developed and interpreted democratically before it becomes sufficiently transnational to be entrenched as an international standard and to bind domestic human rights law in return.⁵⁰⁶

Nessa seara, resta evidente o compromisso do princípio da subsidiariedade como elemento estrutural do direito internacional dos direitos humanos com a democracia. Em outras palavras, não se pode falar em garantias supranacionais subsidiárias às nacionais se estas derivarem de governos autoritários, sistematicamente discriminatórios ou intolerantes, ou governos irresponsáveis para com as necessidades de seu povo, silentes na promoção das condições materiais de liberdade.⁵⁰⁷ Esse é um ponto fundamental: resguardado o pluralismo, nem toda diversidade pode ser admitida no ambiente dos direitos humanos.

O ambiente democrático pautado pelos direitos humanos é aquele que viabiliza diversas formas legais de promoção e proteção da dignidade humana. Segundo Carozza, a subsidiariedade garante o espaço da diversidade inclusiva, respeitosa dos direitos humanos de todas as pessoas, de modo que as comunidades políticas definam os meios para atingir seus objetivos, observando suas condições materiais e seus costumes desenvolvidos historicamente.⁵⁰⁸

Nessa medida, a atuação jurisdicional supranacional significaria uma garantia da igualdade no gozo e na titularidade dos direitos humanos no plano nacional, por meio da competente *judicial review*. Ela não incorpora as tensões inerentes à proteção dos direitos humanos e as deliberações democráticas que se verificam no *judicial review* doméstico, o qual, como tributário da separação dos poderes, foi criado por democracias constitucionais a fim de pautar a coexistência entre democracia e direitos humanos a partir da igualdade.⁵⁰⁹ A *judicial review* internacional ou supranacional é complementar à doméstica, só se verificando em segundo plano, como será exposto na caracterização da subsidiariedade procedimental.

⁵⁰⁶ BESSON, Samantha. Subsidiarity in International Human Rights Law—What is Subsidiary about Human Rights? **The American Journal of Jurisprudence**, v. 61, n. 1, 2016, p. 69–107. Available at: https://pdfs.semanticscholar.org/e653/cf74fde3c23f05f5303d37d70ed2a18d5238.pdf?_ga=2.203510995.271121879.1581110693-1268182152.1581110693. Access in: Jan. 30, 2019, p. 96-97.

⁵⁰⁷ CAROZZA, Paolo. **Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law**. Notre Dame Law School. Scholarly Works. Paper 564. 2003. Available at: http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/564. Access in: Feb. 20, 2019, p. 49.

⁵⁰⁸ *Ibid.*, p. 45.

⁵⁰⁹ BESSON, *op. cit.*, p. 97.

Em suma, o princípio da subsidiariedade determina que o Estado, enquanto comunidade política organizada, tenha um espaço de discricionariedade para realizar seus compromissos internacionais com a proteção e promoção dos direitos humanos, por seus próprios meios. Mais além, o próprio âmbito de proteção das normas de direitos humanos poderá ter seu alcance orientado por leis ou sentenças judiciais internas em conformidade com particularidades locais, que respeitem a diversidade de cada grupo social e político. Todavia, na medida em que suas ações ou omissões implicarem violações a direitos humanos, legitima-se o “*subsidium*” proveniente dos níveis supranacionais, visando indicar coordenadas para a restauração ou mesmo para a criação das medidas necessárias à proteção desses direitos. Como assinala Carroza:

When we apply that idea not just to international order generally, but specifically to international human rights, the broad formulation of the principle is relatively straightforward. Subsidiarity requires, first, that local communities be left to protect and respect the human dignity and freedom represented by the idea of human rights whenever they are able to achieve those ends on their own; in many cases, this aspect of subsidiarity will result in a degree of discretion over the interpretation and implementation of rights like that seen in the case law of the European Court of Justice. Second, subsidiarity supports the integration of local and supranational interpretation and implementation into a single community of discourse with respect to the common good that the idea of human rights represents. And third, to the extent that local bodies cannot accomplish the ends of human rights without assistance, the larger communities of international society have a responsibility to intervene. Insofar as possible, however, the subsidium of the larger community should be oriented toward helping the smaller one achieve its goal without supplanting or usurping the latter society's freedom to pursue its own legitimate purposes.⁵¹⁰

Dessa forma, aplicado às relações internacionais de direitos humanos o princípio da subsidiariedade estrutura as relações entre os diferentes níveis, estabelecendo suas competências, não necessariamente em esferas estanques, mas em círculos concêntricos cujo núcleo orientador seria precisamente um compromisso material com a realização dos direitos humanos.⁵¹¹ Não se trata de proteção da soberania.⁵¹² Os Estados, cientes de seus próprios desafios e igualmente ciosos da autonomia para eleição dos meios para realizar seus objetivos, se abriram para a esfera internacional mediante os compromissos firmados em tratados internacionais de direitos humanos, admitindo assim a complementação de suas ações por

⁵¹⁰ CAROZZA, Paolo. **Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law**. Notre Dame Law School. Scholarly Works. Paper 564. 2003. Available at: http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/564. Access in: Feb. 20, 2019, p. 58.

⁵¹¹ Enquanto princípio estruturador do direito internacional dos direitos humanos, a subsidiariedade tem como sujeitos exclusivamente os Estados e os órgãos supranacionais de monitoramento e jurisdição sobre as normas convencionais. BESSON, Samantha. Subsidiarity in International Human Rights Law—What is Subsidiary about Human Rights? **The American Journal of Jurisprudence**, v. 61, n. 1, 2016, p. 69–107. Available at: https://pdfs.semanticscholar.org/e653/cf74fde3c23f05f5303d37d70ed2a18d5238.pdf?_ga=2.203510995.271121879.1581110693-1268182152.1581110693. Access in: Jan. 30, 2019, p. 89.

⁵¹² Vide seção 2.1, primeiro capítulo.

determinações supranacionais. Não se trata de uma ingerência autoritária ou arbitrária, mas de abertura para espaços de cooperação voltados para a promoção dos direitos humanos.

No plano dos diálogos judiciais, essa cooperação se mostra ainda mais evidente, como será exposto na seção 3.3.1, tendo em vista que jurisdição nacional e supranacional colhem argumentações produzidas para além de suas fronteiras, a fim de incorporá-las em suas decisões. No sistema interamericano, este diálogo coevolutivo se torna um diálogo cooperativo, em que a jurisprudência supranacional pode orientar interpretações nacionais e, em contrapartida, também colher posições nacionais a fim de gerar *standards*.

3.1.2 O princípio da subsidiariedade no sistema europeu e interamericano de direitos humanos

Os sistemas regionais de direitos humanos foram criados em momentos diferentes. Inicialmente surgiu o sistema europeu, a partir da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos, aprovada em 1950, para num segundo momento desenvolver-se o interamericano, a partir da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aprovada em 1969. Em muito o interamericano se espelhou no europeu, mas, progressivamente, em virtude das particularidades do contexto latino-americano, desenvolveu uma identidade própria que orientou a forma de aplicação do princípio da subsidiariedade.

Esses sistemas guardam semelhanças entre si não por serem derivações de um sistema global, mas porque foram construídos a partir das particularidades contextuais de cada região e se apoiaram no intercâmbio de ideias entre seus atores para a partir de erros e acertos identificar o melhor *design* institucional para cada grupo. Esses sistemas se submeteram às propostas universais do sistema global que em alguma medida constrange para a unificação. Todavia, a partir desse “*script*” geral de direitos humanos universais, eles promovem constantemente adaptações que se encaixam na realidade social e política de suas regiões. Assim, existem pontos de encontro e desencontro nas suas atuações dinâmicas.⁵¹³ Se o sistema europeu parece ter desenvolvido mais intensamente o sentido negativo da subsidiariedade, ligado à ideia de deferência, o interamericano tem se mostrado menos deferente e mais controlador.

Tendo sido o primeiro a ganhar forma na história do direito internacional dos direitos humanos, o sistema europeu de proteção aos direitos humanos precisou enfrentar a alocação

⁵¹³ HUNEEUS, Alexandra; MADSEN, Mikael Rask. Between universalism and regional law and politics: A comparative history of the American, European, and African human rights systems. *I-CON*, v. 16, n. 1, 136–160, 2018, p. 138.

de competências e autoridade pública entre os níveis nacional e regional nos casos de disputa de sentido ou mesmo de implementação das normas convencionais de direitos humanos.

O espaço jurisdicional europeu sempre foi delineado pela tensão entre aspirações em torno de projetos comuns (notadamente evitar que novos conflitos armados assolassem os povos europeus) e proteção das particularidades nacionais. O próprio sistema de direitos humanos se estrutura sobre a tentativa de equilíbrio entre a integridade da Europa (ultrapassando a noção de um território ou de um povo, para constituir um ideal) e a autonomia, a identidade e a diversidade das partes que a compõem.⁵¹⁴ Importante salientar, contudo, que o ideal europeu que se formou como produto do contexto de Guerra Fria era essencialmente liberal e de oposição ao socialismo, e as particularidades que pretendia acomodar eram aquelas que identificavam as diversas nações europeias recém egressas da II Guerra Mundial, e ainda marcadas por fortes doses de nacionalismo.⁵¹⁵ O princípio da subsidiariedade materializa precisamente essa tensão.⁵¹⁶

Se num primeiro momento a atuação do Tribunal Europeu foi marcada por uma maior deferência em favor do delineamento normativo dos direitos pelos Estados, a jurisprudência recente tem demonstrado uma preocupação crescente com a proporcionalidade de restrições criadas pelo direito interno. Christina Binder observou que, no início, o TEDH desempenhava uma atuação no estilo “branco ou preto”: identificava o núcleo normativo do direito a fim de proteger sua essencialidade, e permitia maior discricionariedade aos Estados a partir desse núcleo essencial. Exemplo dessa prática se verifica no caso *Mathieu-Mohin e Clerfyt vs. Bélgica*, de 1987, em que o Tribunal não identificou uma violação aos direitos políticos em razão de o Conselho Flamengo exigir que o juramento dos eleitos fosse feito em Dutsch, idioma local, em prejuízo, portanto, dos franceses.⁵¹⁷ A subsidiariedade em sua dimensão negativa pautou a atuação do TEDH, que reconheceu aos Estados uma larga margem de apreciação.

⁵¹⁴ Vale lembrar que há uma diversidade de sistemas jurídicos também, pois se Estados como Alemanha, França, Itália se estruturam a partir da *civil law*, outros como a Irlanda e o Reino Unido se filiam à *common law*. DJEFFAL, Christian. Dynamic and Evolutive Interpretation of the ECHR by Domestic Courts? An Inquiry into the Judicial Architecture of Europe. In: AUST, Helmut Phillip; NOLTE, Georg (ed.). **The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence**. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 175-197, p 180-181.

⁵¹⁵ HUNEEUS, Alexandra; MADSEN, Mikael Rask. Between universalism and regional law and politics: A comparative history of the American, European, and African human rights systems. **I-CON**, v. 16, n. 1, 136–160, 2018, p. 141.

⁵¹⁶ CAROZZA, Paolo. **Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law**. Notre Dame Law School. Scholarly Works. Paper 564. 2003. Available at: http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/564. Access in: Feb. 20, 2019, p. 53 *et. seq.*

⁵¹⁷ BINDER, Christina. Diversity and political rights in the jurisprudence of the European Court of Human Rights. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; MORALES-ANTONIAZZI, Mariela. **Estudos avançados de Direitos Humanos: Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo Direito Público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 507-520, p. 511-513.

Contudo, a partir da década de 2000, a jurisprudência da Corte tem se pautado pelo princípio da proporcionalidade para verificar a violação de direitos humanos. Entram na equação o direito humano supostamente violado e o interesse público contraposto. Essa análise, não mais no “preto e branco”, mas em “tons de cinza”, de um lado preserva a diversidade e o pluralismo tão caros aos europeus e de outro confere aos direitos uma proteção mais efetiva. Nesses casos, o contexto histórico, econômico e social de cada Estado assume um papel relevante, como se verificou no caso *Zdanoka vs. Letônia*, de 2006, em que se admitiu restrição à candidatura de pessoas pertencentes ao partido comunista em razão do legado deixado pela ocupação russa/soviética havida por décadas naquele país.⁵¹⁸

Essas duas modalidades de atuação se coadunam com uma particularidade do sistema europeu que também se verifica no interamericano: uma estrutura pluralista marcada pela heterarquia e pelo pluralismo, em que o papel da Convenção Europeia de Direitos Humanos e a influência do Tribunal Europeu variam de Estado para Estado, a depender do grau de abertura dos sistemas jurídicos internos.⁵¹⁹

O relacionamento entre a Corte Constitucional Federal da Alemanha e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos evidencia bem a dinâmica da subsidiariedade na alocação de poder no sistema europeu de direitos humanos. Emblemático foi o caso que tocou o conflito entre o direito à privacidade invocado pela princesa Caroline de Mônaco e a liberdade de expressão alegada pela imprensa marrom que a expôs em atividades consideradas privadas. Na sentença proferida em 2004 (*von Hannover vs. Alemanha 1*) o TEDH foi incisivo ao condenar o Estado entendendo como insuficiente a proteção à privacidade da vítima, por ter autorizado as publicações sob o argumento de que a princesa seria uma “figura pública da sociedade contemporânea”. Referida sentença desencadeou profundas críticas nos meios jurídicos alemães, inclusive influenciando sentença proferida pela Corte Constitucional em que ela rechaçou a necessidade de acatar os *standards* do TEDH, embora estivesse disposta a considerá-los em sua fundamentação. Em nova oportunidade ocorrida em 2012 envolvendo novamente a princesa Caroline de Mônaco e a Alemanha (*von Hannover vs. Alemanha 2*), o

⁵¹⁸ BINDER, Christina. Diversity and political rights in the jurisprudence of the European Court of Human Rights. *In*: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; MORALES-ANTONIAZZI, Mariela. **Estudos avançados de Direitos Humanos: Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo Direito Público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 507-520, p. 515-518.

⁵¹⁹ KRISCH, Nico. The open architecture of European Human Rights Law. **Law, Society and Economics Working Papers** 11/2007. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1018991. Access in: Ago. 31, 2019, p. 6.

TEDH reconheceu maior margem de apreciação às cortes nacionais na medida em que elas decidiram o conflito de direitos com base na jurisprudência regional.⁵²⁰

A partir desses casos pode-se verificar que o princípio da subsidiariedade orienta uma atuação coordenada dos dois níveis jurisdicionais: a um, na interpretação dos direitos fundamentais inscritos na constituição alemã os juízes nacionais devem levar em consideração o nível regional, ainda que sem acatar automaticamente sua posição; a dois, também podem interpretar, segundo o seu contexto normativo, as normas da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos.⁵²¹ Em análise do sistema espanhol e francês, Krisch observa que as cortes constitucionais costumam clamar pela autoridade final na tratativa dos direitos humanos presentes em suas constituições, inclusive se sobrepondo a interpretações do Tribunal Europeu. Contudo, não se trata propriamente de uma relação conflituosa, mas efetivamente harmônica, já que no dia-a-dia dos julgados, os conflitos entre os níveis jurisdicionais são raros.⁵²² Como bem colocou Djefal sobre a integração dos sistemas jurídicos na Europa, “*it is like merging different buildings that have been built separately but were then united to a common structure*”.⁵²³

Diante dessa diversidade, a Convenção Europeia autoriza a presunção muitas vezes aplicada pelo TEDH de que os sistemas jurídicos domésticos seriam mais eficazes na proteção dos direitos humanos, cabendo a ela definir apenas os *standards* mínimos de proteção.⁵²⁴ Essa premissa está calcada no princípio da subsidiariedade.

O sistema jurídico interamericano foi idealizado a espelho de seu primo europeu. Mas, diferentemente daquele, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos já prevê, em seu preâmbulo, que a atuação do sistema interamericano é “complementar” em relação à estatal, o que expressa o princípio da subsidiariedade.⁵²⁵

O ponto é que a realidade social, política e econômica do continente Latino-Americano acabou por impingir tintas bem características ao seu sistema regional. Se o sistema europeu nasceu da preocupação em estabelecer padrões mínimos de direitos humanos

⁵²⁰ GROTE, Rainer. Las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso Hannover contra Alemania y el diálogo permanente entre esta Corte y los Tribunales Alemanes en los casos de conflictos entre libertad de prensa y derecho a la privacidad. *In*: BOGDANDY, Armin von; MORALES-ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia (coord). *Ius Constitutionale Commune na América Latina*. V. III. **Diálogos Jurisdicionais e Controle de Convencionalidade**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 189-200, p. 190-194.

⁵²¹ DJEFFAL, Christian. Dynamic and Evolutive Interpretation of the ECHR by Domestic Courts? An Inquiry into the Judicial Architecture of Europe. *In*: AUST, Helmut Phillip; NOLTE, Georg (ed.). **The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence**. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 175-197, p. 180.

⁵²² KRISCH, Nico. The Open Architecture of European Human Rights Law. **Law, Society, Economy Working Papers** 11/2007. Available at: www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps.htm. Access in: Feb. 24, 2019, p. 15.

⁵²³ DJEFFAL, *op. cit.*, p. 197.

⁵²⁴ *Ibid.*, p. 189.

⁵²⁵ Na próxima seção o sentido normativo da subsidiariedade será devidamente analisado.

respeitando as particularidades locais, o interamericano já na entrada em vigor da jurisdição supranacional precisou enfrentar uma onda de ditaduras civis-militares que assolaram diversos Estados Latino-Americanos. Tanto a Comissão Interamericana quanto a Corte⁵²⁶ amadureceram sua atuação a partir de uma premissa original de ingerência⁵²⁷ em franca desconfiança da idoneidade dos Estados como promotores ou protetores das normas de direitos humanos. Essa posição se verificou em diversos casos de graves violações de direitos humanos ocorridas durante o período em que os regimes autoritários perseguiram de forma violenta seus dissidentes,⁵²⁸ assim como durante conflitos armados que se instalaram na segunda metade do século XX, surtindo efeitos até os dias atuais.⁵²⁹

Deduz-se, por exemplo, do voto apartado do então juiz presidente da Corte Interamericana Antônio Augusto Cançado Trindade no caso *Barrios Altos vs. Peru* que o foco do sistema supranacional se dirigia à realização da justiça, ultrapassando para tanto medidas que poderiam inclusive se revestir de aspectos legais, como as leis de autoanistia, mas que impediam a persecução penal e a responsabilização do Estado por graves violações a direitos humanos ocorridas durante os regimes ditatoriais. Cançado Trindade enfatizou que a negação de validade jurídica às leis de autoanistia pela Corte implicaria *“un nuevo y gran salto cualitativo en su jurisprudencia, en el sentido de buscar superar un obstáculo que los órganos internacionales de supervisión de los derechos humanos todavía no han logrado transponer: la impunidad”*.⁵³⁰

Se os magistrados da Corte IDH defendem que ela não deve se mostrar deferente quando Cortes Constitucionais chancelam graves violações de direitos humanos, em outras oportunidades o princípio da subsidiariedade em sua dimensão negativa pode se manifestar. Com o aumento da complexidade jurídica, política e social na América Latina, especialmente a partir da consolidação da democracia, é possível verificar que a Corte vem sendo chamada a

⁵²⁶ Vale destacar que enquanto a Corte Interamericana depende de expressa adesão dos Estados-membros para que sua jurisdição alcance violações a direitos humanos decorrentes de ação ou omissão de seus agentes (art. 62, CADH), a Comissão foi criada pela Carta da Organização dos Estados Americanos, alcançando os 35 Estados que compõem a OEA mediante o exercício das competências desenhadas pela Convenção Americana.

⁵²⁷ GARGARELLA, Roberto. Tribunales Internacionales y Democracia: Enfoques deferentes o de interferencia. **Revista Latinoamericana de Derecho Internacional**, n. 4, 30 mayo 2016. Disponible en: <http://www.revistaladi.com.ar/ladi/numero-4/>. Acceso en: 25 jun. 2019.

⁵²⁸ CONTESSE, Jorge. Contestation and Deference in the Inter-American Human Rights System. **Law and Contemporary Problems**, v. 79, n. 2, p. 123-145, 2016, p. 127.

⁵²⁹ Especialmente na Colômbia e no Peru, nas décadas de 60 a 80, o Estado aparelhou a sociedade civil com armas e treinamento militar a fim de fazer frente a medidas terroristas praticadas por grupos armados como as FARC, ou o Partido Comunista do Peru – Sendero Luminoso, formando os grupos de “autodefesa”. Os propósitos desses grupos civis rapidamente se desvirtuaram levando estes países a conflitos armados duradouros e sangrentos, em prejuízo de toda a sociedade. BURGORGUE-LARSEN, Laurence; ÚBEDA DE TORRES, Amaya. La “guerra” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Anuario Colombiano de Derecho Internacional**. Bogotá, v. 3 Especial, p. 117-153, 2010, p. 124.

⁵³⁰ CORTE IDH. **Caso Barrios Altos vs. Perú**. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C-75. Voto del Juez Cançado Trindade, párrafo 4.

decidir outros tipos de casos, em que os padrões culturais divergentes assumem um papel importante.

No caso da Opinião Consultiva n. 4/84, a Corte IDH foi provocada pela Costa Rica para verificar a compatibilidade de uma proposta de emenda constitucional, reguladora do processo de naturalização, que privilegiava estrangeiros com identidade cultural, histórica ou espiritual com o país, com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Afirmando seu papel subsidiário, a Corte IDH reconheceu que o Estado teria margem de apreciação⁵³¹ para regular os processos de naturalização, de modo que as restrições propostas seriam razoáveis e proporcionais se analisadas a partir dos valores legítimos do povo costaricense.

Em outra oportunidade, no julgamento do caso *Castañeda Gutman vs. México*⁵³², a Corte IDH reconheceu a autonomia do Estado para regular direitos políticos, e inclusive proibir constitucionalmente as candidaturas avulsas (sem filiação partidária). Em razão do silêncio da Convenção Americana sobre o tema, poderiam os Estados deliberar internamente sobre as condições de elegibilidade, segundo características históricas e sociais do processo político interno.⁵³³

Percebe-se que, ainda que o sistema interamericano tenha adotado, desde os primeiros julgados julgados, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1988), *Godínez Cruz vs. Honduras* (1989) e *Fairén Arbi e Solís Corrales vs. Honduras* (1989), uma atuação firme no combate ao desaparecimento forçado, à tortura e às execuções sumárias praticadas nos contextos dos regimes autoritários, existem brechas para se abrir um espaço de autonomia para as particularidades dos Estados, em algumas mostras (poucas, é verdade) de abertura ao pluralismo jurídico.

As particularidades com que se manifesta o princípio da subsidiariedade em cada sistema regional poderão ser melhor evidenciadas a partir da análise das dimensões positiva e negativa, bem como suas manifestações em sentido procedimental, substancial e remedial.

⁵³¹ Essa foi uma das poucas vezes em que a Corte IDH fez uso do termo. Estas situações em que a Corte IDH se reconheceu como subsidiária em relação aos sistemas jurídicos nacionais serão exploradas no quarto capítulo. CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984**. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Serie A No. 4, párrafos 58 e 62.

⁵³² Vide seção 5.2.1.1, no quarto capítulo.

⁵³³ OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. Diálogos judiciais sobre direitos humanos no *Ius Constitutionale Commune Latino-Americano*. In: VILLATORE, Marco Antônio César; MATTOS, Marília Sores de; FERRAZ, Miriam Olivia Knopik (Org.) **Ensaio sobre Violação de Direitos Humanos: Análise Jurídica da Proteção no Ordenamento Jurídico**. Porto Alegre: Fi, 2019, p. 415-433, p. 423-424.

3.2 A CONFIGURAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE: DIMENSÕES E SENTIDOS

O princípio da subsidiariedade se apresenta por meio de duas dimensões paralelas e simultâneas: uma positiva e uma negativa. Enquanto a negativa implica que o nível regional ou internacional não deve intervir na definição e aplicação das normas de direitos humanos pelos Estados, quando estes cumprem bem o seu papel, a positiva sugere a atuação dos órgãos regionais ou internacionais diante da insuficiência da atuação estatal.⁵³⁴ Foi nesse sentido que Yota Negishi observou a coexistência da dimensão negativa do princípio da subsidiariedade (“*limiting the competence of higher entities in favor of lower ones*”) com a dimensão positiva (“*permitting the higher authorities to interfere with the lower authority*”).⁵³⁵ Essas duas dimensões não se excluem portanto, mas cooperam entre si criando uma relação de interdependência entre a ordem doméstica e a ordem internacional ou regional, em que elas mutuamente se validam e legitimam.⁵³⁶

No caso dos sistemas regionais de direitos humanos diversos fatores importam para que a subsidiariedade aponte para o lado negativo, de prevalência das concepções domésticas, ou para o lado positivo, a exigir algum controle ou ingerência dos organismos regionais. Questões como pluralismo e diversidade na definição da pauta de direitos humanos, legitimidade democrática dos governos locais, independência dos órgãos jurisdicionais domésticos e supranacionais, proteção de grupos minoritários ou vulneráveis, proteção de núcleos essenciais da ideia de direitos humanos (como o combate à violência e à opressão), poderão influenciar no resultado da alocação de autoridade pública.⁵³⁷ A eficiência na proteção dos direitos parece ser o critério mais invocado para essa análise, ainda que não seja definitiva na distribuição de competências quando se evidenciam meios estatais eficientes que

⁵³⁴ CAROZZA, Paolo. **Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law**. Notre Dame Law School. Scholarly Works. Paper 564. 2003. Available at: http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/564. Access in: Feb. 20, 2019, p. 58. Ao lado dessa dupla dimensão, Carozza aponta para uma terceira de caráter integrativo, pois na medida em que interação Estados e órgãos supranacionais para o objetivo comum de realizar e proteger os direitos humanos, acabam por gerar um processo de integração. Essa dimensão é a que abre espaço para se questionar a proximidade entre subsidiariedade e complementariedade, o que é fundamental para o fomento dos diálogos judiciais e será objeto de análise mais adiante neste capítulo.

⁵³⁵ NEGISHI, Yota. The subsidiarity principle’s role in allocating competences between human rights courts and states parties: the hybrid model of centralized and diffused conventionality control of domestic law. In: BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Ius Constitutionale Commune na América Latina**. Vol. III. Diálogos Jurisdicionais e Controle de Convencionalidade. Curitiba: Juruá, 2016, p. 125-160, p. 126.

⁵³⁶ BESSON, Samantha. Subsidiarity in International Human Rights Law—What is Subsidiary about Human Rights? **The American Journal of Jurisprudence**, v. 61, n. 1, 2016, p. 69–107. Available at: https://pdfs.semanticscholar.org/e653/cf74fde3c23f05f5303d37d70ed2a18d5238.pdf?_ga=2.203510995.271121879.1581110693-1268182152.1581110693. Access in: Jan. 30, 2019, p. 77.

⁵³⁷ JACHTENFUCHS, Markus; KRISCH, Nico. Subsidiarity in Global Governance. **Law & Contemporary Problems**, v. 79, 2016. Available at: <http://ssrn.com/abstract=2672123>. Access in: Feb. 10, 2019, p. 22.

interpretam as normas de direitos humanos diferentemente da jurisprudência regional ou internacional. A questão é que as dimensões negativa e positiva da subsidiariedade podem interagir em equações que devem estar pautadas sempre para soluções eficazes na proteção desses direitos.

Nesse diapasão, reconhecer que os sistemas jurídicos regionais de proteção dos direitos humanos se pautam pelo princípio da subsidiariedade implica atribuir aos Estados a responsabilidade primária pela proteção desses direitos⁵³⁸, devendo os organismos regionais entrar em ação tão somente quando os recursos despendidos pelo Estado não lograrem prevenir ou remediar violações a direitos humanos.

Poder-se-ia questionar se essa dimensão negativa do princípio da subsidiariedade implicaria um direito para os Estados: um espaço de imunidade dentro do qual não poderiam ser atingidos pela ingerência regional. Essa foi a pretensão manifestada por Argentina, Brasil, Colômbia, Chile e Paraguai em Declaração dirigida ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, de abril de 2019. Em um documento que foi pouquíssimo divulgado nos espaços públicos domésticos de discussão, representando a posição unilateral dos Executivos desses Estados, buscavam uma maior espaço de autonomia e o reconhecimento de que não estariam sujeitos à ingerência internacional se estivessem adotando meios internos para tratar de alegada violação de direitos humanos.⁵³⁹ Essa Declaração ressalta, entre outras, a pretensão de converter a incumbência convencionalmente assumida pelos Estados de solucionar as violações de direitos humanos em uma prerrogativa, mais precisamente uma blindagem frente aos órgãos regionais.⁵⁴⁰ Essa posição precisa ser analisada com cuidado.

⁵³⁸ ROA ROA, José Ernesto. La protección de los derechos políticos frente a las funciones disciplinarias de las autoridades administrativas: subsidiariedad y deferencia en el sistema interamericano de derechos humanos. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, no 2, 2018, p. 800-823, p. 808.

⁵³⁹ É o que se depreende da previsão número um da referida Declaração: “1. *Subrayan que el principio de subsidiariedad, que da sustento a los presupuestos jurídicos de admisibilidad de una petición, tiene una doble dimensión. Por un lado, supone que el Estado concernido tiene la obligación de investigar toda violación a la Convención que acontezca en su territorio, y, por el otro, que dicho Estado tiene el derecho de que su propio sistema jurisdiccional resuelva la situación antes de verse sometido a una instancia internacional.*” ARGENTINA, BRASIL, COLOMBIA, CHILE, PARAGUAY. Declaración sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. 2 abril 2019. Considerando n. 4. In: **ALDHU**. Declaración del Parlamento del Mercosur a los Presidentes de Argentina, Brasil y Paraguay acerca de la Petición Presentada ante la CIDH el 11 de Abril de 2019. Montevideo, 23 abril 2019. Disponible en: <https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/file/16747/1/mep-166-2019.pdf>. Acceso en: 20 nov. 2019.

⁵⁴⁰ Andreas von Staden defende que a exaustão dos meios internos para solução de violação de direitos humanos constitui de fato um direito dos Estados. STADEN, Andreas von. **Democratic Legitimacy of Judicial Review Beyond the State: Normative Subsidiarity and Judicial Standards of Review**. Available at: <http://ssrn.com/abstract=1969442>. Access in: July 23, 2019, p. 15. Entendo que se este direito significar uma esfera de atuação dos Estados livre de supervisão regional, em virtude do próprio objetivo do sistema que é alcançar a melhor efetividade possível dos direitos humanos, essa concepção poderia ser repensada.

Ao assumirem compromissos perante a comunidade internacional de implementar as normas de direitos humanos em seu território, os Estados se abrem a uma constante fiscalização perpetrada não só por organismos internacionais ou regionais, mas também por seus próprios pares, outros Estados aderentes desses mesmos compromissos. Nessa seara, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, por exemplo, reconhece em seu artigo 1º que os Estados devem adotar os mecanismos internos necessários à satisfação dos compromissos assumidos. Paralelamente, o artigo 44 da Convenção prevê a possibilidade de a vítima de uma violação de direitos humanos apresentar uma denúncia junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, podendo também outros Estados-parte denunciar um Estado integrante do sistema através das comunicações interestatais (artigo 45, CADH). A denúncia pode inclusive abarcar a forma como o Estado procedeu para tratar da violação do direito, se seus recursos internos foram efetivos bem como se respeitaram os padrões regionais mínimos do devido processo legal, os quais devem pautar toda atuação Estatal. Para além de definir espaços estanques de atuação, o princípio da subsidiariedade trata de “responsabilidades compartilhadas”.⁵⁴¹

No sistema europeu, a dimensão negativa da subsidiariedade pelo TEDH se revela na concepção de que o sistema se presta à fixação de padrões mínimos de proteção dos direitos humanos, e não à elaboração de um código unificador de direitos. A justificativa para uma atuação subsidiária do TEDH, fundamentalmente preocupado com a diversidade, surge precisamente na afirmação de que as jurisdições ou autoridades estatais estão melhor posicionadas que uma corte internacional para avaliar as necessidades e condições locais de realização dos direitos humanos.⁵⁴² O compromisso dessa corte supranacional de verificar o engajamento dos Estados aos compromissos convencionais vem precisamente no sentido de preservação dos espaços domésticos de autonomia, necessários à proteção das diferenças que constituem os sistemas jurídicos de cada sociedade, em cada Estado.⁵⁴³ Ademais, essa postura do TEDH não é estática, mas adapta-se à norma convencional em questão – se o direito humano violado é de caráter absoluto, como a proibição de tortura, ou admite restrições, como a liberdade de culto. Nesse âmbito variável, o TEDH tem seu espaço substancial de controle,

⁵⁴¹ BESSON, Samantha. Subsidiarity in International Human Rights Law—What is Subsidiary about Human Rights? *The American Journal of Jurisprudence*, v. 61, n. 1, 2016, p. 69–107. Available at: https://pdfs.semanticscholar.org/e653/cf74fde3c23f05f5303d37d70ed2a18d5238.pdf?_ga=2.203510995.271121879.1581110693-1268182152.1581110693. Access in: Jan. 30, 2019, p. 72.

⁵⁴² *Ibid.*, p. 95; SAUVÉ, Jean-Marc. **Subsidiarity**: a two-sided coin? The role of the national authorities. Seminar organised by the European Court of Human Rights. Strasbourg, Friday 30 January 2015. Available at: https://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20150130_Seminar_JMSauvé_ENG.pdf. Access in: Feb. 20, 2019, p. 2.

⁵⁴³ SPANO, Robert. Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity. *Human Rights Law Review*, 2014, 14, 487–502. Downloaded from <https://academic.oup.com/hrlr/article-abstract/14/3/487/644292> by Max-Planck-Institute for medical research user on 28 January 2019, p. 493.

próprio de um *judicial review*, a fim de declarar se um Estado violou ou não a norma convencional.⁵⁴⁴ Significa reconhecer, portanto, que a subsidiariedade não implica a preferência automática do nível local sobre o nível regional, mas exige a cooperação entre estes dois níveis, que dialogam e convivem.⁵⁴⁵

Nesse espaço de controle, a proporcionalidade se revela como um elemento direcionador da subsidiariedade, aplicando-se ao exame de medidas estatais restritivas de direitos humanos previstos na convenção, restrições essas que podem ser consideradas válidas se necessárias em uma sociedade democrática.⁵⁴⁶ Como se verificou no caso *Animal Defenders vs. Reino Unido*, o TEDH reputou válidas as restrições legais à propaganda política paga em seu veículo de comunicação pois teriam sido analisadas pela jurisdição doméstica à luz da própria Convenção Europeia de Direitos Humanos. Esse caso evidenciou que os limites da aplicação do princípio da subsidiariedade em sua dimensão negativa são definidos em grande medida pela qualidade (democrática e argumentativa) das construções legislativas e provisões jurisdicionais domésticas. Esse sentido representa uma apreciação qualitativa e democraticamente orientada (“*qualitative, democracy-enhancing approach*”) do princípio da subsidiariedade, o qual fornece parâmetros objetivos para a atuação do TEDH.⁵⁴⁷

Nesse panorama em que o princípio da subsidiariedade opera a dualidade manifestada pela deferência e pelo controle, Besson elaborou providencial classificação entre subsidiariedade procedimental, substancial e remedial. Cada categoria oferece nuances que merecem ser exploradas, especialmente se se pretende aquilatar critérios para a identificação de espaços de “fala” e de “escuta” nos diálogos judiciais mantidos no sistema interamericano.

Para percorrer cada categoria, será necessário abordar comparativamente o princípio da subsidiariedade no âmbito europeu e interamericano.

3.2.1 Princípio da subsidiariedade em sentido procedimental

A autonomia de cada Estado na definição do âmbito das normas aplicáveis ou condução de processos destinados à investigação e punição de violações de direitos humanos deve ser valorizada. Os Estados estão na linha de frente na proteção e garantia dos direitos humanos. Essa condição permite identificar uma dimensão procedimental do princípio da

⁵⁴⁴ *Ibid.*, p. 494.

⁵⁴⁵ SAUVÉ, *op. cit.*, p. 4.

⁵⁴⁶ O tema será explorado na seção 3.4.1.1 deste capítulo.

⁵⁴⁷ SPANO, Robert. *Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity*. **Human Rights Law Review**, 2014, 14, 487–502. Available at: <https://academic.oup.com/hrlr/article-abstract/14/3/487/644292>. Access in: Jan. 28, 2019, p. 497-498.

subsidiariedade, de caráter eminentemente negativo. Para que um órgão internacional ou regional tenha competência para revisar atos praticados pelo Estado, é premente que ele tenha tido oportunidade de ver esgotados os seus mecanismos internos para solução do caso.⁵⁴⁸ Instituições domésticas como polícia, órgãos jurisdicionais, procuradorias e *ombudsman* devem ter a oportunidade de atuar a fim de prevenir ou punir violações de direitos humanos antes que se possa atribuir ao Estado responsabilidade internacional pela falha no cumprimento de seus compromissos.⁵⁴⁹

No sistema europeu de direitos humanos, a subsidiariedade procedimental foi objeto do Protocolo n. 14, cujo artigo 12 precisamente reforça a subsidiariedade procedimental para lhe dar um contorno mais específico: a demanda de violação de direitos humanos previstos na Convenção deveria ter sido devidamente apreciada pela jurisdição doméstica, sob a luz dos princípios convencionais.⁵⁵⁰ A interpretação que tem prevalecido, contudo, não aponta para uma diminuição do âmbito de acesso à jurisdição regional aos cidadãos europeus, mas sim a uma exigência de que a jurisdição doméstica esteja, ela própria, afinada com os princípios convencionais de direitos humanos.⁵⁵¹ Nessa linha, a exigência de esgotamento dos recursos internos só se aplica se os mesmos forem efetivos, adequados e acessíveis, em análise a ser feita diante de cada caso concreto, a fim de impedir que a exigência de exaustão dos recursos internos se torne uma regra excessivamente formalista.⁵⁵²

No caso do sistema interamericano, essa obrigação de exaustão dos recursos internos está prevista taxativamente no artigo 46.1.a da Convenção Americana, assim como no artigo 31.1 do Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Nesse espectro, cabe aos Estados definir quais seriam os recursos e instituições à disposição do cidadão ou de grupos sociais com competência para tratar de violações de direitos humanos. Se em alguns

⁵⁴⁸ BESSON, Samantha. Subsidiarity in International Human Rights Law—What is Subsidiary about Human Rights? **The American Journal of Jurisprudence**, v. 61, n. 1, 2016, p. 69–107. Available at: https://pdfs.semanticscholar.org/e653/cf74fde3c23f05f5303d37d70ed2a18d5238.pdf?_ga=2.203510995.271121879.1581110693-1268182152.1581110693. Access in: Jan. 30, 2019, p. 79–80.

⁵⁴⁹ BESSON, Samantha. Subsidiarity in International Human Rights Law—What is Subsidiary about Human Rights? **The American Journal of Jurisprudence**, v. 61, n. 1, 2016, p. 69–107. Available at: https://pdfs.semanticscholar.org/e653/cf74fde3c23f05f5303d37d70ed2a18d5238.pdf?_ga=2.203510995.271121879.1581110693-1268182152.1581110693. Access in: Jan. 30, 2019, p. 79.

⁵⁵⁰ COUNCIL OF EUROPE. Protocol n. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Amending the Control System of the Convention. **Council of Europe Treaty Series No. 194**. May 13, 2004. Available at: https://www.echr.coe.int/Documents/Library_Collection_P14_ETS194E_ENG.pdf. Access in: July 23, 2019.

⁵⁵¹ SPIELMANN, Dean. **Allowing the Right Margin**: The European Court of Human Rights and The National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review? Downloaded from <https://www.cambridge.org/core>. IP address: 200.185.218.64, on 23 Jul 2019 at 21:57:33, subject to the Cambridge Core terms of use, Available at: <https://www.cambridge.org/core/terms>. <https://doi.org/10.5235/152888712805580570>. Access in: Jan. 28, 2019, p. 417–418.

⁵⁵² SPANO, Robert. Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity. **Human Rights Law Review**, 2014, 14, 487–502. Downloaded from <https://academic.oup.com/hrlr/article-abstract/14/3/487/644292> by Max-Planck-Institute for medical research user on 28 January 2019, p. 500.

sistemas jurídicos latino-americanos como o colombiano existem ações individuais populares como a *Tutela*, capazes de aportar denúncia de violação de direitos humanos praticada por autoridades estatais ou pessoas privadas diretamente perante a Corte Constitucional⁵⁵³, essa não é a realidade no Brasil.⁵⁵⁴ A forma como se compõem os órgãos jurisdicionais, ou instituições voltadas para a garantia e proteção de direitos, como a Defensoria Pública e o Ministério Público no Brasil, também segue características históricas, sociais e culturais de cada Estado. Ainda, cabe a cada regime jurídico nacional determinar o percurso processual das ações judiciais ou dos processos administrativos. Nessa seara, o pluralismo jurídico ganha espaço e voz evidenciando a dimensão negativa da subsidiariedade.

Entretanto, mesmo esses procedimentos e instituições devem atender padrões elementares fixados pelas normas internacionais ou regionais que o Estado tenha aderido. No caso interamericano, por exemplo, enquanto o artigo 25 da Convenção Americana estabelece o direito à proteção judicial, implicando inclusive o dever de investigar violações a direitos humanos⁵⁵⁵, o artigo 8º estabelece a garantia do juiz natural, independente e imparcial, ampla defesa e contraditório e presunção de inocência. Essas garantias também podem ser encontradas no artigo 13 da Convenção Europeia sobre Direitos do Homem, que trata do direito a um remédio processual efetivo.⁵⁵⁶

Os sistemas regionais de proteção de direitos humanos estabelecem em sua jurisprudência requisitos básicos para este esgotamento, como, no caso interamericano, a exigência de que referidos recursos sejam de fato disponíveis, adequados e efetivos.⁵⁵⁷ Como já se manifestou Ferrer Mac-Gregor, a dimensão procedimental da subsidiariedade implica o reconhecimento de remédios processuais domésticos capazes de atender as vítimas de forma efetiva, e mais além, a possibilidade de um controle de compatibilidade entre esses remédios e os *standards* regionais.⁵⁵⁸ Nesse sentido, verifica-se uma cooperação entre as duas esferas jurisdicionais, tema que será mais explorado na seção 3.3.

⁵⁵³ CEPEDA ESPINOSA, Manuel José; LANDAU, David. **Colombian Constitutional Law**. Leading Cases. New York: Oxford University Press, 2017, p. 377.

⁵⁵⁴ No Brasil, as garantias do mandado de segurança e do *habeas corpus* são bastante difundidas.

⁵⁵⁵ CORTE IDH. **Caso Terrones Silva y otros vs. Perú**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C-360, párrafo 184.

⁵⁵⁶ NEGISHI, Yota. The subsidiarity principle's role in allocating competences between human rights courts and states parties: the hybrid model of centralized and diffused conventionality control of domestic law. In: BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Ius Constitutionale Commune na América Latina**. V. III. Diálogos Jurisdicionais e Controle de Convencionalidade. Curitiba: Juruá, 2016, p. 125-160, p. 131.

⁵⁵⁷ ROA ROA, José Ernesto. La protección de los derechos políticos frente a las funciones disciplinarias de las autoridades administrativas: subsidiariedad y deferencia en el sistema interamericano de derechos humanos. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, no 2, 2018, p. 800-823, p. 810. O tratamento a ser dado a este aspecto procedimental da subsidiariedade no sistema interamericano, em comparação ao sistema europeu, será objeto de análise na seção 3.2.1.

⁵⁵⁸ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Voto concurrente en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam, de 30 de enero de 2014, serie C-276, párrafos 83-84.

A subsidiariedade procedimental recebeu contornos bastante precisos pela jurisprudência interamericana, como a definição de um momento processual oportuno para que o Estado questione a admissibilidade de uma demanda em razão do não esgotamento dos recursos domésticos: antes da resolução de admissibilidade firmada pela Comissão. O ônus da prova pertinente incumbe integralmente ao Estado, pois é seu elemento de defesa alegar a prerrogativa de investigar, punir e remediar violações de direitos humanos ocorridas sob sua jurisdição.⁵⁵⁹ Depreende-se do julgamento das exceções preliminares no caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* que “*la excepción de no agotamiento de los recursos internos, para ser oportuna, debe plantearse en las primeras etapas del procedimiento, a falta de lo cual podrá presumirse la renuncia tácita a valerse de la misma por parte del Estado interesado*”.⁵⁶⁰ O objetivo para tanto seria precisamente evitar que com alegações de falta de esgotamento dos recursos internos o Estado acabe comprometendo a celeridade e a efetividade do processo internacional.⁵⁶¹

Uma exceção a esse juízo de admissibilidade preliminar realizado pela Comissão foi prevista no regulamento interno do órgão, que admite seu diferimento a fim de autorizar que a Comissão dê início ao trâmite da denúncia e trate do requisito procedimental apenas no momento em que for enfrentar o mérito (artigo 36.3, Regulamento).⁵⁶² As circunstâncias excepcionais que autorizariam essa prática são: (i) a possibilidade de se admitir uma exceção à regra do esgotamento dos recursos internos a partir da análise do mérito da causa; (ii) quando houver risco iminente para a vida ou a integridade física da vítima, e (iii) quando o tempo necessário à avaliação do esgotamento dos recursos possa comprometer o resultado útil do processo (artigo 36.3, a, b e c, Regulamento).

Em julgamento do mérito daquele mesmo caso, em 1988, a Corte novamente foi confrontada com argumentos relacionados à exigência de esgotamento dos recursos domésticos, oportunidade em que o princípio da subsidiariedade em sentido procedimental foi claramente delineado. Ainda que tenha reconhecido que “*la regla del previo agotamiento de los recursos internos permite al Estado resolver el problema según su derecho interno antes*

⁵⁵⁹ CORTE IDH. **Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras**. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C-4, párrafos 60, 61.

⁵⁶⁰ CORTE IDH. **Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras**. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C-1, párrafos 88 e 91.

⁵⁶¹ *Ibid.*, párrafo 93.

⁵⁶² Referida prática gerou resistência dos Estados Argentina, Brasil, Colômbia, Chile e Paraguai, que apresentaram uma Declaração ao Sistema Interamericano em abril de 2019, buscando, em sua proposição n. 1, precisamente o reconhecimento do direito ao prévio esgotamento dos recursos internos, opondo-se à ingerência da Comissão em momento anterior. Este tema foi abordado em OLSEN, Ana Carolina Lopes; FACHIN, Melina Girardi. Diálogo Judicial Cooperativo en el Ius Constitutionale Commune para la Defensa de los Derechos Humanos. Apresentação realizada no Painel n. 10, Dialogues: Building bridges to protect democracy and human rights. **ICON-S Conference**, em Santiago, Chile, 3 de julho de 2019.

de verse enfrentado a un proceso internacional”, deixou claro que o mesmo exigia do Estado se desincumbir do ônus probatório da existência dos referidos recursos, bem como de sua adequação e eficácia.⁵⁶³

Quando esses recursos falham, abre-se espaço para a dimensão positiva da subsidiariedade. Observe-se como exemplo o caso *Favela Nova Brasília vs. Brasil*, em que a Corte Interamericana condenou o Estado brasileiro em função da não disponibilização às vítimas de recursos processuais que garantissem um juízo independente e imparcial. Vítimas e familiares de vítimas de violência policial e execuções extrajudiciais ocorridas na tomada da Favela Nova Brasília no Rio de Janeiro, em 1994 e 1995, se depararam com inquéritos policiais conduzidos por integrantes do mesmo corpo policial responsável pelas agressões, por uma demora injustificada que falhou completamente em identificar e punir os responsáveis.⁵⁶⁴

Em outro caso, contudo, o princípio da subsidiariedade procedimental determinou a não ingerência da Corte IDH no âmbito de atuação das autoridades estatais. Trata-se do caso *Nogueira de Carvalho e outro vs. Brasil*, em que a Corte IDH deixou de condenar o Estado Brasileiro em virtude de restar demonstrado o emprego de todos os recursos domésticos possíveis a fim de identificar e processar os responsáveis pela morte do advogado e ativista de direitos humanos Francisco Gilson de Nogueira de Carvalho em 1996. Utilizando-se de fundamentação relacionada à doutrina da quarta instância, e indo portanto além da análise do esgotamento dos recursos internos, a Corte salientou a impossibilidade de tomar o lugar da jurisdição interna *“estableciendo modalidades específicas de investigación y juzgamiento en un caso concreto para obtener un mejor o más eficaz resultado, sino constatar se en los pasos efectivamente dados a nivel interno se violaron o no obligaciones internacionales del Estado”*.⁵⁶⁵

É preciso considerar que o arquivamento desse caso não diz respeito única e exclusivamente ao alegado bom desempenho brasileiro na condução das investigações. Havia uma limitação temporal relevante, tendo em conta que o Brasil havia reconhecido a jurisdição da Corte IDH somente em 1998, posteriormente ao assassinato e ao início das investigações, de modo que sobre estes fatos a Corte não pôde se pronunciar.⁵⁶⁶

Ainda, não havia no Brasil a alteração introduzida pela Emenda Constitucional n. 45/2004 que importava a possibilidade de utilização de incidente de deslocamento de

⁵⁶³ CORTE IDH. **Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras**. Excepciones Preliminares, *op. cit.*, párrafos 59 a 61.

⁵⁶⁴ CORTE IDH. **Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil**. Sentença de 16 de fevereiro de 2017. Exceções Preliminares, Mérito, Reparação e Custas. Série C-333, párrafo n. 154.

⁵⁶⁵ CORTE IDH. **Caso Nogueira de Carvalho y otro vs. Brasil**. Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 28 de noviembre de 2006. Serie C No. 161, párrafos n. 80, 81.

⁵⁶⁶ *Ibid.*, párrafos 44-46.

competência para crimes em que as investigações locais podem ser comprometidas pela ineficácia ou má atuação dos agentes estatais locais.

Vale lembrar que no caso do assassinato do advogado e vereador Manoel Bezerra de Mattos Neto, crime similar ao que embasou o caso Nogueira de Carvalho, os culpados foram identificados, processados e punidos.⁵⁶⁷ É inegável que a subsidiariedade procedimental foi reconhecida no caso Nogueira de Carvalho, contudo outros fatores também contribuíram para o afastamento da responsabilidade do Brasil.

Feita a ressalva, vale reconhecer que o esgotamento dos recursos internos no sistema interamericano, porque pautado pela adequação e efetividade dos meios internos, se revela como um critério mutável e relativo, teleologicamente orientado para a maior eficácia possível do sistema de proteção de direitos humanos.⁵⁶⁸

3.2.2 Princípio da subsidiariedade em sentido substancial

Segundo Samantha Besson, o sentido substancial ou material do princípio da subsidiariedade diz respeito à intensidade do controle que pode ser feito pelos órgãos supranacionais da atuação dos Estados, como a elaboração de leis que especifiquem direitos humanos, a criação de políticas públicas, fundamentos e argumentos usados pelo *judicial review* interno.⁵⁶⁹

Segundo essa premissa, afirma que a subsidiariedade substantiva implicaria limitar (em graus variáveis) o *judicial review* supranacional para reconhecer espaços de discricionariedade aos Estados, precisamente para que façam frente aos interesses e aspirações de seus cidadãos, dentro de contextos políticos, sociais e econômicos que guardam peculiaridades essenciais e relevantes.

Em contrapartida, a subsidiariedade substancial pode implicar também a dimensão positiva, ou seja, aquela que autorizaria a ingerência dos órgãos supranacionais diante da ineficácia da atuação das autoridades estatais para fazer frente a violações de direitos humanos.

⁵⁶⁷ PRIMEIRO júri federalizado do Brasil terá início nesta terça, em Pernambuco. **Revista Consultor Jurídico**, 13 de abril de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-abr-13/primeiro-juri-federalizado-brasil-inicio-nesta-terca>. Acesso em: 30 jul. 2019.

⁵⁶⁸ QUISPE REMÓN, Florabel. El agotamiento de recursos internos en los sistemas regionales de protección de los derechos humanos. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, v. 8, n. 8, 2008, p. 79-84, p. 85, 86.

⁵⁶⁹ BESSON, Samantha. Subsidiarity in International Human Rights Law—What is Subsidiary about Human Rights? **The American Journal of Jurisprudence**, v. 61, n. 1, 2016, p. 69–107. Available at: https://pdfs.semanticscholar.org/e653/cf74fde3c23f05f5303d37d70ed2a18d5238.pdf?_ga=2.203510995.271121879.1581110693-1268182152.1581110693. Access in: Jan. 30, 2019, p. 80.

Com a finalidade tão somente de gerar melhor compreensão do instituto, sua análise foi dividida em dois tópicos, sendo o primeiro a tratar da dimensão negativa da subsidiariedade material, e o segundo versará sobre alguns aspectos da dimensão positiva (ressaltando-se que no caso interamericano, o controle de convencionalidade enquanto mecanismo ímpar de ingerência da Corte IDH na esfera de atuação dos Estados será objeto do capítulo terceiro).

3.2.2.1 Dimensão negativa da subsidiariedade em sentido substancial

Tomando por base o sistema europeu, Besson associa o princípio da subsidiariedade em sentido substancial às doutrinas da quarta instância e da margem nacional de apreciação⁵⁷⁰, perspectivas que se coadunam com a dimensão negativa da subsidiariedade e revelam a deferência das instâncias supranacionais em favor das locais. Como já observado, essa deferência não afasta o monitoramento e o controle, não configurando, por conseguinte, um espaço livre de diálogo com as instâncias regionais, mas sim em momentos de silêncio que não afastam a necessidade de observação.

A ideia de “intensidade de controle” implica o reconhecimento da coexistência das dimensões negativa e positiva da subsidiariedade aplicada ao conteúdo das práticas estatais que realizam os compromissos com direitos humanos. Aplicando-se a ideia ao sistema interamericano, verifica-se que poderá haver maior deferência às atuações nacionais eficazes, plurais e variadas de promoção e proteção de direitos humanos, ou poderá se materializar um controle mais incisivo em razão do dever assumido por todos os Estados integrantes do sistema em promover adequações internas que se compatibilizem com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

A doutrina da quarta instância existe no âmbito dos sistemas regionais de direitos humanos, tendo sido desenvolvida a fim de prevenir que as cortes supranacionais, como o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a Corte Interamericana – representem uma instância revisora dos julgados produzidos em última instância no âmbito nacional. Segundo o Tribunal Europeu, ela abarcaria os fatos e o direito interno interpretados pela jurisdição doméstica. Ainda que caiba à corte supranacional avaliar se a decisão nacional se produziu por juízes independentes, e respeitou o devido processo legal, não lhe cabe reavaliar a interpretação ou

⁵⁷⁰ BESSON, Samantha. Subsidiarity in International Human Rights Law—What is Subsidiary about Human Rights? **The American Journal of Jurisprudence**, v. 61, n. 1, 2016, p. 69–107. Available at: https://pdfs.semanticscholar.org/e653/cf74fde3c23f05f5303d37d70ed2a18d5238.pdf?_ga=2.203510995.271121879.1581110693-1268182152.1581110693. Access in: Jan. 30, 2019, p. 79.

valoração das provas, nem a aplicação do direito interno.⁵⁷¹ Nas palavras de Roa, “*la protección internacional no es una instancia más a la que se puede acudir para revisar o corregir las decisiones de los jueces nacionales*”.⁵⁷²

No caso interamericano, referida doutrina foi elaborada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos no caso que se tornou referência sobre a matéria: *Marzioni vs. Argentina*. Naquela oportunidade, o peticionário alegava que as cortes nacionais haviam aplicado indevidamente o direito interno relacionado à indenização por acidente de trabalho. A Comissão entendeu que não lhe caberia revisar julgados realizados pela jurisdição interna, em respeito às garantias do devido processo legal internacional.⁵⁷³ Nesse sentido, somente se a decisão judicial doméstica manifestasse evidente arbitrariedade, ensejadora de violação a um direito previsto na Convenção Americana, poder-se-ia cogitar de interferência do órgão supranacional na esfera de atuação interna.⁵⁷⁴

Também no sistema europeu a doutrina da quarta instância se manifesta enquanto dimensão negativa da subsidiariedade a exigir deferência do Tribunal Europeu, como se verificou no caso *Perlala vs. Grécia*, em que se teria atestado precisamente a impossibilidade de a Corte atuar como órgão jurisdicional de terceira ou quarta instância, substituindo com seu julgamento a apreciação das provas e do direito interno realizada pela jurisdição interna a menos que referida apreciação tenha implicado a violação de direitos humanos convencionalmente estabelecidos, e na exata medida dessa violação.⁵⁷⁵

No que diz respeito à aplicação do direito interno, a doutrina da quarta instância implica a deferência dos órgãos supranacionais em caso de o peticionário discordar do resultado hermenêutico realizado pelas autoridades jurisdicionais internas. A Corte Interamericana já teve oportunidade de manifestar precisamente este entendimento, no caso *Lacayo vs. Nicarágua*, em 1997. Tratava-se de analisar a alegação de negativa de proteção judicial eficiente no caso da morte de Jean Paul Genie Lacayo, jovem de 16 anos morto por um bloqueio militar que tentara ultrapassar, em 1991. Nesse caso, a alegação feita pelo Estado de não esgotamento dos recursos internos (subsidiariedade procedimental) confundia-se com

⁵⁷¹ *Ibid.*, p. 80.

⁵⁷² ROA ROA, José Ernesto. La protección de los derechos políticos frente a las funciones disciplinarias de las autoridades administrativas: subsidiariedad y deferencia en el sistema interamericano de derechos humanos. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, no 2, 2018, p. 800-823, p. 812.

⁵⁷³ DUHAIME, Bernard. Subsidiarity in the Americas: What Room is there for Deference in the Inter-American System? *In*: GRUSZCZYNSKI, Lukasz; WERNER, Wouter. **Deference in International Courts and Tribunals**. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 289-315, p. 291.

⁵⁷⁴ *Ibid.*, p. 293.

⁵⁷⁵ SAUVÉ, Jean-Marc. **Subsidiarity**: a two-sided coin? The role of the national authorities. Seminar organised by the European Court of Human Rights. Strasbourg, Friday 30 January 2015. Available at: https://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20150130_Seminar_JMSauvé_ENG.pdf. Access in: Feb. 20, 2019, p. 7.

o mérito da questão, ou seja, a análise de fundo a respeito da conformidade do processo judicial levado a cabo pela jurisdição interna com as garantias da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.⁵⁷⁶ Nesse julgado, a Corte IDH considerou que o julgamento do caso pela Justiça Militar não implicaria, por si só, uma violação das garantias convencionais de devido processo legal, também reftreando-se de exercer uma análise em abstrato do direito interno a luz da Convenção.⁵⁷⁷ Deixando amplo espaço para a atuação jurisdicional estatal, a Corte se pronunciou:

*Finalmente de acuerdo con el derecho internacional general, la Corte Interamericana no tiene el carácter de tribunal de apelación o de casación de los organismos jurisdiccionales de carácter nacional; sólo puede en este caso, señalar las violaciones procesales de los derechos consagrados en la Convención que hayan perjudicado al señor Raymond Genie Peñalba, que es el afectado en este asunto, pero carece de competencia para subsanar dichas violaciones en el ámbito interno, lo que corresponde hacer, según se ha expresado anteriormente, a la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua al resolver el recurso de casación que se encuentra pendiente.*⁵⁷⁸

A posição adotada pela Corte Interamericana nesse caso, contudo, não representa a adoção da teoria da quarta instância como um mecanismo de reconhecimento de amplos espaços discricionários na produção jurisdicional interna. Casos mais recentes demonstram uma atuação bem mais incisiva da Corte, inclusive determinando a perda de eficácia de decisões nacionais. Essa realidade se verifica em casos de graves violações a direitos humanos como tortura e desaparecimento forçado, sendo o caso Terrones Silva e outros vs. Peru um exemplo. A Corte IDH determinou como insuficiente a prestação jurisdicional oferecida pelo Estado peruano na persecução penal dos responsáveis pela tortura de Santiago Antezana Cueto, determinando a reabertura dos processos a fim de responsabilizar os envolvidos.⁵⁷⁹

Mas o escrutínio interamericano envolve uma gama mais variada de direitos, sendo o diálogo judicial travado entre a Corte IDH e a *Suprema Corte de la Nación* da Argentina um exemplo emblemático. Em diversas oportunidades, e em consonância com jurisprudência já consolidada, a Corte IDH havia determinado a invalidação de sentenças nacionais que reconheceram a prescrição em casos de graves violações a direitos humanos. Essa situação,

⁵⁷⁶ CORTE IDH. **Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C-30, párrafos 47, 75.

⁵⁷⁷ CORTE IDH. **Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C-30, párrafo 84. Essa posição da Corte foi revista em oportunidades futuras, consolidando uma posição hoje firme da jurisprudência interamericana no sentido de que violações de direitos humanos de civis, ainda que praticados por militares no exercício de sua função, devem ser julgados pela jurisdição civil. SERRANO, Andrés González; MELENDEZ SALAMANCA, María Isabel. *La jurisdicción militar desde los fallos de la Corte Interamericana en relación con Colombia*. **Saber, Ciencia y Libertad**, v. 11, n.1 p. 37-60, Cartagena, 2016.

⁵⁷⁸ CORTE IDH. **Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua**, *op. cit.*, párrafo 94.

⁵⁷⁹ CORTE IDH. **Caso Terrones Silva y otros vs. Perú**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C-360, párrafos 208-210.

poder-se-ia cogitar, talvez não implicasse a aplicação da doutrina da quarta instância, na medida em que a Corte IDH não pretendia substituir o mérito do julgado nacional, mas reconhecer a incompatibilidade da legislação nacional que determina a prescrição em relação à Convenção Americana sobre Direitos Humanos e determinar a produção de outra decisão.⁵⁸⁰

Todavia, em dois casos envolvendo liberdade de expressão, a Corte incursionou no mérito da fundamentação jurisdicional doméstica, em um escrutínio que não se coaduna com a doutrina da quarta instância. No caso *Kimel vs. Argentina*, a Corte IDH determinou a responsabilidade internacional do Estado pela violação do direito à liberdade de expressão do escritor Kimel, que havia sido condenado pela jurisdição nacional a pena de prisão e multa em virtude do conteúdo do livro “O Massacre de San Patricio”, em que afirma que o judiciário argentino teria sido cúmplice das violações de direitos pela ditadura. A Corte IDH condenou o Estado a tornar sem efeito a decisão penal condenatória, cujo conteúdo foi revisto para se reconhecer a existência de parâmetros excessivamente elásticos na configuração de crimes contra a honra, o que geraria cerceamento à liberdade de expressão.⁵⁸¹ No caso *Fontevicchia e D’Amico vs. Argentina*, a Corte IDH deliberadamente reavaliou o enquadramento legal fático para afirmar que a jurisdição nacional teria violado a liberdade de expressão das vítimas (jornalistas que expuseram a paternidade de um filho não reconhecido pelo então presidente Carlos Menen). Na mesma linha do caso anterior, determinou que a *Corte Suprema de la Nación* declarasse sem efeitos a sentença por ela proferida.⁵⁸² Em resposta, a Corte doméstica alegou, dentre outros fundamentos, a doutrina da quarta instância para justificar sua franca contraposição à sentença interamericana, negando-lhe cumprimento.

Esses casos permitem afirmar que a doutrina da quarta instância tem pouca aplicação no sistema interamericano de direitos humanos, já que cabe a um processo hermenêutico verificar se a decisão interna teria aplicado ou não as normas de direitos humanos (muitas vezes presentes tanto nas constituições quanto na Convenção Americana) de forma consonante com a jurisprudência interamericana. Em situações em que a Corte IDH identifica violação de direitos humanos, ela acaba por realizar verdadeiro escrutínio dos fundamentos adotados pela jurisdição nacional a fim de decidir sobre sua conformidade com a Convenção Americana. Como observou Duhaime, a partir da leitura do caso *Narciso Palacios vs.*

⁵⁸⁰ FACHIN, Melina Girardi; NOWAK, Bruna. Quem dá a última palavra? As relações da Corte Interamericana de Direitos Humanos com os Ordenamentos Jurídicos Nacionais à luz do caso *Fontevicchia e D’Amico v. Argentina*. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, PR, v. 8, n. 78, p. 83-109, maio 2019.

⁵⁸¹ FACHIN, Melina Girardi; NOWAK, Bruna. Quem dá a última palavra? As relações da Corte Interamericana de Direitos Humanos com os Ordenamentos Jurídicos Nacionais à luz do caso *Fontevicchia e D’Amico v. Argentina*. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, PR, v. 8, n. 78, p. 83-109, maio 2019, p. 89-90.

⁵⁸² *Ibid.*, p. 93-95.

Argentina, diante de uma aparente arbitrariedade na interpretação do direito interno, em prejuízo dos direitos humanos da vítima, a Comissão e a Corte têm afastado a aplicação da doutrina da quarta instância.⁵⁸³

A não aplicabilidade da doutrina da quarta instância em diversos julgados da Corte IDH não significa necessariamente a não incidência da subsidiariedade substancial no sistema interamericano. Tendo em vista a importância que esse mesmo sistema confere aos bens jurídicos protegidos pela subsidiariedade, como a autonomia, o pluralismo, a democracia e mesmo a dimensão de igualdade dos direitos humanos, é possível pensar uma certa dose de deferência a ser atribuída aos Estados. Para tanto, necessário analisar a segunda modalidade de subsidiariedade substancial que se materializa na margem nacional de apreciação.

A doutrina da margem nacional de apreciação foi formulada originalmente pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos e procura estabelecer os espaços de atuação dos Estados a serem mantidos em nome da preservação do pluralismo, em consonância com uma proposta harmonizadora. Via de regra, ela se apresenta em situações que lidam com a interpretação de normas jurídicas, de modo que resultados hermenêuticos conflitantes deveriam ser resolvidos em favor da proposta local.⁵⁸⁴ Recentemente, ela foi consolidada no Protocolo n. 15 à Convenção Europeia, que surgiu a partir de uma reação dos Estados a algumas posturas mais ingerentes do Tribunal Europeu.

Nas últimas décadas, o TEDH tem assumido uma posição mais ativista⁵⁸⁵, na medida em que reconheceu a necessidade de firmar padrões gerais e abstratos para aplicação das normas de direitos humanos em um sistema que se via alargado a diversos Estados, com realidades econômicas e políticas muito distintas. Nesse sentido, o Tribunal tem afirmado a importância dos precedentes fixando precisamente estes padrões, dos quais somente poderia se afastar por razões consistentes.⁵⁸⁶ Assim, verificaram-se julgados que orientaram *standards* direcionados à unificação de normas penais, fixaram obrigações materiais para os Estados, ou mesmo procederam a uma interpretação evolutiva das normas convencionais, especialmente

⁵⁸³ DUHAIME, Bernard. Subsidiarity in the Americas: What Room is there for Deference in the Inter-American System? *In: GRUSZCZYNSKI, Lukasz; WERNER, Wouter. Deference in International Courts and Tribunals*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 289-315, p. 294.

⁵⁸⁴ JACHTENFUCHS, Markus; KRISCH, Nico. Subsidiarity in Global Governance. *Law & Contemporary Problems*, v. 79, 2016. Available at: <http://ssrn.com/abstract=2672123>. Access in: Feb. 10, 2019, p. 8-9.

⁵⁸⁵ BOSSUYT, Baron Marc. **Judicial activism in Europe**: the case of the European Court of Human Rights. Available at: <http://archive.openeurope.org.uk/Content/Documents/speechmarcbossuytopeneuropesept2013.pdf>. Access in: July 23, 2019, p. 1.

⁵⁸⁶ GERARDS, Janneke. Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights. *Human Rights Law Review*, 2018, 18, p. 495-515, p. 507. Sobre a possibilidade de se tratar de precedentes em um sistema regional de direitos humanos remete-se à análise realizada no terceiro capítulo.

no tocante à proteção da vida privada e ao conceito de família.⁵⁸⁷ A partir da década de 90, por exemplo, o TEDH passou a abordar violações de direitos sociais mediante uma interpretação conjunta com direitos como o de propriedade, o que não estaria na intenção original da Convenção Europeia.⁵⁸⁸ A partir do caso *Mamatkulov e Askarov vs. Turquia*, em 2005, medidas provisionais também passaram a ser deferidas pelo TEDH, a despeito de ausência de sua previsão expressa na Convenção, o que desencadeou aumento no afluxo de petições individuais.⁵⁸⁹

Essas atuações fomentaram críticas materializadas nas Declarações de Interlaken, de 2010, Izmir, de 2011, e de Brighton, de abril de 2012. Referidos documentos pavimentaram o caminho para a aprovação do Protocolo n. 15 à Convenção Europeia sobre os Direitos Humanos, o qual insere no texto convencional o princípio da subsidiariedade e a margem nacional de apreciação.⁵⁹⁰ O objetivo, em princípio e segundo a interpretação do magistrado do TEDH, Dean Spielman, seria reforçar a efetivação dos direitos humanos no ambiente jurisdicional doméstico, desafogando os mecanismos supranacionais.⁵⁹¹ Determina o texto do mencionado Protocolo n. 15:

*Affirming that the High Contracting Parties, in accordance with the principle of subsidiarity, have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention and the Protocols thereto, and that in doing so they enjoy a margin of appreciation, subject to the supervisory jurisdiction of the European Court of Human Rights established by this Convention [...].*⁵⁹²

Referências como essa impulsionam alguns autores a afirmar que o sistema europeu de direitos humanos estaria ingressando em uma “era da subsidiariedade”, não para significar uma redução na proteção desses direitos, mas sim para empoderar os estados de modo a capacitá-los a atuar eficazmente nessa proteção (a “*Court’s engagement with empowering the*

⁵⁸⁷ SPANO, Robert. Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity. **Human Rights Law Review**, 2014, 14, 487–502. Downloaded from <https://academic.oup.com/hrlr/article-abstract/14/3/487/644292> by Max-Planck-Institute for medical research user on 28 January 2019, p. 489.

⁵⁸⁸ BOSSUYT, Baron Marc. **Judicial activism in Europe**: the case of the European Court of Human Rights. Available at: <http://archive.openeurope.org.uk/Content/Documents/speechmarcbossuytopeneuropesept2013.pdf>. Access in: July 23, 2019, p. 4. Anos mais tarde, nos anos 2000, também a Corte Interamericana de Direitos Humanos lançaria uso do direito humano à propriedade para proteger direitos sociais, como se verificou no caso “Cinco Aposentados” vs. Peru. CORTE IDH. **Caso "Cinco Pensionistas" vs. Perú**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98.

⁵⁸⁹ BOSSUYT, *op. cit.*, p. 5-6.

⁵⁹⁰ SPANO, Robert. Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity. **Human Rights Law Review**, 2014, 14, 487–502. Downloaded from <https://academic.oup.com/hrlr/article-abstract/14/3/487/644292> by Max-Planck-Institute for medical research user on 28 January 2019, p. 490-491.

⁵⁹¹ *Ibid.*, p. 491; COUNCIL OF EUROPE. **Protocol No. 15 amending the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms**. Council of Europe Treaty Series No. 213. Jun. 24, 2013. Available at: https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_15_ENG.pdf. Access in: July 23, 2019. O Protocolo n. 15 está em fase de ratificação e não entrou em vigor até a data de conclusão da presente tese.

⁵⁹² *Ibid.*, article 1.

Member States to truly ‘bring rights home’).⁵⁹³ Uma iniciativa de competência do próprio TEDH, enquanto ator responsável pela definição do âmbito de aplicação do princípio da subsidiariedade e, conjuntamente, da margem nacional de apreciação.⁵⁹⁴ Essa, longe de significar uma esfera absoluta de não atuação dos órgãos supranacionais, implicaria o reconhecimento, por parte desses mesmos órgãos, de um espaço de discricionariedade na atuação doméstica para a realização dos direitos humanos, que caminharia ao lado da supervisão regional.⁵⁹⁵

Fica evidente, nessa seara, a preocupação característica da estrutura institucional do sistema europeu, cujo Tribunal admite o recebimento de denúncias de violações de direitos humanos por quaisquer peticionários. A profusão de processos com os quais deve lidar anualmente certamente esgota os recursos pessoais disponíveis – os 47 juízes membros do Conselho da Europa, como já se teve oportunidade de mencionar no primeiro capítulo. Para além da preocupação epistêmica com o empoderamento jurisdicional dos Estados, há razões de ordem prática relacionadas ao bom funcionamento do sistema.

A margem de apreciação será objeto da seção 3.4 do presente capítulo tendo em vista que sua delimitação conceitual é de especial importância para que se possa verificar em que medida referida doutrina poderia orientar a projeção de uma doutrina de deferência no sistema interamericano. Contudo, um aspecto que precisa ser sublinhado antecipadamente diz respeito ao próprio significado da subsidiariedade substancial: ela não implica um salvo-conduto para os Estados que não logram proteger os direitos humanos. A forma como cada obrigação convencional será adimplida, a depender das modalidades de ameaças aos direitos humanos que podem advir de cada contexto específico, é que pode ser objeto de deferência. Não a obrigação em si.⁵⁹⁶ Nesse sentido, Carozza salienta que a subsidiariedade visa equilibrar tanto a dimensão negativa de não-interferência quanto a dimensão positiva de intervenção e assistência, o que exige profunda e cuidadosa análise de como as autoridades locais atuam.⁵⁹⁷

⁵⁹³ SPANO, *op. cit.*, p. 491.

⁵⁹⁴ FOLLESDAL, Andreas. The principle of subsidiarity as a constitutional principle in international law. **Global Constitutionalism**, Volume 2, Issue 01, March 2013, Cambridge University Press. p 37-62. Available at: http://journals.cambridge.org/abstract_S2045381712000123. Access in: July 11, 2019, p. 4.

⁵⁹⁵ SPANO, Robert. Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity. **Human Rights Law Review**, 2014, 14, 487–502. Downloaded from <https://academic.oup.com/hrlr/article-abstract/14/3/487/644292> by Max-Planck-Institute for medical research user on 28 January 2019, p. 500.

⁵⁹⁶ BESSON, Samantha. Subsidiarity in International Human Rights Law—What is Subsidiary about Human Rights? **The American Journal of Jurisprudence**, v. 61, n. 1, 2016, p. 69–107. Available at: https://pdfs.semanticscholar.org/e653/cf74fde3c23f05f5303d37d70ed2a18d5238.pdf?_ga=2.203510995.271121879.1581110693-1268182152.1581110693. Access in: Jan. 30, 2019, p. 84-85.

⁵⁹⁷ CAROZZA, Paolo. **Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law**. Notre Dame Law School. Scholarly Works. Paper 564. 2003. Available at: http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/564. Access in: Feb. 20, 2019, p. 79.

No sistema interamericano, o viés finalístico de proteção dos direitos humanos em contextos de extrema violência e estratégias de negação⁵⁹⁸ e impunidade praticadas pelos Estados orientou o baixo prestígio da subsidiariedade negativa substancial.⁵⁹⁹ Nessa linha, pleitos estatais voltados para uma maior autonomia na lida com os direitos humanos muitas vezes foram vistos como verdadeira barreira às funções de fiscalização, monitoramento, ou mesmo processamento dos Estados.⁶⁰⁰ Na medida em que o sistema interamericano se erigiu como alicerce da sociedade civil no combate às graves violações de direitos humanos perpetradas, em diversas situações, pelas mesmas autoridades estatais responsáveis pela sua proteção, foi manifesto o repúdio de seus magistrados a pretensões de deferência como a margem nacional de apreciação ou da subsidiariedade em sua dimensão negativa:

How could we apply [the margin of appreciation doctrine] in the context of a regional human rights system where many countries' judges are subject to intimidation and pressure? How could we apply it in a region where the judicial function does not distinguish between military jurisdiction and ordinary jurisdiction? How could we apply it in the context of national legal systems that are heavily questioned for the failure to combat impunity? [...] We have no alternative but to strengthen the international mechanisms for protection [...]. Fortunately, such doctrine has not been developed within the Inter-American human rights system.⁶⁰¹

Assim, durante muitos anos o princípio da subsidiariedade foi associado a uma demonstração de reticência e contenção do sistema supranacional diante da soberania estatal em detrimento da efetivação dos direitos humanos. No lugar de espaço para a discricionariedade estatal, a subsidiariedade se mostrou mais efetiva em sua dimensão positiva, viabilizando uma atuação eloquente dos órgãos supranacionais nos processos de fiscalização e monitoramento da atuação dos Estados em respeito ao cumprimento de suas obrigações sobre direitos humanos.⁶⁰²

De fato, o contexto latino-americano desafia a premissa do princípio da subsidiariedade segundo a qual as esferas locais de decisão estariam melhor posicionadas para

⁵⁹⁸ Cite-se as estratégias de negação de qualquer responsabilidade pelos conflitos armados com as FARC na Colômbia, levando o então Presidente Álvaro Uribe a negar diante da Corte Interamericana a existência de grupos paramilitares, mas tão somente de terroristas, sem qualquer envolvimento com o Estado.

⁵⁹⁹ BURGORGUE-LARSEN, Laurence; ÚBEDA DE TORRES, Amaya. La “guerra” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Anuario Colombiano de Derecho Internacional**. Bogotá, v. 3 Especial, p. 117-153, 2010, p. 123.

⁶⁰⁰ CORTE IDH. **Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**. Sentencia 24 noviembre 2010. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafos 176, 177.

⁶⁰¹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos**. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXIV_curso_derecho_internacional_1997_Antonio_Augusto_Cancado_Trindade_2.pdf. Acceso en: 20 sept. 2019, p. 10.

⁶⁰² BURGORGUE-LARSEN, Laurence; ÚBEDA DE TORRES, Amaya. La “guerra” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Anuario Colombiano de Derecho Internacional**. Bogotá, v. 3 Especial, p. 117-153, 2010, p. 125-126.

tratar da proteção dos direitos humanos. Em muitos aspectos e até a presente data, é possível reconhecer a existência de graves deficiências estruturais, como os índices alarmantes de desigualdade social e exclusão⁶⁰³ que ainda mantém inacessíveis os direitos humanos para significativos contingentes populacionais.⁶⁰⁴ Paralelamente, ainda que os processos de democratização parecessem ter se consolidado no início do século XXI, muitos Estados enfrentam novas ondas populistas que colocam em risco conquistas aparentemente consolidadas.⁶⁰⁵

Essa realidade não significa que a Corte Interamericana se mostra completamente refratária à subsidiariedade substancial, mas que essa, dado o contexto latino-americano, necessita ser analisada a partir do pano de fundo de violência estrutural não plenamente superada. No julgamento do caso *Anzualdo Castro vs. Peru*, envolvendo o desaparecimento forçado da vítima em 1993, durante o conflito armado que marcou o país na ditadura Pinochet, a Corte mostrou-se aberta a reconhecer algum espaço de discricionariedade para a atuação dos Estados. Ao afirmar que os Estados devem organizar o aparato estatal e toda sua estrutura a fim de garantir o livre exercício dos direitos humanos, a Corte reconheceu que esta “*obligación [...] puede ser cumplida de diferentes maneras, en función del derecho específico que el Estado deba garantizar y de las particulares necesidades de protección.*”⁶⁰⁶ Importante salientar que essas “*diferentes maneras*”, em caso de graves violações de direitos humanos como o de desaparecimento forçado, não se traduzem em uma prerrogativa do Estado para adequar suas obrigações convencionais às particularidades do seu padrão político, social ou econômico, mas sim às particularidades da melhor forma possível de atendimento ao direito humano em questão.

⁶⁰³ Em conformidade com o relatório da CEPAL, em 2017, 10,2% da população latino-americana vive em extrema pobreza, o que equivale a 62 milhões de pessoas. Ainda, 30,7% de latino-americanos (187 milhões) são pobres. Mais grave do que os elevados números é o fato de que eles se encontram atualmente em uma curva ascendente. ALVES, José Eustáquio Diniz. Cresce a pobreza na América Latina e Caribe. **EcoDebate**, ISSN 2446-9394, 21/01/2019, Disponível em: <https://www.ecodebate.com.br/2019/01/21/cresce-a-pobreza-na-america-latina-e-caribe-artigo-de-jose-eustaquio-diniz-alves/>. Acesso em: 30 jul. 2019.

⁶⁰⁴ ROA ROA, José Ernesto. La protección de los derechos políticos frente a las funciones disciplinarias de las autoridades administrativas: subsidiariedad y deferencia en el sistema interamericano de derechos humanos. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, no 2, 2018, p. 800-823, p. 815.

⁶⁰⁵ Vale observar que o populismo não é um conceito político que cabe em definição única, mas uma ideia que se amolda aos contextos reais em que se manifesta. O caso latino-americano pode ser bem compreendido pelas lentes de Helio Jaguaribe: “*Lo que es típico del populismo es por lo tanto el carácter directo de la relación entre las masas y el líder, la ausencia de mediación de los niveles intermedios, y también el hecho de que descansa en la espera de una realización rápida de los objetivos prometidos.*” *El que marca el populismo es su carácter anti-político. El neo-populismo es uno fenómeno mui propio de América Latina, y combina el discurso anti-político cercano del pueblo con estrategias económicas neo-liberales que aportan a los pobres la carga de la sobrevivencia económica.*” HERMET, Guy. El populismo como concepto. **Revista de Ciencia Política**, v. XXIII, n. 1, 5-18, 2003, p. 9, 13.

⁶⁰⁶ CORTE IDH. **Caso Anzualdo Castro vs. Perú**. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C n. 202, párrafo 62.

3.2.2.2 Dimensão positiva da subsidiariedade em sentido substancial

Do outro lado da deferência que marca o princípio da subsidiariedade em sua dimensão substancial, residem os espaços de controle da atuação dos Estados. A dimensão positiva da subsidiariedade substancial se verifica precisamente na fiscalização pelos órgãos supranacionais do cumprimento dos compromissos estatais de proteção dos direitos humanos. É nesse espaço que se manifesta a doutrina “Responsabilidade em Proteger”⁶⁰⁷, que de forma ampla afirma a responsabilidade subsidiária dos órgãos internacionais em garantir a proteção dos direitos humanos quando os Estados falham em suas obrigações, bem como o controle de convencionalidade.⁶⁰⁸

O controle de convencionalidade corresponde a uma doutrina desenvolvida jurisprudencialmente pela Corte IDH, especialmente a partir do disposto no artigo 2 da Convenção Americana que determina aos Estados o dever de adequar as disposições jurídicas internas ao conteúdo das normas convencionais de direitos humanos.⁶⁰⁹ Determina que juízes supranacionais, ao desenvolverem seu ofício de intérpretes das normas convencionais, bem como fiscais do adimplemento dos compromissos assumidos pelos Estados-membros, têm a competência de declarar a compatibilidade de uma norma ou ato estatal de natureza administrativa com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.⁶¹⁰ Também as autoridades nacionais têm o dever de fazer a compatibilização dos atos estatais internos com as normas de direitos humanos, ainda que a Corte reconheça uma margem de discricionariedade (subsidiariedade substancial, nesse caso) para a forma como o controle deveria ser desempenhado.⁶¹¹ Essa atuação será objeto de análise do terceiro capítulo.

⁶⁰⁷ PETERS, Anne. Humanity as the A and Ω of Sovereignty. **The European Journal of International Law**, v. 20 n. 3, 2009, p. 513-544, doi: 10.1093/ejil/chp026, p. 515, *et. seq.*

⁶⁰⁸ NEGISHI, Yota. The subsidiarity principle’s role in allocating competences between human rights courts and states parties: the hybrid model of centralized and diffused conventionality control of domestic law. *In*: BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Ius Constitutionale Commune na América Latina**. V. III. Diálogos Jurisdicionais e Controle de Convencionalidade. Curitiba: Juruá, 2016, p. 125-160, p. 135-137.

⁶⁰⁹ Como salienta Burgorgue-Larsen, tal referência não existe no Convenio Europeu de Direitos Humanos, o que autoriza deduzir que se trate de particularidade do sistema interamericano. BURGORGUE-LARSEN, Laurence. Crónica de una teoría de moda en América Latina – descifrando el discurso doctrinal sobre el control de convencionalidad. *In*: BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Ius Constitutionale Commune na América Latina**. Vol. III. Diálogos Jurisdicionais e Controle de Convencionalidade. Curitiba: Juruá, 2016, p. 11-47, p. 18.

⁶¹⁰ NEGISHI, *op. cit.*, p. 136.

⁶¹¹ CORTE IDH. **Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276, párrafo 124. “Finalmente, en relación con los argumentos del representante y de la Comisión [...] sobre la vulneración del derecho a la protección judicial con motivo de la ausencia de un Tribunal Constitucional, si bien la Corte reconoce la importancia de éstos órganos como protectores de los mandatos constitucionales y los derechos fundamentales, la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad. En este sentido, la Corte recuerda que la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana le compete a todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles.”

Não obstante, é importante ressaltar que a linha entre as duas facetas da subsidiariedade, controle e deferência, é tênue. Como demonstra o caso *Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia*, a atuação subsidiária do órgão supranacional foi evidenciada em relação ao controle de convencionalidade realizado pelos tribunais domésticos.⁶¹² Esse caso tratou de um bombardeio, pela força aérea colombiana, da população residente na região de Santo Domingo, no departamento de Arauca, ocasionando a morte de dezessete civis, mais vinte e sete feridos, incluindo crianças. Ao se pronunciar sobre o papel dos Estados na proteção dos direitos humanos, a Corte IDH asseverou que o princípio da subsidiariedade (por ela tratado como complementariedade) implica que os Estados devem solucionar as violações de direitos humanos no âmbito doméstico, a partir de seus próprios recursos⁶¹³ – e aqui existe uma margem de discricionariedade para o Estado, desde que pautada pelos critérios da efetividade e da adequação dos recursos empregados, com a qual a Corte demonstrou inequivocamente sua abertura ao diálogo:

*Así, la jurisprudencia de la Corte muestra casos en que se retoman decisiones de tribunales internos para fundamentar y conceptualizar la violación de la Convención en el caso específico. En otros casos se ha reconocido que, en forma concordante con las obligaciones internacionales, los órganos, instancias o tribunales internos han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que dio origen al caso; ya han resuelto la violación alegada; han dispuesto reparaciones razonables, o han ejercido un adecuado control de convencionalidad.*⁶¹⁴

O que chama a atenção nesse caso é precisamente o fato de a Corte IDH reconhecer o caráter dinâmico do princípio da subsidiariedade, de modo que o sistema interamericano visa cooperar com os Estados em um ambiente de coexistência.⁶¹⁵

No caso Europeu, é preciso ter em conta que convivem paralelamente dois sistemas jurídicos – o da União Europeia, que tem como órgão jurisdicional o Tribunal de Justiça da União Europeia, e o do Conselho da Europa, cujo órgão jurisdicional é o Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Se o primeiro tem por marco legal o Tratado da União Europeia, o segundo se fundamenta na Convenção Europeia sobre Direitos Humanos de 1950. Os dois órgãos jurisdicionais têm competência para tratar da proteção dos direitos humanos na Europa, especialmente depois da aprovação da Carta de Direitos Fundamentais da União

⁶¹² BURGORGUE-LARSEN, *op. cit.*, p. 22-23.

⁶¹³ CORTE IDH. **Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia**. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C-259, párrafo n. 142.

⁶¹⁴ *Ibid.*, párrafo n. 143

⁶¹⁵ *Ibid.*, párrafo n. 143.

Europeia, que passou a ter força vinculante para os Estados Europeus (salvo Reino Unido e Polónia) em virtude do Tratado de Lisboa de 2007.⁶¹⁶

A dinâmica dos sistemas, contudo, é um pouco diferente. No caso do Tribunal de Justiça da UE se pode deduzir a realização de um “controle de comunitariedade”, fundado na automática prevalência das normas oriundas dos tratados internacionais da UE sobre as normas internas. Esse “controle de comunitariedade” é desencadeado especialmente pelos juízes internos dos Estados, diante da prevalência da norma convencional⁶¹⁷, o que faz com que alguns autores reconheçam na jurisdição do Tribunal de Justiça uma espécie de controle de convencionalidade ou controle de constitucionalidade.⁶¹⁸

Se o nível de coesão entre os Estados integrantes da União Europeia é elevado, o mesmo não se poderia afirmar no caso do sistema europeu, formado por 47 países e marcado por um intenso pluralismo. Mas o ponto central diz respeito à ausência de uma norma convencional com a mesma força do artigo 2 da Convenção Americana naquele sistema, a fim de obrigar os Estados a adotarem medidas de caráter interno para tornar efetivas as disposições de direitos humanos. Ainda assim, os diálogos entre juízes nacionais e juízes supranacionais no sistema europeu poderiam sugerir uma prática análoga ao do controle de convencionalidade. Segundo De Vergottini, na medida em que os tribunais estatais realizam uma interpretação conforme os tratados de direitos humanos, efetivam autêntico controle de convencionalidade que favorece uma conformação entre normas internas e vínculos normativos decorrentes dos tratados. Fornece como exemplo o caso francês, em que tribunais ordinários e especiais realizam um controle difuso das leis declaradas incompatíveis com normas convencionais, tendo em vista a suprallegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos naquele sistema: “*en lo que respecta a los tratados en materia de derechos humanos surge la obligación de los jueces de aplicar la Convención también por medio de la intervención del juez de constitucionalidad*”.⁶¹⁹

⁶¹⁶ RUIZ-MORALES, Manuel L. El control de convencionalidad y los sistemas de protección de los derechos humanos americano y europeo. Su recepción en el caso argentino y español. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, 21, 129-160, 2017. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.21.06>. Acceso en: 20 jul. 2019, p. 145-146.

⁶¹⁷ “*En Simmenthal, el TJUE argumenta que la existencia de una norma nacional incompatible con la norma comunitaria, provoca la inaplicación de la primera, toda vez que el derecho de la UE no puede ser contradicho por una norma de un Estado particular.*” *Ibid.*, p. 147.

⁶¹⁸ GOMES, Eduardo Biacchi; TOMÉ DA MATA, Edilany. Control de convencionalidad/constitucionalidad en la Unión Europea y el Sistema de Reenvío Perjudicial. **Revista Sequência**, n. 81, p. 47-76, Florianópolis, abr. 2019, p. 51. Estes autores vão além para reconhecer um controle de convencionalidade no sistema europeu de direitos humanos, concepção da qual não partilho, como exposto no texto a seguir.

⁶¹⁹ DE VERGOTTINI, Giuseppe. El diálogo entre tribunales. Traducción de F. Reviriego Picón. UNED, **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 28, p. 335-352, 2011, p. 348. Também reconhecendo essa possibilidade, CONTESSÉ, Jorge. The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A rejoinder to Paolo Carozza and Pablo González Domínguez. **International Journal of Constitutional Law**. v. 15, n. 2, p. 414-435, 2017. Available at: <https://ssrn.com/abstract=2795312>. Access in: Sep. 18, 2019, p. 11.

Mais além, vale observar que qualquer cidadão europeu pode acessar diretamente o TEDH para denunciar a violação de um direito humano por meio da garantia do amparo⁶²⁰ – prerrogativa que não se estende aos cidadãos presentes no sistema interamericano, por razões diversas, dentre as quais a logística da própria estrutura muito mais acanhada desse sistema. Quando se verifica uma incompatibilidade estrutural no sistema jurídico de um Estado e a Convenção e a jurisprudência produzida pelo TEDH, a gerar uma multiplicidade de amparos semelhantes, sobre o mesmo tema, essa corte pode contar com a sentença piloto, a qual exige do Estado a adaptação do seu sistema a fim de cessar as contínuas violações. Ainda assim, trata-se de uma decisão dirigida a aquele Estado, o que evidencia outra diferença profunda entre a Corte IDH e o TEDH: enquanto a primeira faz uso de suas sentenças para fixar *standards* de proteção dos direitos humanos a segunda se dirige à solução do caso concreto, de uma violação específica.⁶²¹

Em que pesem esses fatores, que permitem deduzir a particularidade do controle de convencionalidade como elemento inerente ao sistema interamericano, é inegável a influência que as decisões do TEDH exercem nos sistemas jurídicos internos, inclusive orientando a interpretação das normas de direitos fundamentais.⁶²²

3.2.3 Princípio da subsidiariedade em sentido remedial

A terceira modalidade de subsidiariedade apontada por Besson, subsidiariedade em sentido remedial, diz respeito ao espaço de discricionariedade que os Estados teriam para definir a melhor forma de adimplir com as obrigações fixadas pelos órgãos supranacionais por meio de sentenças ou recomendações. Dessa forma, quando um Estado é condenado por violação a direitos humanos, nascem para ele novas obrigações, tanto de reparar os danos causados às vítimas como medidas voltadas para a não repetição dessas violações. A subsidiariedade remedial em sentido negativo ressalta de forma mais eloquente o papel primordial dos Estados na proteção dos direitos humanos.⁶²³

⁶²⁰ RUIZ-MORALES, Manuel L. El control de convencionalidad y los sistemas de protección de los derechos humanos americano y europeo. Su recepción en el caso argentino y español. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, 21, 129-160, 2017. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.21.06>. Acceso en: 20 jul. 2019, p. 150.

⁶²¹ RUIZ-MORALES, Manuel L. El control de convencionalidad y los sistemas de protección de los derechos humanos americano y europeo. Su recepción en el caso argentino y español. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, 21, 129-160, 2017. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.21.06>. Acceso en: 20 jul. 2019, p. 150-151.

⁶²² *Ibid.*, p. 151.

⁶²³ BESSON, Samantha. Subsidiarity in International Human Rights Law—What is Subsidiary about Human Rights? **The American Journal of Jurisprudence**, v. 61, n. 1, 2016, p. 69–107. Available at:

A realização prática das determinações provenientes dos tribunais supranacionais depende intimamente da coordenação dos esforços das instituições nacionais, especialmente órgãos administrativos e jurisdicionais. Ademais, sua cooperação com a instância internacional a partir do acatamento das obrigações definidas é essencial para a operacionalidade de todo o sistema.⁶²⁴

O espaço deixado pelos órgãos supranacionais aos Estados varia significativamente do sistema europeu para o sistema interamericano. A fixação de remédios voltados para a compensação dos danos decorrentes de violação de direitos humanos no plano europeu encontra fundamento no artigo 46.1 da Convenção Europeia e no princípio da *restitutio in integrum*, e engloba o pagamento de compensação, a adoção de medidas individuais com o objetivo de cessar as violações e restituir o requerente à situação anterior, dentro do possível, e finalmente, adoção de medidas gerais voltadas para a garantia de que violações similares não ocorram.⁶²⁵

Na definição dessas medidas, tradicionalmente o TEDH deixava amplo espaço de discricionariedade para os Estados, cabendo a eles determinar as ações específicas que tomariam em cada seara em um amplo exercício de subsidiariedade remedial negativa.⁶²⁶ É incumbência do Comitê de Ministros do Conselho Europeu realizar o monitoramento dessas ações, de modo que o processo de reparação das vítimas acaba por se realizar na arena política. Esse mecanismo costuma ser defendido na medida em que respeita o espaço de deliberação democrática institucional interna, em que os órgãos estatais impactados pelas medidas de reparação decidem sobre o melhor curso de ação a cumprir. Dessa forma, os Estados desenvolveriam um senso de autoria e propriedade das políticas públicas, medidas legislativas ou judiciais, favorecendo sua natural implementação pelos Estados no lugar de soluções específicas impostas por um sistema *top-down*.⁶²⁷ Todavia, essa maior liberdade também desencadeou algumas críticas como a necessidade de se gerar um monitoramento

https://pdfs.semanticscholar.org/e653/cf74fde3c23f05f5303d37d70ed2a18d5238.pdf?_ga=2.203510995.271121879.1581110693-1268182152.1581110693. Access in: Jan. 30, 2019, p. 82-83.

⁶²⁴ SANTIAGO, Alfonso. El principio de subsidiariedad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. **Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas**. Instituto de Política Criminal, 7 ago. 2013. Disponible en: <https://www.ancmyp.org.ar/user/files/02-Santiago13.pdf>. Acceso en: 22 maio 2019, p. 457.

⁶²⁵ ISSAEVA, Maria; SERGEEVA, Irina; SUCHKOVA, Maria. Execução das decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos na Rússia: Avanços recentes e desafios atuais. **SUR Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 8, n. 15, dez. 2011, p. 70.

⁶²⁶ BESSON, Samantha. Subsidiarity in International Human Rights Law—What is Subsidiary about Human Rights? **The American Journal of Jurisprudence**, v. 61, n. 1, 2016, p. 69–107. Available at: https://pdfs.semanticscholar.org/e653/cf74fde3c23f05f5303d37d70ed2a18d5238.pdf?_ga=2.203510995.271121879.1581110693-1268182152.1581110693. Access in: Jan. 30, 2019, p. 83; ISSAEVA, Maria; SERGEEVA, Irina; SUCHKOVA, Maria. Execução das decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos na Rússia: Avanços recentes e desafios atuais. **SUR Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 8, n. 15, dez. 2011, p. 71.

⁶²⁷ ISSAEVA; SERGEEVA; SUCHKOVA, *op. cit.*, p. 71-72.

mais objetivo por parte do Comitê de Ministros, assim como possibilitar a execução judicial no plano doméstico de forma melhor delineada.⁶²⁸

Em estudo publicado em 2018, o TEDH reconheceu que cerca de mais da metade de suas sentenças ainda não haviam sido plenamente cumpridas.⁶²⁹ Estados como Rússia e Turquia, apesar de esforços internos, costumam despontar entre os que enfrentam dificuldades para cumprir medidas individuais e gerais voltadas para a reparação integral e a não repetição.⁶³⁰ Especialmente no caso de obrigações de fazer, o inadimplemento parece acompanhar o grau de especificidade da medida imposta ao Estado. A título de exemplo, medidas como um pedido público de desculpas por parte do Estado são cumpridas em 31% dos casos, já a determinação de processar e julgar agentes violadores de direitos é cumprida apenas em uma variação de 13 a 19%, e a obrigação de mudar a legislação interna cumprida em 5% dos casos. Quanto mais estrutural a medida, mais difícil se mostra seu adimplemento.⁶³¹ Verifica-se, assim, que o inadimplemento é alto quando os Estados têm amplos espaços de discricionariedade para definir as medidas de compensação e reparação (dimensão negativa da subsidiariedade remedial), porém igualmente elevado quando essa margem se reduz frente à uma determinação mais específica.⁶³²

O TEDH tem enfrentado um dilema muito próximo daquele com que lida a Corte IDH: se suas sentenças determinam majoritariamente medidas de compensação monetária têm maiores índices de *compliance*, porém se reduz significativamente a possibilidade de impactarem mudanças no Estado e coibirem novas violações de direitos humanos. Em contrapartida, se as sentenças obrigam os Estados a adotar medidas individuais e gerais de reparação integral, orientando mudanças estruturais⁶³³, poderiam gerar um impacto

⁶²⁸ *Ibid.*, p. 71.

⁶²⁹ FIKFAK, Veronika. Changing State Behaviour: Damages before the European Court of Human Rights. **The European Journal of International Law** Vol. 29 no. 4, 2018, p. 1091-1125. Available at: <https://academic.oup.com/ejil/article-abstract/29/4/1091/5320178>. Access in: 22 set. 2019, p. 1092.

⁶³⁰ ISSAEVA; SERGEEVA; SUCHKOVA, *op. cit.*, p. 72-73; 75-76. Notadamente quando essas medidas envolvem reabertura de processos judiciais, ou medidas gerais voltadas para resolução de problemas sistêmicos.

⁶³¹ FIKFAK, Veronika. Changing State Behaviour: Damages before the European Court of Human Rights. **The European Journal of International Law** Vol. 29 no. 4, 2018, p. 1091-1125. Available at: <https://academic.oup.com/ejil/article-abstract/29/4/1091/5320178>. Access in: 22 set. 2019, p. 1094.

⁶³² Em virtude desse quadro, algumas vezes na doutrina e mesmo dentre juizes do TEDH tem surgido em favor da adoção de indenizações punitivas (“punitive damages”) para Estados que reiteradamente violam direitos humanos e descumprem as decisões internacionais. A teoria estaria calcada na mudança havida na CEDH pelo Protocolo n. 14, que permite que o Comitê de Ministros, responsável pelo monitoramento das decisões, apresente à Corte o Estado inadimplente. Trata-se de medida ainda controversa no direito internacional. *Ibid.*, p. 1096-1097.

⁶³³ Medida que tem se intensificado no sistema europeu no caso das sentenças piloto. BESSON, Samantha. Subsidiarity in International Human Rights Law—What is Subsidiary about Human Rights? **The American Journal of Jurisprudence**, v. 61, n. 1, 2016, p. 69–107. Available at: https://pdfs.semanticscholar.org/e653/cf74fde3c23f05f5303d37d70ed2a18d5238.pdf?_ga=2.203510995.271121879.1581110693-1268182152.1581110693. Access in: Jan. 30, 2019, p. 83.

transformador nesses Estados, porém contarão com menor adesão.⁶³⁴ De fato, mudanças profundas são difíceis de serem enfrentadas e exigem uma coordenação política nos Estados.

O papel que a dimensão de discricionariedade deixa aos Estados para a especificação dessas medidas também pode influenciar nessa equação. Medidas mais específicas podem ser mais facilmente monitoradas e cobradas, porém podem enfrentar resistência se Estados compreenderem-nas como produto de ilegítima invasão na sua esfera de competências. No sistema europeu, o desenho institucional garante aos Estados uma ampla liberdade na escolha dos remédios a serem adotados para solucionar a violação de direitos humanos. Essa escolha deve estar pautada por um raciocínio de lógica inversa: “*Once an adverse ruling is rendered, states must work backwards from the violation to understand what must be changed to remedy it in the specific case and to ensure future cases do not arise*”.⁶³⁵ Nesse caso, a efetividade das medidas fica submetida ao bom senso dos governantes e à eficiência dos mecanismos institucionais de *accountability*, que cobrarão democrática e deliberativamente medidas estruturais produtivas.

Contudo, existem vantagens também na maior especificação das medidas fixadas nas sentenças europeias. Obrigações específicas podem facilitar o trabalho dos Estados, pois reduzem o espaço de incertezas e múltiplas interpretações que podem levar a medidas ineficientes e conseqüentemente ao descumprimento dos tratados internacionais.⁶³⁶

No caso europeu, essa maior especificidade costuma vir alinhada às sentenças piloto, um mecanismo desenvolvido pelo TEDH para tratar de demandas repetitivas que apontem para deficiências estruturais na proteção de direitos humanos. Por meio desses julgamentos, o Tribunal enfrenta os problemas apresentados pelo Estado apontando para medidas capazes de implementar as mudanças necessárias a melhor proteção e satisfação dos direitos.⁶³⁷ As sentenças piloto são prioritariamente proferidas pela Câmara Maior (*Grand Chamber*)⁶³⁸ do TEDH e implicam o reconhecimento de deficiências estatais que afetam direitos humanos de grupos de indivíduos, razão pela qual esses Estados necessitariam de orientação por parte do Tribunal para identificar as melhores medidas administrativas, legislativas ou judiciais para

⁶³⁴ FIKFAK, *op. cit.*, p. 1099.

⁶³⁵ *Ibid.*, p. 1100.

⁶³⁶ FIKFAK, Veronika. Changing State Behaviour: Damages before the European Court of Human Rights. **The European Journal of International Law** Vol. 29 no. 4, 2018, p. 1091-1125. Available at: <https://academic.oup.com/ejil/article-abstract/29/4/1091/5320178>. Access in: 22 set. 2019, p. 1101.

⁶³⁷ BUYSE, Antoine. The Pilot Judgment Procedure at the European Court of Human Rights: Possibilities and Challenges. **Nomiko Vima (Greek Law Journal)**, November 2009, p. 1-15, p. 1.

⁶³⁸ Apesar de a doutrina entender preferível que os julgamentos piloto se realizem pela Câmara Maior, eles já foram realizados também pelas Seções do TEDH. *Ibid.*, p. 6.

enfrentá-las. O cumprimento dessas decisões se faz mediante a intermediação do Conselho de Ministros, com a anuência do Conselho da Europa.⁶³⁹

O primeiro caso a assumir essa roupagem foi *Broniowski vs. Polônia*, de 2002, em que soluções amistosas foram atingidas em 2004 e 2005 para tratar dos poloneses deslocados para países do leste europeu logo após a II Guerra Mundial. Um grupo de aproximadamente cem mil pessoas (dentre as quais os antecedentes de Broniowski) ficou sem terras, sem moradia ou qualquer compensação financeira em razão do deslocamento. Para além de tratar o caso como violação isolada do direito de propriedade, em que o Estado teria amplitude para enunciar as medidas de reparação, o TEDH reconheceu uma falha estrutural do Estado polonês na proteção dos direitos humanos desse grupo de pessoas. Tomou as rédeas da definição das medidas compensatórias e reparatórias a serem adotadas pela Polônia. Ainda que a especificação das medidas a serem adotadas em redução da discricionariedade estatal não seja um elemento essencial dos julgamentos piloto, sem dúvida reflete a realidade da maioria dos casos.⁶⁴⁰

Se os julgamentos pilotos fazem parte de uma guinada adotada pelo TEDH para enfrentar o grande número de demandas repetitivas, bem como violações de direitos humanos que refletiam além de problemas pontuais e individuais verdadeiras deficiências estruturais dentro de Estados Europeus, essa tem sido a realidade da Corte IDH praticamente desde seu primeiro julgado, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Ali, ela teve oportunidade de reconhecer o desaparecimento forçado como uma prática contumaz do regime autoritário então vigente, a fim de dar ao caso um tratamento que não só definiu os liames do delito internacional de desaparecimento forçado como demonstrou sua preocupação com a violência estrutural de direitos humanos. Diante dessa preocupação, a Corte IDH atribuiu um sentido muito particular à ideia de reparação integral⁶⁴¹, indo além da ideia de satisfação dos direitos das vítimas e compensação dos danos.

Essa perspectiva está intimamente ligada ao dever de respeitar os direitos humanos inscrito no artigo 1.1 da Convenção Americana, segundo o qual todos os Estados se comprometem a adotar posturas que evitem violações a direitos humanos, como também previnam e garantam concretamente o livre exercício desses direitos pelas pessoas sob sua

⁶³⁹ *Ibid.*, p. 2.

⁶⁴⁰ *Ibid.*, p. 3; 8.

⁶⁴¹ SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo. Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. **Ius Constitutionale Commune en América Latina**: textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales el Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 457-502, p. 459.

jurisdição. Mais adiante, o artigo 2 da Convenção exige dos Estados a adoção de medidas internas legislativas ou de outra natureza que se mostrem necessárias para a garantia da efetividade das normas convencionais no plano interno. Finalmente, o artigo 63 da Convenção incumbe à Corte IDH o dever de determinar que “*se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados*”, que “*se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de [...] derechos*” e finalmente “*el pago de una justa indemnización*”. Essas determinações conferem poder à Corte IDH para tratar das violações de direitos humanos em sentido muito mais abrangente, garantindo maleabilidade dinâmica ao conceito de reparação integral.⁶⁴² A normativa convencional fundamenta obrigações definidas em sentenças que ultrapassam a reparação e compensação individual para abarcar também o tratamento de problemas estruturais que tenham gerado as violações a direitos humanos.⁶⁴³

A título de reparação (restituição) e satisfação, as obrigações fixadas pela Corte IDH envolvem, por exemplo, o reestabelecimento da liberdade da vítima (caso *Loayza Tomayo vs. Peru*), a determinação da reintegração da vítima ao cargo do qual foi injustamente afastada (*Aspitz Barbera e outros vs. Venezuela*), recuperação da identidade e restituição do vínculo familiar (*Gelman vs. Uruguai*, *Fornerón e filhas vs. Argentina*), tratamento e assistência médica ou psicológica gratuito para as vítimas (*Barrios Altos vs. Peru*, *Atala Riffo e filhas vs. Chile*), obrigação de investigar os fatos, julgar os responsáveis e aplicar sanções (comuns em casos envolvendo execuções extrajudiciais e desaparecimento forçado, como *Gomes Lund e outros vs. Brasil*), publicação da sentença em sites públicos como medida de satisfação (a partir de *Barrios Altos vs. Peru*, essa medida passou a ser determinada em praticamente todos os casos), comumente acompanhada da obrigação de o Estado realizar um ato público de reconhecimento da responsabilidade internacional pela violação de direitos humanos (*Barrios Altos vs. Peru*, *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, *Atala Riffo e filhas vs. Chile*).⁶⁴⁴ Nessa seara, a Corte IDH exerce uma direção minuciosa da atuação do Estado, deixando pouco espaço para discricionariedade estatal.⁶⁴⁵ Nos casos dos atos públicos, por exemplo, a Corte

⁶⁴² CALDERÓN GAMBOA, Jorge F. La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano. Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas, **Suprema Corte de la Nación**, 2013. p. 146-219. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33008.pdf>. Acceso en: 20 abr. 2019, p. 155.

⁶⁴³ SAAVEDRA ALESSANDRI, *op. cit.*, p. 461-464.

⁶⁴⁴ CALDERÓN GAMBOA, Jorge F. La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano. Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas, **Suprema Corte de la Nación**, 2013. p. 146-219. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33008.pdf>. Acceso en: 20 abr. 2019, p. 172-183.

⁶⁴⁵ Existem casos, todavia, em que a Corte IDH homologa acordos entre Estado e vítimas na definição de obrigações de homenagem e preservação da memória, como em *Benavides Cevallos vs. Equador*, em que o Estado se comprometeu em preservar o nome da vítima Consuelo Benavides Cevallos atribuindo-o a praças e ruas. No caso *Radilla Pacheco vs. México*, a Corte IDH reconheceu como válida a sugestão do Estado mexicano de realizar um filme sobre a vida da vítima. *Ibid.*, p. 181-182.

IDH determina a língua da cerimônia, o conteúdo do ato e as autoridades que devem estar presentes, deixando ao encargo do Estado e das vítimas acordarem detalhes como local e data da realização.⁶⁴⁶

Em contrapartida, na definição das medidas de caráter estrutural a Corte IDH tem mostrado maior abertura para o diálogo com os Estados, oportunidade em que o princípio da subsidiariedade remedial se manifesta.

As garantias de não repetição podem ser definidas como medidas de caráter estratégico capazes de modificar a estrutura social/estatal que viabilizou a violação, envolvendo especialmente a capacitação de funcionários estatais e educação da população para o respeito aos direitos humanos, a modificação de leis internas em desconformidade com a CADH e a elaboração e adoção de políticas públicas voltadas para a satisfação desses direitos.⁶⁴⁷

O conteúdo da prescrição relativa a essas garantias de não repetição não é uniforme, mas depende de circunstâncias e contexto de cada caso concreto. É o que se percebe no caso *Masacre Plan de Sanchez vs. Guatemala* (2004). O Estado fora responsabilizado pelo massacre de 268 pessoas, em sua maioria pertencentes à população indígena maia, por forças do Exército, em 1982.⁶⁴⁸ Nesse caso, a Corte determinou, para além da condenação ao pagamento de significativa indenização pecuniária a cada uma das vítimas, que o Estado desenvolvesse programas de estudo e difusão da língua “*achi'*”, em conjunto com as comunidades afetadas, a fim de preservar uma cultura profundamente afetada pela perda de uma geração. Determinou ainda a elaboração de planos de habitação em conformidade com os padrões das vítimas, educação bilíngue, melhora das vias de acesso às comunidades e programas de saúde.⁶⁴⁹

Em casos de condenação do Brasil pela Corte IDH, medidas de não repetição foram abordadas frequentemente. No caso *Ximenes Lopes*, ao Estado foi determinado o desenvolvimento de programas de capacitação para o corpo pessoal médico, psiquiátrico, psicológico e enfermeiro vinculados ao tratamento de saúde mental, a fim de oferecerem aos pacientes um tratamento compatível com os *standards* internacionais e interamericanos.⁶⁵⁰ No

⁶⁴⁶ *Ibid.*, p. 180.

⁶⁴⁷ SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo. Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *In*: BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Ius Constitutionale Commune en América Latina*: textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales el Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 457-502, p. 467-468.

⁶⁴⁸ CORTE IDH. **Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala**. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116, párrafo n. 2.

⁶⁴⁹ *Ibid.*, párrafos 85; 110.

⁶⁵⁰ CORTE IDH. **Caso Ximenes Lopes vs. Brasil**. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párrafo n. 250.

caso Gomes Lund e outros, as garantias de não repetição abordaram a organização de um projeto de educação em direitos humanos para as forças armadas, a tipificação do delito de desaparecimento forçado, a acessibilidade, sistematização e publicação de documentos em poder do Estado que envolvam as operações militares na Guerrilha do Araguaia e, especialmente, a criação de uma Comissão da Verdade.⁶⁵¹ No caso Favela Nova Brasília, a Corte IDH determinou, entre outras medidas, que o Brasil criasse metas e políticas públicas de redução da letalidade da força policial, notadamente no Rio de Janeiro e possibilitasse por via legislativa ou outra a participação efetiva das vítimas nos processos de investigação criminal.⁶⁵² Esses exemplos permitem observar o elevado grau de ingerência da Corte na seara doméstica, porém uma ingerência particularmente dedicada à erradicação das condições que levaram à violação dos direitos humanos.

Entretanto, importa ressaltar que há situações em que as propostas apresentadas pelo Estado são efetivamente consideradas, como na sugestão da Polícia Civil do Rio de Janeiro para substituição da expressão “auto de resistência” por “lesão corporal ou homicídio derivado de intervenção policial”.⁶⁵³ Outro exemplo foi o caso *Órdenes Guerra vs. Chile*, julgado em 2018. A sentença interamericana reconheceu como válidos os critérios de reparações por violações aos direitos humanos (decorrentes do período da ditadura militar havida no Chile) fixados por programas e legislações estatais.⁶⁵⁴ Mesmo quando a Corte determina que se elaborem políticas públicas, deixa aos Estados a tarefa de se organizarem para sua elaboração, de acordo com as suas particularidades institucionais. Nesses casos, como em outros, denota-se algum espaço de manobra deixado aos Estados para a definição dos meios, as medidas em si (os fins), contudo, são determinadas pela Corte IDH.

Diante de todo o exposto, é possível verificar que o princípio da subsidiariedade, tal como uma moeda de dois lados, implica uma atuação coordenada dos níveis doméstico e supranacional nos sistemas de proteção dos direitos humanos. Os ajustes entre mais ou menos ingerência, mais ou menos deferência, e o relacionamento entre esses dois cursos de ação, dependem dos pormenores do desenho institucional de cada sistema, bem como do contexto histórico, social, político e econômico dos Estados que o compõem. Se a dimensão negativa

⁶⁵¹ CORTE IDH. **Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilla do Araguaia”) vs. Brasil**. Sentencia 24 noviembre 2010. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafos 281-290. Dentre as modificações estruturais determinadas pela Corte nesse caso, contudo, está o dever de o Estado investigar os fatos pertinentes à Guerrilha do Araguaia, identificar e processar os responsáveis, em descon sideração da Lei de Anistia, em virtude de sua incompatibilidade com a Convenção Americana. Essa medida foi flagrantemente descumprida pelo Estado brasileiro.

⁶⁵² CORTE IDH. **Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil**. Sentença de 16 de fevereiro de 2017. Exceções Preliminares, Mérito, Reparação e Custas. Série C-333, párrafos n. 322, 329.

⁶⁵³ *Ibid.*, párrafo n. 335.

⁶⁵⁴ CORTE IDH. **Caso Órdenes Guerra y otros vs. Chile**. Sentencia de 29 de noviembre de 2018. Fondo, Reparaciones y Costas. Série C-372, párrafos 98, 99.

da subsidiariedade pode gerar críticas que apontam para eventuais falhas na proteção de direitos humanos, as quais se veem acolhidas no guarda-chuva do pluralismo ou da força de maiorias pouco tolerantes, também o lado positivo pode ser criticado como uma ingerência autoritária, desprovida de legitimidade democrática, ou até imperialista.⁶⁵⁵ Essas críticas não devem ser estudadas em abstrato, mas, como mencionado, devem ser inseridas e contextualizadas na realidade concreta enfrentada por cada sistema.

O ponto que se pretende destacar é que o princípio da subsidiariedade deve ser compreendido como um elemento que liga a atuação dos agentes estatais e dos órgãos supranacionais. Quando se volta a atenção para os diálogos judiciais, em especial no sistema interamericano, fica ainda mais evidente que o controle exercido pela Corte IDH não deve ser realizado de forma isolada, mas sim partir de uma atuação cooperativa dos Estados.⁶⁵⁶ Esses, por sua vez, devem buscar no sistema regional de direitos humanos orientações e incentivos no combate à violação aos direitos humanos.

Essa interação dinâmica transparece no Preâmbulo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, segundo o qual a atuação da Corte e da Comissão é “complementar” a dos Estados. Nesse diapasão, surge um problema a ser enfrentado: complementariedade seria o mesmo que subsidiariedade? Se diferentes, qual seu sentido? Como, enfim, se deve compreender a subsidiariedade no sistema interamericano de direitos humanos?

Situada a especificidade do contexto social, econômico e político que ambienta a aplicação do princípio da subsidiariedade neste sistema, passa-se a enfrentar estas questões.

3.3 SUBSIDIARIEDADE E COMPLEMENTARIEDADE: UMA POSSÍVEL SÍNTESE NA FIGURA DA SUBSIDIARIEDADE EM SENTIDO COOPERATIVO⁶⁵⁷

A fim de enfatizar uma diferença substancial entre complementariedade e subsidiariedade, Simon Hentrei defende que a atuação das esferas nacional e regional do

⁶⁵⁵ SPANO, Robert. Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity. **Human Rights Law Review**, 2014, 14, 487–502. Downloaded from <https://academic.oup.com/hrlr/article-abstract/14/3/487/644292> by Max-Planck-Institute for medical research user on 28 January 2019, p. 489. No mesmo sentido, JACHTENFUCHS, Markus; KRISCH, Nico. Subsidiarity in Global Governance. **Law & Contemporary Problems**, v. 79, 2016. Available at: <http://ssrn.com/abstract=2672123>. Access in: Feb. 10, 2019, p. 2.

⁶⁵⁶ Essa atuação cooperativa dos Estados se coaduna com a proposta de Peter Haberle de um Estado Constitucional Cooperativo, aberto ao mundo tanto política como juridicamente. HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elizete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 6. Ainda que não seja uma realidade concreta, este modelo de Estado encontra raízes nos sistemas constitucionais latino-americanos e aponta a um por vir possível.

⁶⁵⁷ As ideias aqui apresentadas já foram discutidas em apresentação oral no ICON-S, Santiago, 3 de julho de 2019. OLSEN, Ana Carolina Lopes; FACHIN, Melina Girardi. Diálogo Judicial Cooperativo en el Ius Constitutionale Commune para la Defensa de los Derechos Humanos. Apresentação realizada no Painel n. 10, Dialogues: Building bridges to protect democracy and human rights. **ICON-S Conference**, em Santiago, Chile, 3 de junho de 2019.

sistema interamericano deveria se pautar por uma ação complementar e conjunta, o que permitiria distinguir o princípio da complementariedade daquele da subsidiariedade.⁶⁵⁸ Referida concepção fora originariamente buscada no sistema penal internacional materializado no Estatuto de Roma, segundo o qual o Tribunal Penal Internacional (TPI) complementa a ação estatal.⁶⁵⁹ Nesse sentido, mesmo que esgotada a jurisdição penal dos Estados, e com fundamento na sua falibilidade, haveria espaço complementar para a atuação do Tribunal a fim de promover a responsabilização internacional dos acusados de graves violações de direitos humanos.

A questão merece ser enfrentada a fim de se posicionar o sentido dessas categorias, já que o sentido que se atribui à subsidiariedade ou à complementariedade permite identificar os espaços de deferência ou ingerência na interação entre a esfera interna e a supranacional. Como se passa a demonstrar, o sentido da subsidiariedade adotado pelo sistema interamericano muito se aproxima do que Hentrei pretende propor com a ideia de complementariedade, embora os juízes da Corte Interamericana tratem indistintamente as duas expressões. Existem algumas nuances conceituais associadas à complementariedade, contudo, que comprometem a ideia de pluralismo e de harmonização. O que se percebe no sistema interamericano é uma interação que estaria aquém da ação conjunta na definição dos direitos, como idealizado por Hentrei, mas além de atuações jurisdicionais totalmente separadas e estanques. É nesse sentido que se propõe, uma vez enfrentadas as particularidades entre complementariedade e subsidiariedade, a subsidiariedade em sentido cooperativo: categoria que acaba por combinar a ideia de atuação complementar entre as cortes com uma divisão de tarefas na aplicação dos direitos humanos.

Em primeiro lugar, há que se observar que a transposição de um elemento inerente ao sistema penal internacional materializado no Estatuto de Roma para o sistema interamericano impõe arestas incompatíveis com sua lógica plural e multinível. Como se recorda a partir da obra de Delmas-Marty (primeiro capítulo, seção 2.2), o sistema penal que compreende a atuação do Tribunal Penal Internacional propõe uma unificação por hibridização, na medida em que as várias influências do sistema acusatório e inquisitório se fundem para gerar uma normativa abrangente e totalizante. Em sistemas regionais de proteção de direitos humanos,

⁶⁵⁸ HENTREI, Simon. **Complementary Adjudication**: Legitimizing International Judicial Authority in the Americas. Tese depositada perante a Faculdade de Direito da Universidade de Frankfurt am Main: Set. 2018, defendida em 29 out. 2019, p. 79.

⁶⁵⁹ HENTREI, Simon. La generalización del principio de complementariedad en aras de configurar la autoridad judicial internacional. In: UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio; SAIZ ARNAIZ, Alejandro; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coord.). **La garantía jurisdiccional de los Derechos Humanos**: un estudio comparado de los sistemas regionales de tutela: europeo, interamericano y africano. European Inklings, n. 6, 2015, p. 178-200, p. 187.

como o interamericano, a compatibilização do pluralismo se deve verificar por um processo de harmonização que deixa espaço preservado para a diversidade normativa. Nesse caso, permanecem bem identificadas as esferas de atuação nacional e supranacional, em círculos concêntricos com núcleos comuns (*standards* de direitos humanos), porém com dinâmicas e características próprias.⁶⁶⁰

O sistema interamericano é composto por sistemas jurídicos que partilham elementos históricos, políticos e sociais, mas o sentimento de identidade que informa cada povo tem particularidades que influenciam na sua formação jurídica. Ainda que as raízes sejam partilhadas, é preciso reconhecer que as soluções, inclusive no tocante ao desenho institucional, variaram⁶⁶¹, de modo que uma unificação pode comprometer o necessário arejamento do sistema.

Ainda que vencido o vício de origem, a perspectiva normativa de complementariedade como preferível à subsidiariedade estaria fundada em três aspectos centrais: a literalidade do texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a promoção de uma relação heterárquica e a mutualidade.⁶⁶²

Em primeiro lugar, Hentrei salienta que o texto do Preâmbulo da Convenção Americana se refere explicitamente a uma atuação “*coadyuvante o complementaria*” e não subsidiária.⁶⁶³ Apesar da relevância do texto, por muitos anos a Corte IDH aplicou indistintamente os termos complementariedade e subsidiariedade.⁶⁶⁴ Recentemente, tem se referido ao princípio da complementariedade⁶⁶⁵, como ato de fidelidade ao texto da Convenção. Porém, para além da literalidade, há que se compreender o sentido do termo.

⁶⁶⁰ Nessa mesma linha se posiciona Samantha Besson quando se reporta a uma “atuação complementar” entre as esferas nacional e internacional para proteção dos direitos humanos. BESSON, Samantha. *Subsidiarity in International Human Rights Law—What is Subsidiary about Human Rights?* *The American Journal of Jurisprudence*, v. 61, n. 1, 2016, p. 69–107. Available at: https://pdfs.semanticscholar.org/e653/cf74fde3c23f05f5303d37d70ed2a18d5238.pdf?_ga=2.203510995.271121879.1581110693-1268182152.1581110693. Access in: Jan. 30, 2019, p. 84. Essa atuação é complementar na medida em que se volta para um fim partilhado pelas duas esferas jurisdicionais, tutelar os direitos humanos, mas não se confunde em uma só.

⁶⁶¹ GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución: Dos siglos de constitucionalismo em América Latina (1810 – 2010)*. Buenos Aires: Katz, 2014, p. 202-203.

⁶⁶² HENTREI, Simon. *Complementary Adjudication: Legitimizing International Judicial Authority in the Americas*. Tese depositada perante a Faculdade de Direito da Universidade de Frankfurt am Main: Set. 2018, defendida em 29 out. 2019, p. 79.

⁶⁶³ *Ibid.*, p. 80.

⁶⁶⁴ VARGAS VERA, Georgina (2018). La aplicación del Principio de Subsidiariedad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: avances y retos. *Iuris Dictio* n. 21, p. 99-109, 2018, p. 101; CORTE IDH. **Caso Cepeda Vargas vs. Colombia**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, voto concurrente del Juez Diogo García-Sayán; CORTE IDH. **Caso Terrones Silva y otros vs. Perú**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C-360, párrafo n. 133; CORTE IDH. **Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia**. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C-259, párrafos n. 37, in fine, y 142.

⁶⁶⁵ CORTE IDH. **Caso Arrom Suhurt y otros vs. Paraguay**. Fondo. Sentencia de 13 de mayo de 2019. Serie C No. 377, párrafo n. 143. CORTE IDH. **Caso Colindres Schonenberg vs. El Salvador**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2019. Serie C No. 373, párrafo n. 73-75.

Ainda que se adote a expressão “complementariedade”, seu substrato não poderia ter como objetivo gerar um sistema jurídico unitário de direitos humanos, em que jurisdição nacional e supranacional se confundam, mas deve deixar espaço para que os diálogos judiciais promovam a comunicação entre os níveis, resguardando suas competências.

Num segundo momento, segundo Hentrei, a subsidiariedade sugeriria a imposição de uma escala hierárquica entre esferas nacional e supranacional a partir da divisão entre os níveis jurisdicionais, de modo a gerar exclusão de competências e concorrência no processo de definição dos direitos humanos. A complementariedade, em contrapartida, representaria integração, acomodação de significados, uma estrutura não hierárquica de competências e mutualidade.⁶⁶⁶

Ocorre que a subsidiariedade não é hierárquica quando aplicada ao Direito Internacional de Direitos Humanos, seja porque reconhece espaço de autonomia para as instâncias locais de decisão, seja porque demanda das instâncias internacionais uma atuação colaborativa – não superior. Dessa interação, inclusive, surge um produto comum que é o discurso normativo dos direitos humanos.⁶⁶⁷ Aqui se verifica precisamente a mutualidade e a heterarquia que Hentrei reconhece na ideia de complementariedade, mas nega à subsidiariedade.

A subsidiariedade no sistema interamericano não implica a exclusão da esfera supranacional em favor da nacional, mas de fato uma atuação inclusiva voltada para um objetivo partilhado pelos dois níveis (nacional e supranacional), qual seja, a proteção dos direitos humanos. Esses níveis, entretanto, não se fundem, mas devem seguir paralelamente, e a partir de suas posições cooperam entre si, preservando sua identidade, suas características e atribuições. Mesmo diante de uma soberania flexibilizada e da estatalidade aberta, não se deve perder a noção de autonomia da produção jurídica nacional. Ainda, ressalta-se que a subsidiariedade não necessariamente implica hierarquia, embora seja necessário reconhecer que os órgãos supranacionais têm um diferente *status* jurídico em relação aos nacionais. Não são superiores quando controlam, nem inferiores quando deferem, porém dotados de atribuições diferentes e complementares, de modo que os mesmos testes de legitimidade que se aplicam aos órgãos jurisdicionais nacionais não se podem reproduzir na esfera regional.⁶⁶⁸

⁶⁶⁶ HENTREI, *op. cit.*, p. 79-84.

⁶⁶⁷ CAROZZA, Paolo. **Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law**. Notre Dame Law School. Scholarly Works. Paper 564. 2003. Available at: http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/564. Access in: Feb. 20, 2019, p. 58.

⁶⁶⁸ O tema da autoridade e legitimidade da Corte Interamericana será abordado no terceiro capítulo.

Inevitavelmente, a atuação da Corte IDH está condicionada à violação de direitos humanos pelo Estado, mecanismo que enfatiza uma dualidade própria da subsidiariedade.

Finalmente, em terceiro lugar, Hentrei afirma que enquanto a subsidiariedade seria estática, a complementariedade seria dinâmica, implicando uma relação mútua de produção de sentidos. Essa mutualidade já foi observada quando do reconhecimento do caráter coevolutivo dos diálogos entre a Corte IDH e as cortes nacionais.⁶⁶⁹ Hentrei parece se referir a uma concepção genérica de subsidiariedade que não é aquela aplicada ao Direito Internacional de Direitos Humanos, em que não se verifica a alegada competição, nem mesmo hierarquia.⁶⁷⁰

Em suma, a subsidiariedade aplicada ao sistema interamericano assume uma série de características que se poderiam atribuir à complementariedade, como a mutualidade, a distribuição de competências em um sistema heterárquico e um processo inclusivo de construção dos parâmetros de direitos humanos por meio de diálogos judiciais. O que se precisa atentar é que as esferas de atuação permanecem distintas e separadas, a partir de onde cooperam entre si em torno de objetivos comuns. Não deve haver a justaposição dessas esferas⁶⁷¹, muito menos a substituição de uma pela outra.

O perigo da comonidade entre os níveis nacional e supranacional proposta por Hentrei está basicamente em dois sentidos. A um, ele sugere uma unificação por hibridização dos sistemas jurídicos nacionais e regional⁶⁷², o que enfrenta problemas operacionais (notadamente porque há jurisdições mais convergentes que outras com a jurisprudência da Corte IDH) e de legitimação, pois prejudica o pluralismo jurídico necessário à preservação de particularidades identitárias de cada sociedade. A dois, perdem clareza as linhas divisoras das tarefas a serem desempenhadas pelos dois níveis, especialmente no que toca à segurança

⁶⁶⁹ Primeiro capítulo, seção 2.3.2.

⁶⁷⁰ “[...] *the concept of subsidiarity is at play in international human rights law, but that the structure, function and justification of human rights subsidiarity are very different from those of the other conceptions of subsidiarity we know of in other contexts. To grasp it, we need to go back to the relationship between human rights and (democratic) domestic politics and, accordingly, to the role of international human rights law and its complementary relation to domestic human rights law.*” BESSON, Samantha. *Subsidiarity in International Human Rights Law—What is Subsidiary about Human Rights?* **The American Journal of Jurisprudence**, v. 61, n. 1, 2016, p. 69–107. Available at: https://pdfs.semanticscholar.org/e653/cf74fde3c23f05f5303d37d70ed2a18d5238.pdf?_ga=2.203510995.271121879.1581110693-1268182152.1581110693. Access in: Jan. 30, 2019, p. 75. Ver ainda CAROZZA, Paolo. **Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law**. Notre Dame Law School. Scholarly Works. Paper 564. 2003. Available at: http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/564. Access in: Feb. 20, 2019, p. 58.

⁶⁷¹ BESSON, Samantha. *Subsidiarity in International Human Rights Law—What is Subsidiary about Human Rights?* **The American Journal of Jurisprudence**, v. 61, n. 1, 2016, p. 69–107. Available at: https://pdfs.semanticscholar.org/e653/cf74fde3c23f05f5303d37d70ed2a18d5238.pdf?_ga=2.203510995.271121879.1581110693-1268182152.1581110693. Access in: Jan. 30, 2019, p. 76.

⁶⁷² Note-se que se a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos afirma em seu preâmbulo que o Conselho da Europa tem por objetivo gerar maior unidade entre seus membros, não há referência paralela na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. “Considering that the aim of the Council of Europe is the achievement of greater unity between its members and that one of the methods by which that aim is to be pursued is the maintenance and further realisation of Human Rights and Fundamental Freedoms”. COUNCIL OF EUROPE. **European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms**. Adopted in Rome 4 Nov. 1950. Available at: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf. Access in: Sep. 22, 2019.

inerente à definição dos espaços de controle supranacional, ou de deferência à atuação nacional. Nesse diapasão, resta minimizada a importância da sociedade civil na definição democrática de suas pautas a fim de promover e proteger os direitos humanos.

Diante desse quadro, a proposta de subsidiariedade em sentido cooperativo, elaborada originalmente por Marisa Iglesias Villa⁶⁷³ para o sistema europeu de direitos humanos, se encaixa melhor na realidade do sistema interamericano, seja porque preserva a necessária cooperação entre os sistemas nacionais e o sistema regional, seja porque mantém claras as tarefas a serem desempenhadas pelas jurisdições desses dois níveis do sistema.⁶⁷⁴

A ideia reitora que embasa o sistema interamericano – especialmente a partir de sua qualificação como um *Ius Constitutionale Commune*⁶⁷⁵, é fomentar instituições estatais comprometidas com os direitos humanos, pondo em marcha um sistema de cooperação de esforços a fim de que cada Estado desenvolva seus próprios compromissos constitucionais, em respeito à sua diversidade. Na medida em que a subsidiariedade permite orientar as ações estatais em benefício de uma ideia reitora comum, como a preservação dos direitos humanos, abre-se espaço para formas locais de determinação e interpretação desses direitos, o que demanda, contudo, boa-fé e compromisso com uma atuação incremental.

Como reconhece Besson, as normas internacionais de direitos humanos são propositadamente abertas para que os Estados não só decidam sobre a forma de sua implementação, como também decidam sobre a amplitude e o conteúdo do direito em si.⁶⁷⁶ A concretização dessas normas no espaço doméstico muitas vezes gera tensões com os padrões regionais, o que deve ser resolvido por mecanismos que respeitem as importantes diferenças entre os Estados latino-americanos, sua latitude na definição de políticas públicas necessárias à implementação dessas normas, notadamente no caso de Estados de Direito com democracias consolidadas.⁶⁷⁷ A solução dessa tensão deve passar por um processo de colaboração e

⁶⁷³ IGLESIAS VILA, Marisa. Subsidiariedad y tribunales internacionales de derechos humanos: ¿deferencia hacia los estados o división cooperativa del trabajo? *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, n. 79, p. 191-222, 2017, p. 191-222.

⁶⁷⁴ Nesse sentido contribui Santiago: “La idea de subsidiariedad responde a una lógica de distribución de tareas complementarias pero distintas, no equiparables ni intercambiables”. SANTIAGO, Alfonso. El principio de subsidiariedad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*. Instituto de Política Criminal, 7 ago. 2013. Disponible en: <https://www.ancmyp.org.ar/user/files/02-Santiago13.pdf>. Acceso en: 22 maio 2019, p. 442.

⁶⁷⁵ O *Ius Constitutionale Commune* será objeto do terceiro capítulo.

⁶⁷⁶ BESSON, Samantha. Subsidiarity in International Human Rights Law—What is Subsidiary about Human Rights? *The American Journal of Jurisprudence*, v. 61, n. 1, 2016, p. 69–107. Available at: https://pdfs.semanticscholar.org/e653/cf74fde3c23f05f5303d37d70ed2a18d5238.pdf?_ga=2.203510995.271121879.1581110693-1268182152.1581110693. Access in: Jan. 30, 2019, p. 29-30.

⁶⁷⁷ CONTESSE, Jorge. The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A rejoinder to Paolo Carozza and Pablo González Domínguez. *International Journal of Constitutional Law*, v. 15, n. 2, p. 414-435, 2017. Available at: <https://ssrn.com/abstract=2795312>. Access in: Sep. 18, 2019, p. 2; CAROZZA, Paolo G.; GONZÁLEZ, Pablo. The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A reply to Jorge Contesse. *I•CON*, v. 15 N. 2, 2017, p. 436-442, p. 437.

diálogo, em que a Corte IDH colhe significados produzidos nos planos domésticos possibilitando que os Estados, além de compatibilizar seu sistema jurídico interno com *standards* de proteção, preservem sua identidade em processos democráticos. Um exemplo dessa cooperação se pode verificar no julgamento do caso *Massacre de Mapiripán vs. Colômbia*, em que a Corte IDH utilizou sentença proferida pela Corte Constitucional da Colômbia para definir a categoria do deslocamento forçado de pessoas.⁶⁷⁸

Assim posta, a ideia de cooperação opera na base da subsidiariedade, para orientar uma atuação regional que represente um reforço e um complemento à atuação primária e essencial das instituições nacionais.⁶⁷⁹ Nesse sentido, a preservação da discricionariedade estatal passa a estar condicionada ao cumprimento de sua função instrumental, como meio para o desenvolvimento de mecanismos eficazes para a promoção dos direitos humanos. Assim, “*la subsidiariedad cooperativa persigue la complementariedad institucional, condicionando la prioridad por lo local [...] a un equilibrio entre autonomía del Estado y supervisión internacional que optimice el sistema en su conjunto.*”⁶⁸⁰

A subsidiariedade em sentido cooperativo se conecta com uma concepção de direitos humanos que visa promover a inclusão de pessoas não só na estrutura social e política do Estado em virtude de compromissos constitucionais⁶⁸¹, mas, também, “*la inclusión en el sistema internacional como un todo*”.⁶⁸² Os direitos humanos, por sua vez, contribuem para esse sentido cooperativo na medida em que sua aplicação se volta para a realidade de intercâmbio e interdependência entre os Estados latino-americanos a partir de uma rede de cooperação que envolve atores públicos e privados.

Portanto, o princípio da subsidiariedade no caso interamericano promove uma divisão de trabalho entre as estruturas jurídicas internas e supranacionais, com base em sua dupla dimensão – deferência e ingerência.⁶⁸³ A construção do discurso dos direitos humanos demanda respeito a espaços a serem preenchidos pelos agentes estatais, especialmente os

⁶⁷⁸ CORTE IDH. **Caso de la "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia**. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párrafo 173.

⁶⁷⁹ SANTIAGO, Alfonso. El principio de subsidiariedad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. **Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas**. Instituto de Política Criminal, 7 ago. 2013. Disponible en: <https://www.ancmyp.org.ar/user/files/02-Santiago13.pdf>. Acceso en: 22 maio 2019, p. 449.

⁶⁸⁰ IGLESIAS VILA, Marisa. Subsidiariedad y tribunales internacionales de derechos humanos: ¿deferencia hacia los estados o división cooperativa del trabajo? **Revista de la Facultad de Derecho PUCP**, n. 79, p. 191-222, 2017, p. 199.

⁶⁸¹ BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Commune na América Latina: uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. In: BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Ius Constitutionale Commune na América Latina**. V. 1. Marco conceptual. Curitiba: Juruá, 2016, p. 25.

⁶⁸² A existência de uma ordem mundial seria a origem dos direitos humanos como razões de justiça global, e essa ordem e seus atores também seriam destinatários das responsabilidades de satisfação. IGLESIAS VILA, Marisa. Subsidiariedad y tribunales internacionales de derechos humanos: ¿deferencia hacia los estados o división cooperativa del trabajo? **Revista de la Facultad de Derecho PUCP**, n. 79, p. 191-222, 2017, p. 201.

⁶⁸³ *Ibid.*, p. 203.

juízes constitucionais, mas também administradores e legisladores. A esses espaços os órgãos supranacionais podem ser deferentes, preservando suas identidades.⁶⁸⁴ Na outra face da subsidiariedade se encontra o controle de convencionalidade, a fim de identificar os problemas estruturais que causaram violações de direitos humanos e impulsionar movimentos internos (sociais, jurídicos, administrativos, legislativos) voltados para a reparação integral das vítimas e a não repetição.⁶⁸⁵ A divisão de tarefas para a proteção dos direitos se mostra também na competência dos juízes domésticos, aptos a realizar o controle de convencionalidade. Assim, como assinala Fachin, “o princípio da subsidiariedade coloca os sistemas internacionais na posição de salvaguarda, sendo a responsabilidade primária sempre do âmbito local”.⁶⁸⁶

Nesse ponto, a subsidiariedade ultrapassa as fronteiras da tripartição dos poderes para buscar dentro dos Estados estruturas jurídicas dotadas de poder e autonomia para implementar as normas de direitos humanos. Interpretações nacionais e supranacionais se complementam, em um processo cujo objetivo deve ser a realização incremental dos direitos humanos.⁶⁸⁷ Essa divisão de competências proposta pela subsidiariedade em sentido cooperativo “*no define una división de poderes exclusivos y oponentes, mas propicia un control jurídico doméstico descentralizado acompañado, donde este control se queda deficiente, de un control externo complementario*”.⁶⁸⁸

Ao tratar das obrigações dos Estados de respeitar as normas de direitos humanos (artigo 1.1), a Convenção Americana parece apontar precisamente para a cooperação entre os níveis nacional e regional especialmente no tocante ao dever de garantia dos direitos humanos. Como aponta o dispositivo convencional, cabe ao Estado respeitar e garantir os

⁶⁸⁴ Hentrei os chama de espaços discursivos, tema que será abordado no capítulo final. HENTREI, Simon. **Complementary Adjudication: Legitimizing International Judicial Authority in the Americas**. Tese depositada perante a Faculdade de Direito da Universidade de Frankfurt am Main: Set. 2018, defendida em 29 out. 2019, p. 161-163. Sobre a preservação dos espaços de identidade do Estado considerado na perspectiva cooperativa HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elizete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 9.

⁶⁸⁵ SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo. Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *In*: BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. **Ius Constitutionale Commune en América Latina**: textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales el Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 457-502, p. 467-470.

⁶⁸⁶ FACHIN, Melina Girardi. À Guisa de Introdução: os sentidos do constitucionalismo multinível”. *In*: FACHIN, Melina Girardi (org.). **Direito Constitucional Multinível**: Diálogos a partir do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Curitiba: Prismas, 2017, p. 15-28, p. 21.

⁶⁸⁷ IGLESIAS VILA, Marisa. Subsidiariedad y tribunales internacionales de derechos humanos: ¿deferencia hacia los estados o división cooperativa del trabajo? **Revista de la Facultad de Derecho PUCP**, n. 79, p. 191-222, 2017, p. 206.

⁶⁸⁸ SAUVÉ, Jean-Marc. **Subsidiarity: a two-sided coin? The role of the national authorities**. Seminar organised by the European Court of Human Rights. Strasbourg, Friday 30 January 2015. Available at: https://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20150130_Seminar_JMSauvé_ENG.pdf. Access in: Feb. 20, 2019, p. 2. No mesmo sentido: SANTIAGO, Alfonso. El principio de subsidiariedad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. **Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas**. Instituto de Política Criminal, 7 ago. 2013. Disponible en: <https://www.ancmyp.org.ar/user/files/02-Santiago13.pdf>. Acceso en: 22 maio 2019, p. 461.

direitos humanos a todas as pessoas sem discriminação. Referida norma exige do Estado e todos seus agentes a não violação, seja por condutas omissivas ou comissivas, dos direitos e liberdades convencionalmente reconhecidos⁶⁸⁹, assim como a garantia desses direitos e liberdades, mediante a organização de um aparato institucional comprometido com sua realização efetiva. Nessa linha, deve o Estado impedir, dentro de toda racionalidade possível, a violação aos direitos humanos por meio da prevenção, investigação⁶⁹⁰ e punição dos responsáveis, bem como reparar todos os danos delas decorrentes.⁶⁹¹ Nesse âmbito se insere especialmente a realização de um controle difuso de convencionalidade que se materializa na jurisdição doméstica, para o que o diálogo com a jurisprudência interamericana é essencial.

No já mencionado caso do Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia, a prática do controle de convencionalidade pelas autoridades estatais internas fica evidenciada como um aspecto inerente à subsidiariedade:

Lo anterior significa que se ha instaurado un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí. Así, la jurisprudencia de la Corte muestra casos en que se retoman decisiones de tribunales internos para fundamentar y conceptualizar la violación de la Convención en el caso específico. En otros casos se ha reconocido que, en forma concordante con las obligaciones internacionales, los órganos, instancias o tribunales internos han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que dio origen al caso; ya han resuelto la violación alegada; han dispuesto reparaciones razonables, o han ejercido un adecuado control de convencionalidad.⁶⁹²

Essa mesma ideia de cooperação está presente no julgamento do caso Vereda La Esperanza vs. Colômbia, quando a Corte IDH afirmou que a Convenção prevê a atuação do nível internacional tão somente quando um caso concreto de violação de direitos não encontra solução no âmbito doméstico. Em contrapartida, “*cuando una cuestión ha sido resuelta en el orden interno, según las cláusulas de la Convención, no es necesario traerla ante este*

⁶⁸⁹ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; PELAYO MÖLLER, Carlos Maria. Artículo 1. Obligación de Respetar Derechos. In: STEINER, Christian; FUCHS, Marie-Christine (ed); URIBE, Patricia G. (coord). **Convención Americana sobre Derechos Humanos: Comentarios**. Segunda Edición. Bogota: Konrad Adenauer Stiftung, 2019, p. 31-70, p. 41.

⁶⁹⁰ “*la luz de ese deber, una vez que las autoridades estatales tengan conocimiento del hecho, deben iniciar ex officio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de todos los autores de los hechos, especialmente cuando estén o puedan estar involucrados agentes estatales*”. CORTE IDH. **Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia**. Sentencia de 31 de enero de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C-140, párrafo. 143.

⁶⁹¹ FERRER MAC-GREGOR; PELAYO MÖLLER, *op. cit.*, p. 43.

⁶⁹² CORTE IDH. **Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia**. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C-259, párrafo 143.

Tribunal para su aprobación o confirmación”.⁶⁹³ Tratava-se do desaparecimento forçado de 12 pessoas ocorrido no logradouro Vereda La Esperanza, no município de El Carmen de Viboral no segundo semestre de 1996. Ainda que o Estado tenha feito o reconhecimento internacional sobre o caso, inclusive apontando medidas internas adotadas para sua solução, preserva-se a competência da Corte IDH para verificação se referidas medidas de fato foram efetivas e suficientes. Naquela oportunidade, a Colômbia alegou ter reparado os danos por meio da edição da Lei das Vítimas, todavia deixou de demonstrar que as vítimas do caso tivessem de fato encontrado compensação e reparação das violações de direitos pela aplicação efetiva do diploma legal.⁶⁹⁴

Do exposto se ressalta a distribuição não competitiva, mas cooperativa de competências a partir do artigo 1.1 da Convenção Americana, que depende da conjugação de esforços institucionais nacionais e regionais para a proteção dos direitos humanos.⁶⁹⁵

Emblemático sobre o tema foi o caso *Cepeda Vargas vs. Colômbia* (2010), que tratou da execução extrajudicial do senador líder do Partido Comunista Colombiano (PCC) e do partido União Patriótica (UP), Manuel Cepeda Vargas, por grupos paramilitares que atuavam com o apoio das forças armadas, em Bogotá, 1994. Apesar de haver medidas protetivas judicialmente deferidas em favor da vítima, a atuação do Estado foi insuficiente em um contexto de conflito armado em que líderes de esquerda formavam um grupo manifestamente vulnerável.⁶⁹⁶ Também nesse caso a Colômbia reconheceu processualmente a violação de diversos direitos, e inclusive demonstrara que a jurisdição doméstica havia processado e condenado dois militares responsáveis pelo ato, bem como determinado o pagamento de indenização aos seus familiares. A controvérsia se cingiu à valoração dos critérios utilizados internamente para o pagamento dessa indenização, os quais, ao final, foram valorados positivamente. Em seu voto apartado, o magistrado García-Sayán forneceu o arcabouço conceitual básico para a aplicação do princípio da subsidiariedade no sistema interamericano.⁶⁹⁷

En el preámbulo de la Convención Americana se establece un principio fundamental que es el de la subsidiariedad de la jurisdicción interamericana de los derechos humanos frente a la jurisdicción interna, al reconocerse que la protección internacional de los derechos humanos es “coadyuvante o complementaria de la

⁶⁹³ CORTE IDH. **Caso Vereda La Esperanza vs. Colombia**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 341, párrafo 259.

⁶⁹⁴ *Ibid.*, párrafos 262-265.

⁶⁹⁵ CORTE IDH. **Caso Cepeda Vargas vs. Colombia**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, voto concurrente del Juez Diogo García-Sayán.

⁶⁹⁶ CORTE IDH. **Caso Cepeda Vargas vs. Colombia**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párrafos 71, 72.

⁶⁹⁷ *Ibid.*, voto concurrente del Juez Diogo García-Sayán, párrafo n. 6.

que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. [...] Así, los Estados americanos han querido dejar suficientemente claro que el sistema de protección instaurado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos no sustituye a las jurisdicciones nacionales, sino que las complementa. “En fin de cuentas, cuando se comente una violación surge la responsabilidad internacional del Estado – consecuencia directa del incumplimiento o la vulneración del deber, asimismo internacional, asumido por éste-, pero no necesariamente se pone en movimiento la competencia de la Corte Interamericana. Ésta se desplegará en la hipótesis de que no actúe la jurisdicción interna”.⁶⁹⁸

O voto enfatizou que o princípio da subsidiariedade, enquanto “elemento essencial do direito internacional dos direitos humanos” estaria na “*base conceptual de su interacción esencial con el derecho interno y el comportamiento que deben tener al respecto las distintas instituciones del Estado teniendo en cuenta las obligaciones que libre y soberanamente ha contraído a través de un tratado internacional*”.⁶⁹⁹ Ao assumirem essas obrigações internacionais, os Estados e sobretudo suas jurisdições se tornam atores essenciais na proteção dos direitos humanos, com a prerrogativa de agir em primeira mão diante dos casos de violação. Nessa linha, a jurisprudência da Corte atua de forma cooperativa com o labor dos juízes constitucionais:

En ese proceso de interacción la Corte no se sitúa por encima de los Estados, sino que cumple su función de actuar, en el terreno de lo contencioso, cuando se le somete un caso después de haberse agotado la jurisdicción interna. El carácter vinculante de las sentencias de la Corte no está hoy en discusión y en lo esencial ellas son acatadas por los Estados. Especialmente notable es que los tribunales nacionales vienen inspirándose de manera creciente en los criterios jurisprudenciales de la Corte, espacio internacional que hoy sirve a los tribunales más relevantes de América Latina como inspiración de razonamiento jurisdiccional. Se multiplica, así, en centenares y, acaso, en miles de espacios judiciales nacionales la jurisprudencia de la Corte. El Tribunal interamericano, por su lado, se nutre también de la importante jurisprudencia de instancias nacionales. El Tribunal no puede situarse al margen o por encima de esa dinámica institucional ni pretender corregir decisiones internas salvo cuando se trate de decisiones contrarias o que confronten los parámetros internacionales a la luz de la Convención Americana.⁷⁰⁰

Mais adiante, García-Sayán explicitou que os Estados gozam de uma “*margen para establecer y aplicar criterios para reparar la violación*”, o que não autorizaria discricionariedade total na medida em que a Corte mantém seu papel de fiscal, justamente para assegurar que os padrões internacionais assumidos pelo Estado sejam respeitados.⁷⁰¹

⁶⁹⁸ *Ibid.*, voto concurrente del Juez Diogo García-Sayán, considerandos n. 4, 6.

⁶⁹⁹ *Ibid.*, considerandos n. 11.

⁷⁰⁰ CORTE IDH. **Caso Cepeda Vargas vs. Colombia**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, voto concurrente del Juez Diogo García-Sayán, considerandos n. 2.

⁷⁰¹ *Ibid.*, considerandos n. 13. Todavía, a partir do considerando n. 30, García-Sayán adota uma posição que parece deixar pequena margem para a jurisdição nacional: “*Ciertamente no sólo deben garantizar los derechos asegurando la efectividad de los recursos judiciales internos, sino que, además, deben poner en práctica las decisiones vinculantes de la Corte Interamericana que interpretan y definen las normas y estándares internacionales de protección de los derechos humanos*”. Como se verá adiante na seção 3.3.1, é essencial que a Corte IDH esteja também aberta às

No julgamento do caso *Las Palmeras vs. Colômbia*, a Corte IDH precisou a divisão de tarefas entre os dois níveis do sistema regional de proteção dos direitos humanos – o nacional e o regional. Enquanto no nível nacional os Estados têm o dever de garantir o exercício dos direitos humanos a todas as pessoas, inclusive processando e responsabilizando aqueles que violarem esses direitos⁷⁰², os órgãos interamericanos presentes no nível regional só estariam autorizados a agir quando “*un caso concreto [de derechos humanos] no es solucionado en la etapa interna o nacional*”.⁷⁰³ É dessa dualidade cooperativa que a Corte reconhece que sua jurisdição é “*coadyuvante o complementaria [...] [a] la que ofrece el derecho interno de los estados americanos*”.⁷⁰⁴ Dessa forma, só lhe cabe declarar a responsabilidade estatal “*después de que el Estado haya tenido oportunidad de examinarla y declararla a través de los recursos de la jurisdicción interna y de reparar el daño ocasionado*”.⁷⁰⁵

Diante do exposto, verifica-se que todos os interlocutores do sistema interamericano cooperam entre si na produção de sentidos e construção da realização incremental dos direitos humanos.⁷⁰⁶ Esse trabalho de colaboração e integração está voltado para a criação de padrões comuns abertos, a partir de espaços marcados e complementares e se viabiliza por meio de um diálogo judicial cooperativo.

3.3.1 A proposta do diálogo judicial cooperativo⁷⁰⁷

Se a subsidiariedade em sentido cooperativo demanda das cortes nacionais e da Corte IDH uma conjunção de esforços para que a interpretação e atribuição de sentidos das normas de direitos humanos se realize com coerência, o melhor mecanismo para sua institucionalização são os diálogos judiciais.

Como já se teve oportunidade de afirmar no primeiro capítulo, os diálogos judiciais correspondem a uma forma de interação hermenêutica espontânea por meio da qual tribunais de distintas jurisdições trocam fundamentos e argumentos a fim de construir suas decisões

influências da fundamentação produzida pelas jurisdições nacionais em matéria de definição do alcance dos direitos humanos, pois esse diálogo é necessariamente bidirecional.

⁷⁰² CORTE IDH. **Caso Las Palmeras vs. Colombia**. Sentencia del 6 de Diciembre de 2001. Fondo. Serie C n. 90, párrafo n. 33. No mesmo sentido: CORTE IDH. **Caso Terrones Silva y otros vs. Perú**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C-360, párrafos 166-167.

⁷⁰³ CORTE IDH. *Caso Las Palmeras vs. Colombia*, *op. cit.*, párrafo n. 33.

⁷⁰⁴ *Ibid.*, párrafo n. 33.

⁷⁰⁵ *Ibid.*, párrafo n. 33.

⁷⁰⁶ IGLESIAS VILA, Marisa. Subsidiariedad y tribunales internacionales de derechos humanos: ¿deferencia hacia los estados o división cooperativa del trabajo? **Revista de la Facultad de Derecho PUCP**, n. 79, p. 191-222, 2017, p. 206.

⁷⁰⁷ Algumas das ideias aqui expostas constam do artigo: OLSEN, Ana Carolina Lopes; FACHIN, Melina Girardi. Diálogo Judicial Cooperativo en el Ius Constitutionale Commune para la Defensa de los Derechos Humanos. Apresentação realizada no Painel n. 10, Dialogues: Building bridges to protect democracy and human rights. **ICON-S Conference**, em Santiago, Chile, 3 de junho de 2019.

sobre direitos humanos. Cabe aos diálogos judiciais viabilizar a harmonização do pluralismo jurídico presente nos sistemas multinível por meio de uma discussão de ideias, em um processo de reciprocidade diferida.

No sistema regional interamericano, o objeto desses diálogos corresponde ao corpo normativo formado pelas normas convencionais de direitos humanos, em sua maioria constitucionalizadas, assim como normas constitucionais que se internacionalizaram por meio da jurisprudência. As jurisdições nacionais passaram a integrar uma rede de produção jurídica em direitos humanos⁷⁰⁸, uma comunidade regional de juízes⁷⁰⁹, devido à adesão dos Estados à Convenção Americana e ao reconhecimento da jurisdição supranacional da Corte IDH. Ainda que haja importante variação nos graus de abertura ao panorama internacional pelas jurisdições domésticas, nasce para elas o compromisso de considerar o plano normativo e jurisprudencial regional.⁷¹⁰

Precisamente em virtude desse compromisso, a ideia de cooperação ganha relevância, pois dá sentido à mutualidade. É a comunicação entre os juízes supranacionais e nacionais que de fato garante a coesão do sistema de direitos humanos, pois permite apaziguar confrontos hermenêuticos, os quais costumam levar a dissidências, monólogos e ao comprometimento do ideal de harmonização.⁷¹¹ A ideia é que promovam uma aprendizagem construtiva, estabelecendo anéis de conexão entre seus entendimentos e aqueles manifestados pelas demais cortes.⁷¹² Aqui está presente um ingrediente central na caracterização dos diálogos judiciais: o projeto comum. Ademais, nas trocas argumentativas presentes no sistema interamericano se verifica a reciprocidade diferida: no lugar de uma relação direta entre os julgados, há uma troca de influências difusa.⁷¹³ A partir do momento em que os Estados-

⁷⁰⁸ Essa relação enredada é a marca do *Ius Constitutionale Commune*. A mutualidade manifesta pelo entrecruzamento dos diversos sistemas jurídicos, orientada a produzir soluções interpretativas de direitos humanos supera as categorias de hierarquia e jurisdição do positivismo jurídico.

⁷⁰⁹ GARCÍA ROCA, Javier. El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo. UNED, **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 30, 2012, p. 183-224. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.30.2012.7005>. Acceso en: 19 feb. 2019, p. 192.

⁷¹⁰ Huneeus e Madsen observam o grau variável de compromissos que os Estados podem assumir em relação ao sistema interamericano: um compromisso forte, em que Estados ratificam a Convenção Americana e reconhecem a jurisdição da Corte IDH; um compromisso intermediário, em que ratificam a Convenção, porém não reconhecem a jurisdição da Corte; e um compromisso fraco, em que não ratificam nem a Convenção nem se submetem à Corte, mas reconhecem a possibilidade de atuação da Comissão Interamericana a partir do conteúdo da Carta da OEA e a Declaração Americana de Direitos Humanos. HUNEEUS, Alexandra; MADSEN, Mikael Rask. Between universalism and regional law and politics: A comparative history of the American, European, and African human rights systems. **I-CON**, v. 16, n. 1, 136–160, 2018, p. 146.

⁷¹¹ SAIZ ARNAIZ, Alejandro. La interacción entre los tribunales que garantizan derechos humanos: razones para el diálogo. In: SAIZ ARNAIZ, Alejandro (Director); SOLANES MULLOR, Joan; ROA ROA, Jorge Ernesto. **Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**. Valência: Tirant lo Blanch, 2017, p. 29-43, p. 31. No mesmo sentido, DÍAZ CREGO, María. Diálogo Judicial. **Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad**. N. 9, octubre 2015 – marzo p. 289-299, 2016, p. 297.

⁷¹² NEVES, Marcelo. **Tranconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 119.

⁷¹³ No caso dos diálogos que são travados na relação direta do controle de convencionalidade, a reciprocidade será imediata.

membros do sistema interamericano reconhecem seu papel na divisão de tarefas proposta pelos artigos 1 e 2 da CADH, ou seja, promover e proteger os direitos humanos internamente, inclusive compatibilizando o direito interno com os parâmetros regionais, abre-se o espaço para uma fluidez argumentativa em via de mão dupla, das cortes nacionais para a regional e vice-versa, reciprocamente. Contudo, precisamente em função da divisão de tarefas que marca o princípio da subsidiariedade em sentido cooperativo, esses diálogos judiciais promovem a interação entre as jurisdições, mas preservam seus espaços de atuação.

Dessa forma, a cooperação entre os juízes por meio do diálogo não significa imediata aceitação, mas sim a sincera disposição em considerar de forma contextualizada os fundamentos elaborados pelas sentenças interamericanas, pois a autoridade persuasiva da jurisprudência regional vai além do respeito a sua posição institucional no sistema multinível.⁷¹⁴

Como decorrência do princípio da subsidiariedade em sentido cooperativo, a prática jurisdicional da Corte IDH deve se abrir para uma atuação dialógica em que as jurisdições nacionais sejam ouvidas, de modo que as razões apresentadas pelas decisões nacionais a respeito de um dado direito humano sejam analisadas pela corte supranacional segundo uma lógica de “*cooperación ascendente*”.⁷¹⁵ Para os Estados, na medida em que a própria Convenção Americana institui que a atuação do sistema regional é complementar/subsidiária a nacional, reafirma-se seu papel primário na interpretação e aplicação das normas convencionais a fim de efetivar direitos humanos no plano interno. Como ressaltou Fachin, “o sucesso dos sistemas regionais de direitos humanos [...] depende, em larga escala, também do grau de comprometimento dos Estados que o compõem”.⁷¹⁶

Nessa perspectiva, com fundamento no princípio da subsidiariedade em sentido cooperativo, bem como no dever de implementar as normas convencionais no plano jurídico interno (artigos 1.1 e 2 da CADH) assumido pelos Estados quando de sua adesão ao sistema – e sobretudo quando da aceitação da função jurisdicional da Corte IDH – surge para os interlocutores das jurisdições regional e nacional um diálogo judicial cooperativo. Esse diálogo corresponde à troca vertical de argumentos e razões de decidir entre os tribunais superiores nacionais e a Corte IDH orientada pelo compromisso por eles assumido com um projeto comum focado tanto na construção harmonizada e plural dos sentidos dos direitos

⁷¹⁴ No terceiro capítulo serão abordados os efeitos das decisões proferidas pela Corte IDH para os Estados, seja em processos nos quais figuram como parte, seja em outros, dos quais devem ser expectadores atentos.

⁷¹⁵ SAIZ ARNAIZ, *op. cit.*, p. 40.

⁷¹⁶ FACHIN, Melina Girardi. **Direitos Humanos e Desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 477.

humanos, como na sua efetivação nos planos internos, em prol da valorização da pessoa humana.

Em verdade, ao assumir obrigações perante o plano regional, os Estados se colocam numa posição que demanda de seus juízes atenção especial à jurisprudência interamericana, construída a cada sentença. Esses magistrados são endossados no importante papel de levar à discussão regional sobre os direitos humanos suas posições, suas ideias e suas concepções. Para que as sentenças produzidas pela Corte sejam fruto de um diálogo com as jurisdições domésticas, cabe a elas assumir a responsabilidade de discutir, interpretar e aplicar as normas regionais de direitos humanos, ingressando de forma franca e aberta no diálogo judicial cooperativo com o qual estão comprometidas.

Nessa qualidade, a cooperação nos diálogos judiciais necessariamente deve se materializar como uma via de mão dupla.⁷¹⁷ Para tanto, é essencial que as cortes se reconheçam umas às outras como interlocutoras dignas e não se isolem como donas da verdade a respeito de suas interpretações.⁷¹⁸ No entender de Paola Acosta Alvarado, cabe aos juízes de um marco regulatório comum perceberem-se entre si como contrapartes cujo trabalho representa uma ferramenta indispensável para a realização do seu próprio.⁷¹⁹ Nessa linha, García-Sayán afirmou que os juízes da Corte IDH seriam “*muy respetuosos del espacio de cada tribunal y entendemos que lo que hay, es más bien, un proceso de diálogo respetuoso entre unos y otros*”.⁷²⁰ Trata-se de um exercício de cortesia judicial⁷²¹ que demanda trocas argumentativas nas quais não há espaço para a “última palavra” como autoridade definitiva sobre a interpretação de uma norma convencional de direitos humanos.⁷²² Como pondera Carozza:

⁷¹⁷ ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. **Diálogo judicial y constitucionalismo multinível: el caso interamericano**. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2014.

⁷¹⁸ Nesse sentido vale observar as lições de Ferrer Mac-Gregor: “*the judges should not be closed-minded and stay in their ‘ivory towers’ because analogous problems with potentially similar solutions exist across the five continents*”. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. What Do We Mean When We Talk About Judicial Dialogue? Reflections of a Judge of the Inter-American Court of Human Rights. **Harvard Human Rights Journal**, v. 30, 2017, p. 98.

⁷¹⁹ ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. The Latin-American Judicial Dialogue: a Two-Way Street Towards Effective Protection. In: HAECK, Yves; RUIZ-CHIRIMBOGA, Oswaldo; BURBANO-HERRERA, Clara (ed.). **The Inter-American Court of Human Rights: Theory and Practice, Present and Future**. Cambridge: Interscencia, 2015, p. 693-711, p. 696.

⁷²⁰ SINEMBARGO. **CoIDH respeta sistemas judiciales de los países, afirma García-Sayán**. 28 febrero 2013. Disponible en: <https://www.sinembargo.mx/28-02-2013/544525>. Acceso en: 18 set. 2019.

⁷²¹ SLAUGHTER, Anne-Marie. **A New World Order**. New Jersey: Princeton University Press, 2004, p. 86-87. Conforme abordado no primeiro capítulo, seção 2.3.1.

⁷²² FACHIN, Melina Girardi; NOWAK, Bruna. Quem dá a última palavra? As relações da Corte Interamericana de Direitos Humanos com os Ordenamentos Jurídicos Nacionais à luz do caso Fontevecchia e D’Amico v. Argentina. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, PR, v. 8, n. 78, p. 83-109, maio 2019, p. 102. Para Contesse, a forma como a Corte IDH desempenha o controle de convencionalidade acaba por evidenciar uma autoridade final capaz de dar a última palavra sobre a interpretação das normas convencionais. CONTESSÉ, Jorge. The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A rejoinder to Paolo Carozza and Pablo González Domínguez. **International Journal of Constitutional Law**. v. 15, n. 2, p. 414-435, 2017. Available at: <https://ssrn.com/abstract=2795312>. Access in: Sep. 18, 2019, p. 17.

*If the logic of judicial dialogue is that national and international courts and tribunals should use the reasoning of other courts to arrive to a better understanding of human rights, then this dialogue should lead both the Inter-American Court to consider seriously the decisions of domestic courts in their interpretation of the ACHR, and also domestic courts to take into account the decisions of the Inter-American Court when they exercise conventionality control.*⁷²³

Assim, o diálogo judicial cooperativo proposto implica a possibilidade de se reconhecer como prevalente a interpretação das normas de direitos humanos que gere a proteção mais efetiva⁷²⁴, com o menor grau de restrição possível, como orienta o princípio de interpretação *pro homine*, ou *pro persona*.⁷²⁵ Esse fator não deve ser apreciado a partir do nível em que se encontra a jurisdição responsável pela decisão (interna ou internacional), precisamente por se tratar de um sistema multinível, não hierárquico. Uma situação particular de violação de direitos humanos pode encontrar melhor solução no direito doméstico que no direito internacional⁷²⁶, o que sugere “*una conexión cooperativa en la hermenéutica pro homine de los derechos humanos*”⁷²⁷ viabilizada pelas mútuas influências provenientes de um diálogo verdadeiramente coevolutivo.⁷²⁸ Ademais, Contesse sugere que a Corte IDH atue como órgão “amplificador” das interpretações mais favoráveis a direitos humanos provenientes dos Estados em dados casos concretos, de modo que os *standards* construídos sejam efetivamente dialógicos.⁷²⁹

Todavia, é preciso considerar que nem sempre a aplicação do princípio *pro homine* oferecerá soluções no embate argumentativo entre cortes nacionais e a Corte IDH. Basta imaginar que o juiz nacional pode defender seu padrão doméstico de interpretação como

⁷²³ CAROZZA, Paolo G.; GONZÁLEZ, Pablo. The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A reply to Jorge Contesse. **I•CON**, v. 15 N. 2, 2017, p. 436-442, p. 440. No mesmo sentido BAZÁN, Victor. Hacia un diálogo crítico entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes supremas o tribunales constitucionales latinoamericanos. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; GARCIA, Alfonso Herrera (Coord). **Diálogo jurisprudencial en derechos humanos: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 569-598, p. 570.

⁷²⁴ CONTESSE, Jorge. The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A rejoinder to Paolo Carozza and Pablo González Domínguez. **International Journal of Constitutional Law**. v. 15, n. 2, p. 414-435, 2017. Available at: <https://ssrn.com/abstract=2795312>. Access in: Sep. 18, 2019, p. 17.

⁷²⁵ Conforme ideia lançada no primeiro capítulo, seção 2.4.2.2.

⁷²⁶ CONTESSE, *op. cit.*, p. 2.

⁷²⁷ BAZÁN, Victor. Hacia un diálogo crítico entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes supremas o tribunales constitucionales latinoamericanos. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; GARCIA, Alfonso Herrera (Coord). **Diálogo jurisprudencial en derechos humanos: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 569-598, p. 570. No mesmo sentido, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. What Do We Mean When We Talk About Judicial Dialogue? Reflections of a Judge of the Inter-American Court of Human Rights. **Harvard Human Rights Journal**, v. 30, 2017.

⁷²⁸ GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. Diálogo coevolutivo. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MARTÍNEZ RAMÍREZ, Fabiola; FIGUEROA MEJÍA, Giovanni A (coord.) **Diccionario de derecho procesal, constitucional y convencional**. 2 ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014, p. 590-594, p. 590. Primeiro Capítulo, seção 2.3.3.

⁷²⁹ CONTESSE, Jorge. The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A rejoinder to Paolo Carozza and Pablo González Domínguez. **International Journal of Constitutional Law**. v. 15, n. 2, p. 414-435, 2017. Available at: <https://ssrn.com/abstract=2795312>. Access in: Sep. 18, 2019, p. 29.

sendo o mais favorável e mais adequado à sua realidade, colocando em disputa o *standard* supranacional. A partir da concepção de um diálogo judicial cooperativo, não se pode defender a prevalência automática do padrão externo. Esse raciocínio põe em xeque o critério da norma mais favorável como suficiente para resolver situações em que há direitos humanos afetados nos diversos ângulos da equação.⁷³⁰ Como salienta Roa, “*el principio pro persona no ha sido útil porque la mayor protección de un derecho por parte de las normas internacionales implica la menor protección de otros derechos también protegidos por esas normas internacionales y también normas nacionales*”.⁷³¹

Nesses casos, é essencial que os tribunais nacionais não estejam constringidos pela Corte IDH e possam promover um diálogo crítico, como proposto por Víctor Bazán a partir da análise do caso “*Expósito*”, julgado pela *Suprema Corte de la Nación* da Argentina. Naquela oportunidade, os juízes nacionais demonstraram sua suscetibilidade às decisões da Corte IDH, reconhecendo a imprescritibilidade da ação penal em caso de desaparecimento forçado em virtude da inconveniência das leis de autoanistia. Todavia, o fizeram após profunda crítica do que representaria acatar a jurisprudência supranacional, na medida em que referida imprescritibilidade implicaria a violação do direito de defesa e de duração razoável do processo, também garantidos convencionalmente.⁷³² Críticas desse matiz fornecem elementos argumentativos que devem ser considerados em novas oportunidades pela Corte IDH, de modo que o diálogo judicial que se estabelece entre cortes constitucionais ou supremas e a Corte IDH seja autenticamente crítico e não uma “*aplicación ciega de la jurisprudencia internacional*”.⁷³³

Somente um diálogo judicial cooperativo que não se iniba de produzir críticas pode contribuir para a construção de padrões comuns de proteção e promoção de direitos humanos que sejam atentas às particularidades identitárias dos diversos grupos sociais. Ser comum não

⁷³⁰ OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. Diálogos judiciais sobre direitos humanos no Ius Constitutionale Commune Latino-Americano. In: VILLATORE, Marco Antônio César; MATTOS, Marília Sores de; FERRAZ, Miriam Olivia Knopik (Org.) **Ensaio sobre Violação de Direitos Humanos**: Análise Jurídica da Proteção no Ordenamento Jurídico. Porto Alegre: Fi, 2019, p. 415-433, p. 425.

⁷³¹ ROA ROA, José Ernesto. La protección de los derechos políticos frente a las funciones disciplinarias de las autoridades administrativas: subsidiariedad y deferencia en el sistema interamericano de derechos humanos. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, no 2, 2018, p. 800-823, p. 807-808. O autor menciona o perigo das antinomias entre normas internas e normas da CADH, como se verificou no caso López Mendoza vs. Venezuela, em que a aplicação do disposto no artigo 23.3 da CADH deixou de observar regras internas de combate a corrupção.

⁷³² BAZÁN, Víctor. Hacia un diálogo crítico entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes supremas o tribunales constitucionales latinoamericanos. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; GARCIA, Alfonso Herrera (Coord). **Diálogo jurisprudencial en derechos humanos**: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 569-598, p. 589-590.

⁷³³ BAZÁN, Víctor. Hacia un diálogo crítico entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes supremas o tribunales constitucionales latinoamericanos. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; GARCIA, Alfonso Herrera (Coord). **Diálogo jurisprudencial en derechos humanos**: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 569-598, p. 589-591.

significa ser homogêneo, nem imutável, mas que seja aberto a vertentes interpretativas capazes de orientar a melhor solução para cada caso, observado o seu contexto. Decisões jurisdicionais internas ou regionais devem ser produto da cooperação entre estes níveis, em sentido franco e aberto a concordâncias ou mesmo dissidências, sem que elas impliquem uma autorização para negar efetividade aos direitos humanos e aos compromissos convencionais e constitucionais de cada Estado. Dessa forma se torna possível criar padrões que se possam qualificar como comuns pois representam o produto de um processo dialógico.

Se o controle de convencionalidade praticado pela Corte IDH tem por objetivo a harmonização do sistema de direitos humanos, como reconhece Carozza, é preciso observar que a implementação dessa doutrina deve pressupor um diálogo aberto para a legítima construção dos padrões comuns.⁷³⁴ Nesse diapasão, os diálogos cooperativos começam timidamente a ganhar espaço na jurisdição da Corte IDH, ainda que não estejam presentes em todos os julgados. Se de um lado há exemplos em que a Corte IDH efetivamente incorporou padrões domésticos, informados por orientações interamericanas⁷³⁵, há muitos outros casos que apontam para um discurso menos dialógico. Os fundamentos mais relevantes das sentenças interamericanas costumam estar no próprio histórico jurisprudencial da Corte, assim como no diálogo com outras cortes internacionais, sobretudo o Tribunal Europeu de Direitos Humanos. A citação de jurisprudência doméstica, quando presente, costuma ocorrer de forma pontual e tem função ilustrativa, não configurando objeto de arrazoada discussão.⁷³⁶

A efetiva implementação do diálogo judicial cooperativo no sistema interamericano passa pela necessidade de se fortalecer a cortesia entre as jurisdições⁷³⁷, a começar por uma maior abertura das cortes constitucionais à jurisprudência interamericana. Se essa prática é uma realidade em alguns Estados, como na Colômbia, há cortes mais indiferentes ao *corpus iuris* interamericano, como o Brasil. A partir da jurisdição nacional, o incremento do diálogo passa pelo fortalecimento da independência jurisdicional frente a pressões dos atores políticos internos, assim como por processos pedagógicos de formação de magistrados, advogados e demais atores a fim de apontar, para além dos compromissos jurídicos internacionais, as vantagens institucionais de uma aproximação com a jurisprudência interamericana.

⁷³⁴ CAROZZA, Paolo G.; GONZÁLEZ, Pablo. The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A reply to Jorge Contesse. **I•CON**, v. 15 N. 2, 2017, p. 436-442, p. 441.

⁷³⁵ Como nos casos *Atala Rifo e filhas vs. Chile*, e *Radilla Pacheco vs. México*. CONTESSE, Jorge. The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A rejoinder to Paolo Carozza and Pablo González Domínguez. **International Journal of Constitutional Law**. v. 15, n. 2, p. 414-435, 2017. Available at: <https://ssrn.com/abstract=2795312>. Access in: Sep. 18, 2019, p. 18-28.

⁷³⁶ Exemplo nesse sentido pode ser encontrado na Opinião Consultiva n. 24, parágrafo 80. CORTE IDH. **Opinión Consultiva n. 24 de 24 de noviembre de 2017**. Serie A-24.

⁷³⁷ SLAUGHTER, Anne-Marie. **A New World Order**. New Jersey: Princeton University Press, 2004, p. 86-87.

Nos últimos anos, é possível afirmar que em alguns Estados latino-americanos foram eleitos líderes de marcado tom populista e autoritário, adeptos a pautas pouco comprometidas senão mesmo contraditórias com a proteção de direitos humanos. De um lado, a Venezuela enfrenta crise humanitária em função do isolamento do Estado orquestrado pelo autoritarismo do Presidente Nicolás Maduro, de outro, o Presidente eleito no Brasil em 2018 assume como pauta o armamento da população, o discurso preconceituoso e mesmo nocivo às minorias de gênero e orientação sexual, o descaso para com a produção científica e mesmo a negação do passado ditatorial. Nesse contexto, a independência jurisdicional é fundamental. Se na Venezuela a Sala Constitucional do Tribunal Superior se tornou o braço judicial do Governo Maduro, decidindo, por exemplo, pela inaplicabilidade da sentença interamericana proferida no caso *Aspitz Barbera* e inclusive recomendando a saída do governo do sistema interamericano, o que ocorreu em 2012⁷³⁸, nem sempre é assim.

No caso do Peru, a Corte IDH condenou o Estado nos casos *Barrios Altos* e *La Cantuta* em razão de massacres praticados pelas forças armadas durante o Governo Fujimori. Logo depois, e como fruto dessas condenações, a Corte Constitucional nacional deu mostras de independência política ao julgar e responsabilizar a autoridade máxima do Estado.⁷³⁹ No Brasil, o Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de demonstrar sua independência em diversos episódios em 2019. Invalidou um Decreto que extinguiu conselhos administrativos responsáveis pela proteção de direitos humanos⁷⁴⁰, formou maioria para o reconhecimento do crime de homofobia mediante a aplicação analógica da lei contra o racismo (uma decisão discutível segundo o prisma das garantias penais, embora manifestamente contrária às pautas conservadoras do governo).⁷⁴¹ Ainda, declarou inconstitucional medida provisória do governo que transferia o processo de demarcação de terras indígenas da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) para o Ministério da Agricultura, pasta marcada por uma agenda favorável ao agronegócio, medida inclusive que já fora oposta pelo Congresso.⁷⁴² São casos que parecem

⁷³⁸ SOLEY, Ximena; STEININGER, Silvia. Parting ways or lashing back? Withdrawals, *backlash* and the Inter-American Court of Human Rights. **MPIL Research Paper** Series No. 2018-01. Available at: <https://ssrn.com/abstract=3103666>. Access in: 10 dec. 2018, p. 16-17.

⁷³⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Os tribunais internacionais contemporâneos**. Brasília: FUNAG, 2013, p. 85-86.

⁷⁴⁰ BARBIÉRI, Luiz Felipe; OLIVEIRA, Mariana. STF impede Bolsonaro de extinguir via decreto conselhos federais criados por lei. **G1**, Brasília, 12 jun. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/06/13/stf-conclui-julgamento-e-impede-bolsonaro-de-fechar-conselhos-federais-criados-por-lei.ghtml>. Acesso em: 21 jun. 2019.

⁷⁴¹ COLETTA, Ricardo Della. STF conclui julgamento e enquadra homofobia na lei dos crimes de racismo. **Folha de S. Paulo**. 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/06/stf-conclui-julgamento-e-enquadra-homofobia-na-lei-dos-crimes-de-racismo.shtml>. Acesso em: 21 jun. 2019.

⁷⁴² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Plenário referenda liminar que suspendeu medida provisória que transferia demarcação de terras indígenas para Ministério da Agricultura**. 01 ago. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=418183>. Acesso em: 20 set. 2019.

apontar para um jogo tenso entre os poderes e não para uma total convivência do Supremo Tribunal com as práticas do Executivo.

Essas mostras de independência qualificam a jurisdição nacional para o diálogo cooperativo que, por sua vez, pode fortalecer seu papel institucional. A aproximação das jurisdições nacionais da Corte IDH pode fortalecê-las tanto nos atos de resistência a ameaças plantadas por Executivos pouco comprometidos com os direitos humanos, como no impulsionamento de reformas estruturais no Estado, necessárias para a promoção desses direitos.⁷⁴³ Como já se teve oportunidade de afirmar⁷⁴⁴, em momentos em que os fundamentos da decisão precisam de especial autoridade, o suporte no *corpus iuris* interamericano pode ser providencial. A garantia de direitos humanos por meio de um sistema regional visa também promover maior eficácia do sistema jurídico estatal. “*No es bueno que la protección internacional actúe como sustitutivo de la interna; su función es completar ésta y fomentar su mayor eficacia*”.⁷⁴⁵

De outro lado, a prática do diálogo judicial cooperativo por parte da Corte IDH confere maior legitimidade a suas sentenças, na medida em que se mostram atentas para as realidades nacionais, bem como abertas a suas influências quando provimentos jurisdicionais domésticos se mostram mais vantajosos para a proteção dos direitos humanos. Especialmente no sistema interamericano, o diálogo cooperativo assume o papel de autêntica necessidade existencial para a garantia dos direitos humanos, pois é dele que se conformam, criam os sentidos das normas de direitos humanos. Ainda que a Corte IDH profira uma sentença definitiva para um litígio específico, a definição dos direitos humanos deverá significar uma contribuição que pode ser recebida, reforçada ou até mesmo ultrapassada. A autoridade de suas decisões⁷⁴⁶ está diretamente relacionada com seu esforço argumentativo, cuja abertura ao diálogo favorece os processos de aceitação.

⁷⁴³ SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo. Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *In*: BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. **Ius Constitutionale Commune en América Latina**: textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales el Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 457-502, p. 502. O autor faz referência a julgados da Corte Suprema de la Nación, da Argentina, que aplicaram o entendimento do caso Barrios Altos para reconhecer a inconveniência da lei de anistia, ou do caso Kimel, para rever a qualificação penal do delito de injúria e difamação; e ainda a posição adotada pela Corte Constitucional do México, após o caso Radilla Pacheco, que impulsionou a reforma constitucional que aproximou aquele país do sistema interamericano.

⁷⁴⁴ Primeiro capítulo, seção 2.3.2.

⁷⁴⁵ SANTIAGO, Alfonso. El principio de subsidiariedad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. **Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas**. Instituto de Política Criminal, 7 ago. 2013. Disponible en: <https://www.ancmyp.org.ar/user/files/02-Santiago13.pdf>. Acceso en: 22 maio 2019, p. 472.

⁷⁴⁶ SAIZ ARNAIZ, Alejandro. Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: las razones para el diálogo. *In*: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (ed.). **Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales**: XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, p. 131-160, 2013, p. 158-159.

Para a Corte IDH, o processo de isolamento discursivo pode se mostrar perigoso e contraproducente já que a eficácia das sentenças interamericanas depende das autoridades nacionais (inclusive e especialmente jurisdicionais). A modalidade cooperativa não enfraquece o sistema, mas o fortalece. Não se trata de fechar os olhos quando as autoridades estatais se omitem ou causam violações a direitos humanos. A dimensão positiva da subsidiariedade substancial, na realidade atual, é especialmente relevante. O diálogo cooperativo favorece um incremento na qualidade do *judicial review* a partir da consideração dos contextos nacionais e das razões jurídicas produzidas pelas diversas cortes nacionais, de modo que os padrões comuns em direitos humanos ganham legitimidade e eficácia. Como sugere Contesse, “*it is important that member states see the IAHRs as an opportunity, rather than as a threat*”.⁷⁴⁷

A construção dos sentidos dos direitos humanos não deve ser monopólio nem da Corte IDH nem dos tribunais domésticos, mas deve erigir de um diálogo que vise encontrar o equilíbrio (uma aporia?) entre o plural e o comum.

3.4 MARGEM DE APRECIÇÃO COMO DIMENSÃO NEGATIVA DA SUBSIDIARIEDADE

A expressão *marge d’appréciation*, cunhada originalmente pelos franceses, visava resgatar a ideia do benefício que se pode extrair a partir de um certo espaço livre para atuação dentro de molduras previamente delimitadas, uma certa latitude: “*l’écart est limité, le délai n’est point trop long, le ‘jeu’ que est accordé n’est pas illimité*”.⁷⁴⁸ Essa concepção foi trazida para o direito internacional dos direitos humanos a partir da necessidade de se compatibilizar padrões comuns de proteção com os particularismos nacionais ou locais. Valores historicamente entranhados na cultura de cada Estado precisariam ser acomodados em um pano de fundo capaz de manter aberto o diálogo entre concepções de mundo diversas, sem pretensões totalizantes e arbitrárias. Nessa linha, a margem de apreciação⁷⁴⁹ seria um elemento essencial da harmonização do pluralismo, expressando a tensão que subsiste ao

⁷⁴⁷ CONTESSE, Jorge. *Subsidiarity in Inter-American human rights law*. 2015. Available at: https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/SELA15_Contesse_CV_Eng.pdf. Access in: Jul. 24, 2019, p. 24.

⁷⁴⁸ DELMAS-MARTY, Mireille; IZORCHE, Marie-Laure. Marge nationale d’appréciation et internationalisation du droit: réflexions sur la validité formelle d’un droit commun pluraliste. *Revue de droit de McGill*, n. 46, p. 923-954, 2001, p. 925.

⁷⁴⁹ Este estudo não faz distinção entre as expressões margem de apreciação, margem nacional de apreciação ou margem de apreciação nacional.

diálogo entre o direito supranacional e o direito nacional, sem que se abra mão de um direito comum.⁷⁵⁰

Em sistemas multinível de direitos humanos, como o europeu e o interamericano, é possível reconhecer a importância do valor intrínseco do pluralismo (jurídico e cultural), além das realidades sociais, econômicas e políticas dos Estados que acabam por demandar uma certa dose de discricionariedade na definição e implementação dos meios para realização de seus compromissos internacionais em direitos humanos. Se de um lado a própria indeterminação normativa desses direitos sugere a necessidade de se enfrentar conflitos inerentes à sua implementação (como nas hipóteses de choques entre seus âmbitos normativos), de outro a proteção dos direitos humanos por vezes precisa ser acomodada a certos fatores externos como agendas políticas e manifestações democráticas. Portanto, sob pena de se recair em um autoritarismo centralizado na figura de um tribunal regional, dificilmente um sistema de proteção de direitos humanos negaria uma margem (de extensão variável, mas necessariamente limitada) para atuação discricionária aos Estados.⁷⁵¹

Especialmente no âmbito de interpretação e aplicação das normas de direitos humanos, cuja textura aberta já se teve oportunidade de afirmar, há que se discutir sobre o alcance e a viabilidade de restrições propostas pelos Estados dentro do escopo mais genérico e abrangente deixado por padrões elaborados no nível regional.⁷⁵² Expressões como “toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião” (artigo 12, CADH) ganham elevada complexidade quando aplicadas a casos concretos, estando sujeitas a múltiplos sentidos. Esta multiplicidade se verifica especialmente quando as próprias normas de direitos humanos reconhecem aos Estados a possibilidade de criar restrições desde que “prescritas pela lei e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos ou liberdades das demais pessoas” (artigo 12.3, CADH). Ainda que a Corte IDH não faça uso declarado da expressão “margem de apreciação”, verifica-se que a normativa convencional abre espaço para a definição dos direitos humanos pelos Estados. A questão a ser enfrentada é a abrangência desse espaço e os critérios para sua identificação.

No caso do sistema europeu de direitos humanos, o TEDH tem conferido ampla latitude à atuação de legisladores e juízes nacionais por meio da aplicação da margem de

⁷⁵⁰ DELMAS-MARTY, Mireille; IZORCHE, Marie-Laure. Marge nationale d’appréciation et internationalisation du droit: réflexions sur la validité formelle d’un droit commun pluraliste. *Revue de droit de McGill*, n. 46, p. 923-954, 2001, p. 926-928.

⁷⁵¹ FOLLESDAL, Andreas. The principle of subsidiarity as a constitutional principle in international law. *Global Constitutionalism*, Volume 2, Issue 01, March 2013, Cambridge University Press. p 37-62. Available at: http://journals.cambridge.org/abstract_S2045381712000123. Access in: July 11, 2019, p. 58-59.

⁷⁵² LEGG, Andrew. *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 42-43.

apreciação. Objeto do Protocolo n. 15, ainda pendente de ratificações para entrar em vigor, a margem de apreciação ainda não integra a redação da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Todavia, serve de fundamento a sentenças que reconhecem certa discricionariedade no exercício da responsabilidade primária dos Estados em relação aos direitos humanos, ainda que submetida à supervisão do Tribunal.⁷⁵³ Fica evidente sua relação com a dimensão negativa do princípio da subsidiariedade, promovendo uma autocontenção do nível supranacional correspondente à deferência concedida aos órgãos nacionais antes de identificar e declarar uma violação de direitos humanos.⁷⁵⁴

A margem de apreciação pode ser identificada como doutrina, como técnica ou, ainda, como um critério hermenêutico voltado para o processo de decisão judicial. Aspecto essencial a todas as concepções é sua vinculação aos elementos de cada caso concreto⁷⁵⁵, o que pode dificultar uma análise mais geral do tema. Ela foi objeto de inúmeras obras doutrinárias, sendo que não se pretende, nas próximas seções, esgotar em revisão bibliográfica tudo que já foi estudado, ou todo o corpo jurisprudencial que evidencia sua incidência. O objetivo é delinear conceitualmente o instituto a fim de compreender a lógica que subjaz a sua aplicação notadamente pelo TEDH, responsável pela sua elaboração.

3.4.1 A margem de apreciação no Tribunal Europeu de Direitos Humanos

Como já referido, a doutrina da margem de apreciação é uma criação jurisprudencial do sistema europeu⁷⁵⁶, circunstância elementar que sugere se ter em conta um determinado contexto: preservação do pluralismo e autocontenção da corte supranacional diante do clamor

⁷⁵³ COUNCIL OF EUROPE. Protocol No. 15 amending the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. **Council of Europe Treaty Series No. 213**. Jun. 24, 2013. Available at: https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_15_ENG.pdf. Access in: July 23, 2019.

⁷⁵⁴ CAROZZA, Paolo. **Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law**. Notre Dame Law School. Scholarly Works. Paper 564. 2003. Available at: http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/564. Access in: Feb. 20, 2019, p. 61.

⁷⁵⁵ *Ibid.*, p. 69; GARCÍA ROCA, Javier. El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. 1 ed. **Cuadernos Civitas**. Thomson Reuters, 2010, p. 219.

⁷⁵⁶ Em sentido diverso, Christoph Krenn afirma que a margem de apreciação não é uma criação dos juízes internacionais, mas decorre de lógicas de aplicação do direito constitucional e administrativo, fundadas na ideia de separação dos poderes “como técnicas judiciais que se ocupam de manter a autoridade de um tribunal dentro de los límites considerados legítimos de acuerdo con el marco constitucional respectivo”. Nessa perspectiva, a margem de apreciação implicaría que os tribunais usem sua autoridade e competência não para se sobrepor aos demais órgãos, mas como uma plataforma para a construção de significados jurídicos. KRENN, Christoph. La técnica del margen de apreciación y su potencial legitimador: sobre la capacidad funcional de los tribunales supranacionales e internacionales. *In*: UGARTEMENDIA EXEIZABARRENA, Juan Ignacio; SAIZ ARNAIZ, Alejandro; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (Directores). **La garantía jurisdiccional de los Derechos Humanos**: Un estudio comparado de los sistemas regionales de tutela: europeo, interamericano y africano. Oñati, 2015, p. 53-83, p. 58, 63.

manifestado por muitos Estados por autonomia e independência.⁷⁵⁷ A preservação do pluralismo, aliás, é preocupação inerente a essa categoria, que evidencia a dimensão negativa do princípio da subsidiariedade. Ela preza pela diversidade buscando deixar aos Estados uma latitude legítima⁷⁵⁸, como enfatiza Javier García Roca:

*El margen de apreciación nacional —se llame cómo se quiera— es necesario por dos razones. Porque refleja una evidente realidad, la tremenda diversidad de los 46 Estados y de los 800 millones de personas [...] que integran el ámbito territorial y personal de la jurisdicción europea. Y, además, porque responde a la lógica de una protección «internacional» o «supranacional» [...] en cualquier caso subsidiaria a la interna tanto judicial u ordinaria como constitucional.*⁷⁵⁹

Nesse diapasão, no lugar de impor decisões supranacionais a serem incorporadas uniformemente, o TEDH busca elaborar *standards* mínimos comuns: “*el nivel de protección de los derechos y las diversas fórmulas o variantes posibles para concretarlos distan todavía de ser homogéneos en naciones con tradiciones jurídicas y culturales tan diversas*”.⁷⁶⁰

O sistema europeu de direitos humanos, nasceu na década de 50 sob o signo da preservação da autonomia dos Estados-membros a partir de uma pauta liberal comum. A eficácia das normas convencionais sempre necessitou contar com as autoridades estatais, razão pela qual a preservação de alguma latitude na definição de políticas públicas e leis foi tão marcante. As próprias constituições europeias refletem enfoques de direitos humanos que variam em graus de densidade e relevância, como a importância da dignidade da pessoa humana positivada na Constituição Alemã, as normas específicas e detalhadas sobre educação na Constituição da Holanda e a importância da liberdade de expressão na Constituição sueca. A partir das diferenças presentes nas constituições derivam leis, políticas públicas e sentenças com concepções distintas de direitos humanos.⁷⁶¹ Preservar essas diferenças pode ser visto como um objetivo de política judiciária.⁷⁶²

⁷⁵⁷ Como abordado no primeiro capítulo, não há mais espaço para soberanias absolutas, notadamente em sistemas regionais de proteção de direitos humanos como o europeu e o interamericano, em que os Estados livremente assumem compromissos internacionais.

⁷⁵⁸ GREER, Steven. The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights. Human Rights Files n. 17. **Council of Europe Publishing**, jul. 2000, p. 7. Há autores como Benvenisti que entendem nessa faceta da margem de apreciação um elemento tributário do relativismo em direitos humanos, o que não é acurado se o sistema for pensado a partir da preocupação com o estabelecimento de padrões comuns, que admitem algum grau de variação. BENVENISTI, Eyal. Margin of appreciation, consensus, and universal *standards*. **International Law and Politics**, n. 31, p. 843-854, 1999, p. 844.

⁷⁵⁹ GARCÍA ROCA, Javier. La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. **Teoría y Realidad Constitucional**, núm. 20, p. 117-143, 2007, p. 130.

⁷⁶⁰ *Ibid.*, p. 125.

⁷⁶¹ GERARDS, Janneke. Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights. **Human Rights Law Review**, 2018, 18, p. 495-515, p. 495-496.

⁷⁶² BENVENISTI, Eyal. Margin of appreciation, consensus, and universal *standards*. **International Law and Politics**, n. 31, p. 843-854, 1999, p. 846.

Assim, a doutrina da margem de apreciação surgiu para conferir algum equilíbrio entre a necessidade de aplicação uniforme dos valores consagrados na Convenção Europeia e as concepções nacionais de direitos humanos.⁷⁶³ As primeiras referências ao tema foram feitas pela extinta Comissão Europeia de Direitos Humanos, no caso *Lawless vs. Irlanda*, de 1961. Argumentou-se pela necessidade de deixar aos Estados uma margem para verificar a existência ou não de um contexto político que justificasse a derrogação das normas de direitos humanos, como autorizado pelo artigo 15 da CEDH.⁷⁶⁴

O caso emblemático que marca a aplicação inaugural da margem de apreciação a sustentar uma sentença do TEDH foi *Handyside vs. Reino Unido*, de 1976. Nele, reconheceu-se margem de apreciação ao Estado a fim de determinar a proibição de circulação de um livro nas escolas de jovens em virtude de seu conteúdo considerado moralmente obsceno. Tendo em vista que as concepções morais variam de Estado a Estado, as autoridades estatais, por estarem mais próximas de suas circunstâncias culturais e sociais, deveriam ser privilegiadas para definir a necessidade de restrição a liberdades fundamentais e resguardar a moral pública. Extrai-se do julgado: *“it is for the national authorities to make the initial assessment of the reality of the pressing social need implied by the notion of ‘necessity’ in the context”*. Em virtude dessa posição mais vantajosa, o TEDH reconheceu aos agentes estatais “margem de apreciação”, *“given both to the domestic legislator (‘prescribed by law’) and to the bodies, judicial amongst others, that are called upon to interpret and apply the laws in force”*.⁷⁶⁵

Por se tratar de doutrina criada jurisprudencialmente, a margem de apreciação não está encapsulada em um conceito unânime ou inequívoco. Trata-se de uma categoria dinâmica que acompanha a própria evolução jurisprudencial resultante dos desafios enfrentados pelo Tribunal Europeu.⁷⁶⁶ Para autores como Greer, a expressão “margem de apreciação” significa um espaço de discricionariedade conferido às autoridades estatais, tanto do Executivo, como do Legislativo e do Judiciário.⁷⁶⁷ Nesse sentido, propõe definir a margem de apreciação como *“the room for manoeuvre the Strasbourg institutions are prepared to accord national*

⁷⁶³ ARAI-TAKASHI, Yutaka. **The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR**. New York: Intersentia, 2001, p. 3.

⁷⁶⁴ SPIELMANN, Dean. **Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and The National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?** Downloaded from <https://www.cambridge.org/core>. IP address: 200.185.218.64, on 23 Jul 2019 at 21:57:33, subject to the Cambridge Core terms of use, Available at: <https://www.cambridge.org/core/terms>. <https://doi.org/10.5235/152888712805580570>. Access in: Jan. 28, 2019, p. 386.

⁷⁶⁵ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case Handyside vs. United Kingdom**, Application no. 5493/72, 1976, paragraph 48.

⁷⁶⁶ GARCÍA ROCA, Javier. La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. **Teoría y Realidad Constitucional**, núm. 20, p. 117-143, 2007, p. 118.

⁷⁶⁷ GREER, Steven. The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights. Human Rights Files n. 17. **Council of Europe Publishing**, jul. 2000, p. 32.

authorities in fulfilling their obligations under the European Convention on Human Rights”.⁷⁶⁸ Para García Roca⁷⁶⁹, ela corresponde a um critério hermenêutico que orienta a construção das sentenças europeias, e para Andrew Legg, uma doutrina de deferência judicial.⁷⁷⁰

Se a definição do termo encontra dificuldades, não é diferente com a amplitude de sua aplicação. Para alguns autores, o TEDH faz um uso discricionário da margem de apreciação aos diferentes casos concretos, o que comprometeria a tentativa de sistematização dos critérios para sua aplicação com alguma segurança.⁷⁷¹ Não obstante a grande flexibilidade com que o TEDH de fato emprega o instituto, alguns autores como Legg e Letsas lograram tecer considerações que lançam luzes para o emprego da margem de apreciação, demonstrando que, em que pese sua textura aberta, ela não é em si discricionária ou aleatória. Suas contribuições decorrem de uma análise jurisprudencial do instituto, permitindo indutivamente chegar a alguns elementos identificadores de sua operacionalidade.

Nessa linha, Yuval Shany identificou dois elementos essenciais à margem de apreciação: (i) a deferência judicial (no tocante à aplicação das normas), segundo a qual as cortes internacionais concedem às autoridades nacionais certa dose de discricionariedade sobre a definição de suas obrigações internacionais; (ii) flexibilidade normativa (relativa à interpretação das normas), de modo que a margem de apreciação costumaria incidir sobre normas de textura semântica aberta, em que as autoridades estatais teriam uma “zona de legalidade” dentro da qual definem o alcance de proteção e restrição dos direitos.⁷⁷²

Os espaços de discricionariedade abertos pela margem de apreciação, contudo, não implicam carta branca aos Estados para que lidem com os direitos humanos como lhes aprouver.⁷⁷³ Em diversas oportunidades, como se demonstrará adiante, o TEDH afirma que a margem de apreciação caminha ao lado da supervisão jurisdicional. Dentre os diversos limites à aplicação da margem de apreciação, pode-se mencionar o princípio da boa-fé, a proteção da democracia e a razoabilidade.⁷⁷⁴ Dessa forma, não existem medidas estatais que estejam, *a*

⁷⁶⁸ *Ibid.*, p. 5.

⁷⁶⁹ GARCÍA ROCA, Javier. **El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración**. 1 ed. Cuadernos Civitas. Thomson Reuters, 2010, p. 219.

⁷⁷⁰ LEGG, Andrew. **The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 15.

⁷⁷¹ GARCÍA ROCA, *op. cit.*, 2007, p. 134-135. Nesse sentido, GERARDS, Janneke. Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights. **Human Rights Law Review**, 2018, 18, p. 495-515, p. 501.

⁷⁷² SHANY, Yuval. Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law? **The European Journal of International Law**, v. 16 no. 5, 2006, doi: 10.1093/ejil/chi149, p. 910.

⁷⁷³ GARCÍA ROCA, Javier. La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. **Teoría y Realidad Constitucional**, núm. 20, p. 117-143, 2007, p. 125.

⁷⁷⁴ SHANY, Yuval. Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law? **The European Journal of International Law**, v. 16 no. 5, 2006, doi: 10.1093/ejil/chi149, p. 911.

priori, agasalhadas pela margem de apreciação como se ela fosse uma fórmula de isenção de controle jurisdicional. Se fora assim, ter-se-ia que assumir um risco inaceitável de se criar situações materiais em que os direitos humanos careceriam de proteção pois exclusivamente dentro da esfera de discricionariedade dos Estados. A análise dessa margem estará sempre vinculada ao caso concreto, à realidade histórica, social e cultural do Estado e aos elementos normativos dos direitos humanos atingidos. Como exemplifica García Roca, podem os Estados regular como pretendem disponibilizar os exames de paternidade à população, mas não podem contrariar as normas da Convenção a respeito do direito à personalidade jurídica, à convivência familiar e à informação.⁷⁷⁵

A questão central é que se trata de instituto marcado por uma “geometria variável”. Se de um lado esse atributo pode comprometer a segurança na sua aplicação⁷⁷⁶, de outro permite sua flexibilidade e adaptabilidade diante da evolução dos padrões de direitos humanos e da realidade política dos Estados.⁷⁷⁷

Segundo García Roca, a margem de apreciação também estaria intimamente relacionada à natureza das normas de direitos humanos envolvidas na sua aplicação, que acabariam por conformá-la a três círculos concêntricos. Em um círculo externo e grande, estariam os direitos de propriedade e ao devido processo legal, sendo a margem de apreciação dos Estados ampla e o controle jurisdicional do TEDH fraco; em um círculo interno menor estariam os direitos considerados absolutos, como o direito à vida, a proibição de tortura e escravidão e os direitos políticos inerentes à democracia, de modo que a margem de apreciação seria reduzida e o controle forte. Finalmente, haveria um grande círculo intermediário em que figurariam os demais direitos, e os ajustes entre margem de apreciação e controle seriam variáveis.⁷⁷⁸ Em todos esses círculos estaria presente a exigência de racionalidade na atribuição da margem e na preservação das normas de direitos humanos.⁷⁷⁹

Como salienta García-Roca, “*el binomio entre la amplitud del margen nacional y la supuestamente inversa intensidad del control europeo no siempre está en una relación*

⁷⁷⁵ GARCÍA ROCA, Javier. La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. **Teoría y Realidad Constitucional**, núm. 20, p. 117-143, 2007, p. 127.

⁷⁷⁶ *Ibid.*, p. 125.

⁷⁷⁷ GERARDS, Janneke. Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights. **Human Rights Law Review**, 2018, 18, p. 495-515, p. 599.

⁷⁷⁸ GARCÍA ROCA, *op. cit.*, p. 127.

⁷⁷⁹ Yuval Shany associa a margem de apreciação a tipos específicos de normas: normas de conteúdo aberto e indeterminado, normas que reconhecem poderes discricionários e normas orientadas a resultados. As normas de direitos humanos se enquadram, em uma grande parte, no primeiro e no terceiro casos, já que a textura aberta de sua literalidade, e a orientação para resultados como interesses a serem protegidos, no lugar de definição dos meios para tanto, são elementos corriqueiros. SHANY, *op. cit.*, p. 915-917. Já Steven Greer defende que a margem de apreciação se aplique exclusivamente a certos grupos de direitos (artigos 8 a 11, 14 e 15 da CEDH e artigo 1, do Protocolo n. 1 à CEDH). GREER, Steven. The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights. Human Rights Files n. 17. **Council of Europe Publishing**, jul. 2000, p. 8.

lineal".⁷⁸⁰ Discricionariedade e controle integram a ideia da margem de apreciação: “*un cierto margen de discrecionalidad en la aplicación y el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el Convenio y en la ponderación de intereses complejos*”. Ela implica, portanto, deferência por parte do Tribunal supranacional diante da ponderação de interesses em conflito feita pelo Estado. Longe de ser um cheque em branco, essa deferência deve ser acompanhada de um juízo de proporcionalidade a justificar a supervisão jurisdicional europeia sempre que a discricionariedade implicar abuso ou excesso.⁷⁸¹ Não devem existir atos que por sua natureza estariam a salvo do escrutínio do Tribunal Europeu: “*el margen de apreciación nacional no puede erigirse en un escudo que autorice a violar derechos en el espacio europeo de decisión sobre derechos con el pretexto, y pretendido fundamento, de una exorbitante lectura de la doctrina de los actos políticos*”.⁷⁸²

A partir da análise da jurisprudência do TEDH, Letsas propôs dois conceitos de margem de apreciação diretamente relacionados aos usos do instituto: um deles é de natureza substantiva, em que a margem de apreciação lida com os choques entre as liberdades individuais e os objetivos coletivos; o outro tem caráter estrutural, relacionando-se com a maior ou menor intensidade do controle (*judicial review*). No primeiro caso, admite-se que os Estados estejam autorizados a legislar sobre medidas que restrinjam direitos humanos a fim de satisfazer interesses coletivos. Referidas restrições, contudo, não podem violar direitos humanos, cabendo ao Tribunal realizar um escrutínio da proporcionalidade dessas medidas.⁷⁸³ No segundo, o fundamento para a contenção do TEDH se encontra em dois elementos: o princípio da subsidiariedade, tendo em vista a posição do Tribunal como órgão de um sistema regional multinível fundado em um tratado internacional, e não em uma Constituição; e a ideia de consenso entre os Estados.⁷⁸⁴

Segundo Letsas, a distinção entre esses dois conceitos da margem de apreciação se verifica nas razões fornecidas pelo Tribunal. Se o TEDH afirmar que o Estado não violou compromissos internacionais de proteção de direitos humanos, pois as restrições eram proporcionais, terá aplicado o conceito substancial de margem de apreciação. Por outro lado, se afirmar que não lhe cabe analisar o mérito de uma alegada restrição a direitos humanos por uma prática estatal porque essa se encontraria protegida pela soberania, estará aplicando o

⁷⁸⁰ GARCÍA ROCA, Javier. La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. **Teoría y Realidad Constitucional**, núm. 20, p. 117-143, 2007, p. 128

⁷⁸¹ *Ibid.*, p. 122.

⁷⁸² GARCÍA ROCA, Javier. **El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración**. 1 ed. Cuadernos Civitas. Thomson Reuters, 2010, p. 194.

⁷⁸³ LETSAS, Gerald. Two concepts of the Margin of Appreciation. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 26, n. 4, p. 705-732, 2006, p. 709-710.

⁷⁸⁴ *Ibid.*, p. 706.

conceito estrutural de margem de apreciação.⁷⁸⁵ Em ambos casos, o Tribunal deve fundamentar suas decisões fornecendo as razões que lhe autorizaram a reconhecer e atribuir, em dado caso concreto, a margem de apreciação ao Estado.

Andrew Legg propõe compreender a margem de apreciação como uma prática dos tribunais de direitos humanos que atribui peso aos argumentos deduzidos pelos Estados em um dado caso concreto, em função de um ou mais fatores externos, quais sejam: legitimidade democrática, prática comum entre os Estados e conhecimento técnico. Nesse sentido, a margem de apreciação corresponde a uma técnica de julgamento para tratar de situações que atingem direitos humanos no plano doméstico, de modo que o tribunal reconhece como válidas razões de segunda ordem fornecidas pelos Estados para justificar uma interpretação particular ou uma restrição aos padrões internacionais de direitos humanos.⁷⁸⁶

Enquanto a deferência seria uma técnica de decisão judicial com base em razões de segunda ordem, que são circunstancialmente valorizadas em detrimento das razões primárias, a margem de apreciação corresponderia ao nome atribuível à aplicação jurídica dessa deferência no direito internacional dos direitos humanos.⁷⁸⁷ Para Legg, portanto, a margem de apreciação implicaria o maior peso atribuído às razões de segunda ordem fornecidas pelos Estados para justificar sua interpretação dos direitos humanos, o que exige, necessariamente, justificção racional e não impede que as razões de primeira ordem, fornecidas pelos *standards* de direitos humanos, prevaleçam.⁷⁸⁸

Para a presente tese, importa analisar as duas propostas de margem nacional de apreciação. A primeira a reconhece como um mecanismo que avalia a proporcionalidade das restrições aos direitos humanos em prol de objetivos coletivos (conceito substancial de Letsas). A segunda a trata como técnica de decisão que valoriza razões de segunda ordem fornecidas pelo Estado, que podem eventualmente se sobrepor às razões de primeira ordem definidoras do âmbito de proteção do direito humano num caso concreto (posição defendida por Legg, que se aproxima do conceito estrutural de Letsas). As duas concepções são empregadas casuisticamente pelo TEDH enquanto técnicas que em verdade valorizam o espaço de discricionariedade dos Estados no cumprimento de suas obrigações em direitos humanos.

⁷⁸⁵ LETSAS, Gerald. Two concepts of the Margin of Appreciation. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 26, n. 4, p. 705-732, 2006, p. 707.

⁷⁸⁶ LEGG, Andrew. *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 20-21.

⁷⁸⁷ Sobre razões de segunda ordem: “*reasons to act or to refrain from acting on one’s own assessment of the first order balance of reasons, or the balance of reasons in issue*”. *Ibid.*, p. 17-18, 23.

⁷⁸⁸ *Ibid.*, p. 20-21.

3.4.1.1 Margem de apreciação e proporcionalidade

Segundo Gerald Letsas, a margem de apreciação é aplicada pelo TEDH como elemento decisório capaz de reconhecer a validade de restrições estatais a liberdades individuais quando perseguem e protegem objetivos públicos. Na medida em que lida diretamente com o conteúdo dos direitos em questão, a margem de apreciação assume um sentido substancial.⁷⁸⁹

Essa perspectiva teria aplicação em casos envolvendo as cláusulas de acomodação ou limitação de direitos humanos presentes nos artigos 8 a 11 da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos, as quais instituem liberdades individuais que podem ser restringidas por lei a fim de resguardar objetivos coletivos. Seria igualmente aplicável em casos que admitem exceções para a proteção dos direitos previstos nos artigos 2, 5 e 6 (admissão casual da pena de morte, restrições ao direito à liberdade em casos de prisão, restrição à publicidade dos julgamentos a fim de resguardar a moral, a ordem pública ou a segurança nacional em sociedades democráticas).⁷⁹⁰ A justificativa para aplicação da margem de apreciação nesses casos seria o fato de eles manifestarem de forma mais evidente as diferenças inerentes ao pluralismo jurídico, e nessa ordem, merecerem uma atenção diferenciada.⁷⁹¹

O ponto central, portanto, seria averiguar quando uma restrição a liberdades individuais por ato estatal seria admissível segundo os padrões definidos no sistema europeu de direitos humanos. Um caso emblemático pode ser encontrado no “*Vagrancy Case*” (De Wilde, Ooms e Versyp vs. Bélgica), de 1979-1980, em que as vítimas haviam sido detidas por ordem de autoridades estatais sob a acusação de vadiagem e mendicância. Segundo os requerentes, a decisão teria violado, entre outros, seu direito à privacidade. Entretanto, o TEDH ponderou que a restrição mencionada estaria fundada na preocupação estatal de resguardar outros bens jurídicos igualmente protegidos pela Convenção como preservar a ordem pública e prevenir o crime:

[T]he competent Belgian authorities did not transgress in the present cases the limits of the power of appreciation which Article 8(2) of the Convention leaves to the Contracting states: even in cases of persons detained for vagrancy, it was

⁷⁸⁹ LETSAS, Gerald. Two concepts of the Margin of Appreciation. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 26, n. 4, p. 705-732, 2006, p. 709.

⁷⁹⁰ *Ibid.*, p. 710.

⁷⁹¹ GERARDS, Janneke. Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights. *Human Rights Law Review*, 2018, 18, p. 495-515, p. 498.

*'necessary' to impose restrictions for the purpose of the prevention of disorder or crime, and the protection of the rights and freedoms of others.*⁷⁹²

A fim de averiguar se a restrição imposta pelo Estado à fruição do direito implicara autêntica violação, o TEDH realizou um teste de quatro etapas: (i) se houve interferência em liberdade protegida pela CEDH; (ii) se referida interferência se produziu por uma lei; (iii) se o objetivo coletivo protegido pela medida em questão é ressalvado pela CEDH, e finalmente, (iv) se a medida foi proporcional ou necessária em uma sociedade democrática.⁷⁹³ O objetivo seria atestar um equilíbrio justo (“*fair balance*”) entre a restrição imposta ao direito e o objetivo coletivo protegido em dado caso concreto.⁷⁹⁴ Para tanto, o quarto passo do exame corresponderia à análise da proporcionalidade, sendo a concessão da margem de apreciação o resultado final do processo hermenêutico que reconhecia como válidas as medidas estatais.

O exame da proporcionalidade praticado pelo TEDH, nos termos mencionados, se assemelha ao roteiro de três passos amplamente difundido nos tribunais ocidentais em casos de restrições a direitos humanos. Em primeiro lugar, verifica-se se a restrição observou um fim legítimo; em segundo, se a restrição foi necessária para atingir esse fim, não havendo outra medida menos danosa ao direito humano atingido, e terceiro, a ponderação que deve demonstrar o equilíbrio entre a melhor realização do fim buscado pela restrição com a menor restrição possível ao direito.⁷⁹⁵

Nessa linha, Arai-Takahashi defende que a proporcionalidade é o elemento central que permite aquilatar se a medida de discricionariedade atribuída aos Estados pela margem de apreciação é convencionalmente legítima. Sua posição estaria respaldada no caso *Handyside vs. Reino Unido*, já mencionado, a respeito da publicação de livro com alegado conteúdo moralmente inadequado às escolas primárias, em que o TEDH aplicou a doutrina para reconhecer aos Estados uma margem de apreciação destinada à verificação de um equilíbrio justo entre os direitos e liberdades individuais (liberdade de expressão) e os interesses coletivos (moral pública). Tendo integrado o exame de proporcionalidade à margem de apreciação, o Tribunal estendeu a possibilidade de sua aplicação a todas as normas

⁷⁹² EUROPEAN COURT ON HUMAN RIGHTS. *Cases of De Wilde, Ooms and Versyp ("Vagrancy") v. Belgium (Merits)*. Application no. 2832/66; 2835/66; 2899/66. Strasbourg, 18 June 1971, p. 93.

⁷⁹³ LETSAS, Gerald. Two concepts of the Margin of Appreciation. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 26, n. 4, p. 705-732, 2006, p. 711.

⁷⁹⁴ *Ibid.*, p. 711.

⁷⁹⁵ KUMM, Mattias. Is the Structure of Human Rights Practice Defensible? Three Puzzles and Their Resolution. In: JACKSON, Vicki C.; TUSHNET, Mark (ed.). *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*. New York: Cambridge University Press, 2017, p. 51-74, p. 61. Como exemplo do uso dessa racionalidade em três etapas pelo TEDH, o autor cita o caso *Stu'bing vs. Germany*, ECtHR Judgment of April 12, 2012.

convencionais de direitos humanos, exceto no caso daqueles considerados inderrogáveis.⁷⁹⁶ Diante dessa perspectiva, Arai-Takahashi considera “a aplicação do princípio da proporcionalidade como o outro lado da margem de apreciação”, de modo que quanto maior o rigor da proporcionalidade exigida, menor seria o espaço deixado para a margem de apreciação. Se as medidas restritivas estatais fossem compatíveis com o exame da proporcionalidade, estariam automaticamente dentro da margem de apreciação. Se, contudo, o exame acusasse restrições desproporcionais, considerar-se-ia extrapolada a margem de apreciação.⁷⁹⁷

Essa perspectiva aproxima o conteúdo da doutrina da margem nacional de apreciação aos princípios que compõem a proporcionalidade. Para analisar se uma restrição estatal violou direitos humanos, o TEDH não poderia simplesmente afirmar que os atos praticados pelo Estado se encontram protegidos pela margem de apreciação⁷⁹⁸, mas deveria demonstrar sua compatibilidade com o princípio da proporcionalidade, ou seja, deveria demonstrar o justo equilíbrio entre as restrições às liberdades individuais e a necessidade de preservar os objetivos coletivos.

Segundo Arai-Takashi, a aplicação do exame da proporcionalidade pelo TEDH se funda no uso da chamada doutrina da alternativa menos restritiva, segundo a qual o Tribunal verifica se o Estado adotou a medida menos restritiva possível às liberdades protegidas pelos direitos humanos, a fim de satisfazer os objetivos coletivos em uma sociedade democrática.⁷⁹⁹ Andrew Legg, por sua vez, identifica na ideia de alternativa menos restritiva a própria concepção de proporcionalidade no Direito Internacional de Direitos Humanos, ao afirmar que “*it is a doctrine that seeks to police the justification of state interference with human rights, ensuring that the state places no greater limitation on rights than necessary*”.⁸⁰⁰

Essa análise nem sempre se engessa pelo percurso dos três passos do exame de proporcionalidade mas admite variações em virtude da pluralidade de sentidos inerente aos direitos humanos.⁸⁰¹ Diante dos diversos desenhos jurídicos que os direitos humanos podem assumir nas esferas domésticas, em razão de múltiplos fatores históricos, antropológicos e

⁷⁹⁶ ARAI-TAKASHI, Yutaka. **The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR**. New York: Intersentia, 2001, p. 8.

⁷⁹⁷ *Ibid.*, p. 14.

⁷⁹⁸ LETSAS, Gerald. Two concepts of the Margin of Appreciation. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 26, n. 4, p. 705-732, 2006, p. 711

⁷⁹⁹ ARAI-TAKASHI, *op. cit.*, p. 14.

⁸⁰⁰ LEGG, Andrew. **The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 178.

⁸⁰¹ KUMM, Matthias. Is the Structure of Human Rights Practice Defensible? Three Puzzles and Their Resolution. In: JACKSON, Vicki C.; TUSHNET, Mark (ed.). **Proportionality: New Frontiers, New Challenges**. New York: Cambridge University Press, 2017, p. 51-74, p. 66.

sociais, tribunais regionais como o TEDH enfrentam o dilema entre interferência judicial e deferência em nome da razoabilidade. Os julgamentos envolvendo direitos humanos não podem simplesmente anular os processos políticos, mas visam permitir o escrutínio que identifique as razões públicas adotadas pelos Estados quando interferem na sua aplicabilidade ou efetividade.⁸⁰²

Tendo em vista precisamente esse espectro mais amplo em que se pratica o exame de proporcionalidade nos tribunais regionais, Spielmann apresenta critérios adicionais:

In order to assess the proportionality of an interference with a right, it is appropriate to examine its impact on that right, the grounds, the consequences for the applicant and the context. As regards the grounds for the interference, the importance of the local circumstances and the difficulty of objectively assessing the respective weight of conflicting aims play a major role. It is for the State to justify the interference. The grounds must be 'relevant and sufficient', the need for a restriction must be 'established convincingly', any exceptions must be 'construed strictly' and the interference must meet 'a pressing social need'.⁸⁰³

Um exemplo do uso da proporcionalidade como fundamento para a atribuição da margem de apreciação pode ser encontrado no caso *Kart v. Turquia*, de 2008, que tratou de uma restrição estatal ao direito humano de acesso ao judiciário. Reconhecendo que os Estados teriam margem de apreciação para regular legislativamente o direito de acesso ao judiciário, o TEDH investigou a restrição naquele caso específico: a excessiva demora da Câmara Legislativa da qual o requerente fazia parte para apreciar seu pedido de suspensão da imunidade parlamentar. Ele desejava ter acesso ao judiciário para se defender da acusação de um crime de opinião contra um advogado, que teria sido praticado antes de sua eleição. Até que ele tivesse apresentado denúncia perante o TEDH, a imunidade não havia sido levantada e ele estivera proibido de se defender justamente em razão das regras pertinentes à imunidade parlamentar. Diante disso, o TEDH reconheceu como desproporcional a omissão estatal (praticada pela Câmara Legislativa) que impediu o requerente de exercer seu direito:

*It must be satisfied that the limitations applied do not restrict or reduce the access left to the individual in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired. Furthermore, a limitation will not be compatible with Article 6 § 1 if it does not pursue a legitimate aim and if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved (see *Waite and Kennedy v. Germany [GC]*, no 26083/94, § 59, ECHR 1999-I). The right of access to a court is impaired when the rules cease to serve the aims of legal*

⁸⁰² KUMM, Mattias. Is the Structure of Human Rights Practice Defensible? Three Puzzles and Their Resolution. In: JACKSON, Vicki C.; TUSHNET, Mark (ed.). **Proportionality: New Frontiers, New Challenges**. New York: Cambridge University Press, 2017, p. 51-74, p. 69-74.

⁸⁰³ SPIELMANN, Dean. **Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and The National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?** Downloaded from <https://www.cambridge.org/core>. IP address: 200.185.218.64, on 23 Jul 2019 at 21:57:33, subject to the Cambridge Core terms of use, Available at: <https://www.cambridge.org/core/terms>. <https://doi.org/10.5235/152888712805580570>. Access in: Jan. 28, 2019, p. 409-410.

*certainty and the proper administration of justice and form a sort of barrier preventing the litigant from having his or her case determined on the merits by the competent court [...].*⁸⁰⁴

Segundo Arai-Takahashi, à doutrina da medida menos restritiva combinam-se outros métodos como o comparativo e o evolutivo. No primeiro, o TEDH procura medidas restritivas similares ou análogas aplicadas por outros Estados-membros a fim de formar seu convencimento a respeito. Essa medida costuma servir para que o Tribunal verifique a existência de algum consenso europeu acerca da matéria, o que poderia influenciar na análise: medidas restritivas que fujam de padrões usados pela maioria dos Estados costumam ser reportadas como desproporcionais.⁸⁰⁵ Já o método evolutivo permite que o TEDH modifique seus padrões de julgamento tendo em vista particularidades na realidade dos Estados que apontem para novos comportamentos sociais ou contextos econômicos e políticos. Esses dois métodos visam identificar consensos e tendências na interpretação das normas de direitos humanos, porém não dizem respeito propriamente ao exame de proporcionalidade, mas sim à atribuição de um peso maior a uma concepção largamente difundida entre os Estados-membros do sistema. Trata-se de mecanismos que mais se aproximam da margem de apreciação como deferência do que como proporcionalidade, todavia, segundo análise jurisprudencial depreendida por Arai-Takahashi, contribuem para o seu resultado.⁸⁰⁶

Essa interação permite reconhecer, em verdade, que o processo de construção das decisões regionais sobre direitos humanos usa um complexo instrumental hermenêutico, do qual a margem de apreciação se revela como importante ingrediente, mas não necessariamente como razão determinante.

Em crítica à margem de apreciação como proporcionalidade, Letsas observa que ela costuma ser usada como uma capa que esconde a efetiva análise de proporcionalidade da restrição. Se houve violação de normas convencionais, no sentido de que a restrição aplicada pelo Estado invadiu o núcleo essencial do direito humano em questão, o TEDH costuma afirmar que o Estado agiu para além de sua margem de apreciação. O uso da margem de apreciação acabaria por dispensar o Tribunal de demonstrar os argumentos que fundamentaram sua decisão no sentido de que a restrição ao direito humano seria ou não justificável.⁸⁰⁷ Letsas fornece como exemplo o caso *Van Kuck vs. Alemanha*, de 2003, em que a requerente, transexual nascida na Alemanha em 1948 do sexo masculino, obteve em

⁸⁰⁴ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case Kart v. Turkey*. Application n. 8917/05, 2008, paragraph n. 79.

⁸⁰⁵ ARAI-TAKASHI, Yutaka. *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*. New York: Intersentia, 2001, p. 15.

⁸⁰⁶ *Ibid.*, p. 15.

⁸⁰⁷ LETSAS, Gerald. Two concepts of the Margin of Appreciation. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 26, n. 4, p. 705-732, 2006, p. 712.

1990 o reconhecimento de seu nome social feminino. Pleiteou contra a companhia privada de seguros de saúde o reembolso das despesas com medicamentos hormonais e cirurgia de redesignação de sexo, o que foi negado. O caso foi levado às autoridades judiciais que reconheceram com válida a negativa da companhia de seguros tendo em vista que os procedimentos adotados pela requerente não eram os únicos nem os mais indicados ao seu caso, segundo avaliação pericial por eles realizada. Caberia à demandante demonstrar a absoluta necessidade do tratamento realizado.⁸⁰⁸ O caso chegou ao TEDH, que afirmou a existência de uma margem de apreciação para o Estado na definição dos limites entre os interesses jurídicos protegidos pelos direitos humanos e os interesses coletivos. Para definir essa margem, seria necessário o sopeso dos interesses em conflito:

*However, the boundaries between the State's positive and negative obligations under Article 8 do not lend themselves to precise definition. The applicable principles are nonetheless similar. In determining whether or not such an obligation exists, regard must be had to the fair balance which has to be struck between the general interest and the interests of the individual; and in both contexts the State enjoys a certain margin of appreciation.*⁸⁰⁹

Feita a ponderação, o Tribunal entendeu que a restrição imposta à demandante era desproporcional, e a não concessão de margem de apreciação espelhou essa conclusão:

*In the light of recent developments (see I. v. the United Kingdom and Christine Goodwin, cited above, § 62 and § 82, respectively), the burden placed on a person to prove the medical necessity of treatment, including irreversible surgery, in one of the most intimate areas of private life, appears disproportionate. In this context, the Court notes that, at the relevant time, the applicant, in agreement with the doctor treating her, had undergone the gender reassignment surgery in question. In the light of these various factors, the Court reaches the conclusion that no fair balance was struck between the interests of the private health insurance company on the one side and the interests of the individual on the other. In these circumstances, the Court considers that the German authorities overstepped the margin of appreciation afforded to them under paragraph 2 of Article 8. Consequently, there has been a violation of Article 8 § 1 of the Convention.*⁸¹⁰

Em contrapartida, se um exame de proporcionalidade for positivo, o Tribunal costuma atestar que o Estado agiu dentro da margem de apreciação. Segundo a crítica de Letsas, a ideia de margem de apreciação, no lugar de servir para indicar uma teoria geral a respeito da viabilidade de se limitar/restringir direitos humanos, serviria para a Corte justificar a declaração final a respeito da violação ou não de um direito humano. Os fundamentos poderiam ser encontrados na aplicação do princípio da proporcionalidade e na técnica de

⁸⁰⁸ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Van Kück v. Germany** (Application no. 35968/97), 12 sep. 2003, paragraphs 12-25.

⁸⁰⁹ *Ibid.*, paragraph 71.

⁸¹⁰ *Ibid.*, paragraphs 82-86.

ponderação dos interesses em conflito, de modo que, na visão do autor, seria despicienda a doutrina da margem de apreciação.⁸¹¹

Outro aspecto que poderia comprometer uma concepção substancial de margem de apreciação é a inconstância com que o TEDH faz uso da doutrina, o que se pode verificar em casos aparentemente semelhantes que foram decididos com resultados absolutamente opostos. Essa situação pode ser ilustrada por dois casos envolvendo direitos políticos – o primeiro na França e o segundo na Ucrânia, narrados por García Roca. No caso *Py vs. França*, de 2000, o TEDH reputou que uma exigência da lei eleitoral francesa de que os candidatos possuísem residência fixa estaria dentro de sua margem nacional de apreciação, de modo que a regulação do direito eleitoral incumbiria ao Estado. Todavia, no caso *Melnychenko vs. Ucrânia*, de 2004, a mesma exigência de residência “habitual” e “continuada” exigida como condição de elegibilidade no processo eleitoral foi reputada violadora dos direitos políticos dos candidatos em razão do contexto vivido pelo Estado à época, em que muitos candidatos receavam ter residência fixa pois eram constantemente ameaçados, sendo que o candidato a presidência havia sido envenenado. A exigência de residência fixa, nesse caso, acabaria por inviabilizar o exercício do direito, razão pela qual foi reputada fora da margem de apreciação.⁸¹² Para Letsas, ao deixar de expor o raciocínio que embasa a aplicação da margem, o TEDH a converte em uma “cláusula de estilo”, e não um critério de interpretação.⁸¹³ Contudo, os casos mencionados em verdade apontam para um ingrediente essencial à aplicação da margem de apreciação: o contexto.

Assim, o que se observa, em verdade, é a importância que o contexto assume enquanto ingrediente a ser levado em consideração na verificação da proporcionalidade das restrições. Uma decisão sobre a ponderação entre direitos humanos e medidas restritivas estatais dependem integralmente do contexto histórico, social, econômico e mesmo político em que as relações humanas tomam corpo. Isso não significaria enfraquecer a ideia de proporcionalidade, pois ela mantém sua importância retórica capaz de ilustrar os julgamentos realizados pelo TEDH.⁸¹⁴

⁸¹¹ LETSAS, Gerald. Two concepts of the Margin of Appreciation. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 26, n. 4, p. 705-732, 2006, p. 712-714. No mesmo sentido, GREER, Steven. The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights. Human Rights Files n. 17. **Council of Europe Publishing**, jul. 2000, p. 14.

⁸¹² GARCÍA ROCA, Javier. La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, p. 117-143, 2007, p. 141.

⁸¹³ *Ibid.*, p. 142.

⁸¹⁴ LEGG, Andrew. **The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 187; 192. Ressalte-se que para o autor a proporcionalidade se justifica em uma análise de deferência desde que seja vista como ferramenta heurística da ponderação, segundo uma teoria de direitos humanos como interesses (Joseph Raz).

Ainda em crítica à margem de apreciação tal como empregada pelo TEDH, Letsas defende que ela levaria à compreensão de que estariam acobertadas pela margem todas as medidas restritivas adotadas pelo Estado que não violassem direitos. Com isso, se inverteria a ordem da análise, pois não haveria uma teoria que pudesse determinar *a priori* o que cabe na margem de apreciação a fim de se afirmar se houve ou não violação de direitos humanos. Seriam o exame de proporcionalidade e o sopesamento de interesses que poderiam indicar o desrespeito às normas convencionais.⁸¹⁵

Diante desse quadro, se uma concepção substantiva da margem nacional de apreciação implicar uma predefinição de conteúdos sobre os quais os estados teriam, de antemão, discricionariedade, de fato essa concepção fica comprometida. Não existem espaços de discricionariedade isentos de controle aprioristicamente determinados – especialmente se não se perder de vista a subsidiariedade em sentido cooperativo.

Em contrapartida, não necessariamente a doutrina da margem de apreciação se dissolve ou se esvazia no exame da proporcionalidade das restrições estatais a direitos humanos. Se para Letsas e Rocca a margem de apreciação é um rótulo vazio para a aplicação da proporcionalidade e da ponderação, para Andrew Legg verifica-se o oposto. Seria a proporcionalidade uma ferramenta heurística para demonstrar como o Tribunal faz a análise de argumentos de segunda ordem, que interferem na implementação dos direitos humanos no caso concreto.⁸¹⁶

Como afirmado anteriormente, a margem de apreciação, para esse autor, é uma técnica de julgamento usada na interpretação e aplicação das normas de direitos humanos em que questões de segunda ordem informadas pelo Estado passam a influenciar no resultado do julgamento, determinando inclusive o afastamento de questões de primeira ordem. É nesse sentido que ela se alia à ideia de deferência, como se passa a abordar.

3.4.1.2 Margem de apreciação e deferência

Andrew Legg procurou desenvolver uma teoria capaz de demonstrar a operacionalidade da margem de apreciação para além de sua associação ao princípio da proporcionalidade. Para tanto, partiu da concepção já consolidada na doutrina de que se trata de uma ferramenta para interpretação das obrigações decorrentes das normas de direitos

⁸¹⁵ LETSAS, Gerald. Two concepts of the Margin of Appreciation. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 26, n. 4, p. 705-732, 2006, p. 713.

⁸¹⁶ LEGG, Andrew. *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 192-193.

humanos, considerando os temas que necessitam de um tratamento uniforme entre os Estados, e aqueles que podem variar legitimamente de um Estado para outro.⁸¹⁷

Sua pretensão em elaborar uma teoria geral da margem de apreciação está profundamente atrelada à prática do TEDH, assim como de outros tribunais que lidam com direitos humanos, em respeito ao fato de que se trata de instituto jurisprudencialmente criado. Neste tópico, o objetivo é descrever a margem de apreciação tal como se verifica no TEDH, razão pela qual os exemplos de casos narrados são todos extraídos do seu acervo.

Uma análise crítica a respeito da possibilidade de se empregar a mesma concepção de margem de apreciação na prática da Corte IDH depende necessariamente que se compreenda o papel dessa corte no sistema interamericano, bem como o fenômeno do *Ius Constitutionale Commune*, o que será objeto do terceiro capítulo. Assim, somente após uma análise da atuação da Corte IDH que se poderá de fato compreender um quadro dentro do qual uma teoria de deferência seria compatível com o sistema interamericano, correspondendo a um momento de oitiva por parte da Corte IDH dos fundamentos deduzidos pelas cortes nacionais, em um diálogo judicial cooperativo.

Legg concebe deferência como sendo “*the practice of assigning weight to reasons for a decision on the basis of external factors*”.⁸¹⁸ A margem de apreciação, como uma expressão dessa modalidade geral de deferência operando no direito internacional dos direitos humanos, significaria “*margin of appreciation in international human rights law is the judicial practice of assigning weight to the respondent state’s reasoning in a case on the basis of one or more of three external factors: democratic legitimacy; the common practice of states; and expertise*”.⁸¹⁹ Esses fatores externos sempre dizem respeito a questões próprias do ambiente interno: a legitimidade democrática com que o Estado elaborou seu *standard* em direitos humanos, o consenso sobre a aplicação desse padrão entre os demais Estados no sistema e o nível de perícia que o Estado tem para elaborá-lo, o que costuma estar atrelado ao argumento da “melhor posição” das autoridades domésticas para enfrentar a matéria. Assim, quanto maior a legitimidade democrática do *standard* de direitos humanos desenvolvido pelas autoridades internas, menor o consenso entre os Estados, e maior perícia e compreensão do contexto forem necessárias à análise, mais ampla deveria ser a margem de apreciação.

Esses fatores externos (legitimidade democrática, consenso e perícia) representam “razões de segunda ordem”, ou seja, razões para agir ou deixar de agir a partir da ponderação

⁸¹⁷ *Ibid.*, p. 17.

⁸¹⁸ LEGG, Andrew. **The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 17.

⁸¹⁹ *Ibid.*, p. 17.

das razões de primeira ordem.⁸²⁰ Razões de segunda ordem (aquelas que não correspondem ao âmbito normativo do direito humano em questão) não implicam necessariamente o afastamento definitivo das razões de primeira ordem (aquelas que justificariam a aplicação das normas convencionais de direitos humanos), mas demandam que essas sejam consideradas e eventualmente afastadas justificadamente.⁸²¹ Caberia ao TEDH observar essas razões de segunda ordem e atribuir-lhes maior ou menor peso – quanto maior peso, maior a margem de apreciação, e com isso menor a interferência do tribunal na atuação doméstica (a subsidiariedade substancial negativa). Quanto mais fortes as razões de primeira ordem e mais fracas as de segunda, maior será a ingerência do tribunal supranacional no âmbito interno (subsidiariedade substancial positiva).

A deferência em um contexto judicial, notadamente envolvendo interpretação e aplicação de direitos humanos, não implica que o TEDH se curve às razões do Estado como uma expressão de subserviência. Legg procurou esclarecer que o processo jurisdicional demanda a necessária consideração de todas as razões (primeira e segunda ordem) envolvidas, ou seja, os elementos da norma e os fatores externos. Atribuir maior ou menor peso a estes fatores externos demanda do Tribunal uma fundamentação racional.⁸²² Esta preocupação se relaciona com a cortesia judicial nos diálogos judiciais, no sentido de que o outro interlocutor merece ser considerado e ouvido. Nos diálogos judiciais, a troca de razões de decidir pode se dar na relação processual em que o tribunal regional considera os argumentos deduzidos pela última instância judicial doméstica, como pode abranger outros tribunais. A margem de apreciação enquanto técnica de interpretação e julgamento implicará o reconhecimento de razões externas apresentadas pelas autoridades (judiciais) estatais para deixar de aplicar ou atribuir sentido diferente a uma norma convencional.

Importante notar que a concepção de margem de apreciação e deferência de Legg não equivale a uma doutrina de não-tutela.⁸²³ Para alguns comentadores sobre o tema, a margem de apreciação como critério hermenêutico acabaria por autorizar o TEDH a aliviar a intensidade do alcance habitual do seu controle sobre os atos estatais. Na visão de García Roca, essa prática corresponderia a um juízo superficial que reconhece como boa a decisão nacional prévia, ainda que o TEDH não decline de sua jurisdição nem abra mão de sua

⁸²⁰ *Ibid.*, p. 18: “*second order reasons are reasons to act or to refrain from acting on one's own assessment of the first order balance of reasons, or the balance of reasons in issue*”.

⁸²¹ LEGG, Andrew. **The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 20-21.

⁸²² *Ibid.*, p. 23.

⁸²³ Na versão em inglês: “*non justiciability*”. *Ibid.*, p. 26.

competência.⁸²⁴ Seria uma prática análoga à não-tutela na medida em que o TEDH reconhecesse a margem de apreciação em favor do Estado para simplesmente adotar como suas as razões de julgamento apresentadas no plano doméstico.⁸²⁵

Nessa linha, García Roca critica a margem de apreciação sob o argumento de que ela seria equivalente a uma “regra de não decisão, uma forma de deferência europeia à decisão interna”. Por essa lógica, admitir-se-ia a validade do ato praticado pelo Estado ainda que ele não fosse o melhor para a proteção dos direitos humanos, bastando que estivesse dentro da margem concedida pelo Tribunal.⁸²⁶

Christoph Krenn também compreende a deferência inerente à margem de apreciação como uma delegação no processo decisório, ou seja, o TEDH delegaria às autoridades estatais a competência para decidir sobre os conflitos envolvendo direitos humanos em certas circunstâncias, como aquelas que demandam maior criatividade judicial e exigem elevado grau de legitimidade da corte regional. Para evitar abusos, o autor estabelece elencos de direitos que não poderiam recair nesse processo delegatório, como os direitos inderrogáveis (artigo 15, CEDH) e os direitos inerentes à identidade pessoal. Ainda, defende Krenn que a análise do elemento consensual entre os Estados integrantes do sistema, a fim de se lhes conferir margem de apreciação, é um mecanismo que gera a inclusão dos diversos matizes internos no processo decisório sobre direitos humanos.⁸²⁷

Seguindo em sentido análogo, Letsas analisou um conceito estrutural de margem de apreciação, que encontraria sustentação na noção de competência institucional em dois sentidos: o fato de o TEDH aplicar normas de um tratado internacional, não uma constituição, bem como o fato de assumir uma posição subsidiária em relação ao dever primário dos Estados de zelar pelos direitos humanos.⁸²⁸ Dessa forma, a margem de apreciação espelharia uma subsidiariedade normativa em que as autoridades nacionais deveriam ter prioridade na solução de casos envolvendo direitos humanos em virtude da sua maior legitimidade, por

⁸²⁴ GARCÍA ROCA, Javier. **El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración**. 1 ed. Cuadernos Civitas. Thomson Reuters, 2010, p. 219-221.

⁸²⁵ LEGG, Andrew. **The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 27.

⁸²⁶ GARCÍA ROCA, Javier. **El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración**. 1 ed. Cuadernos Civitas. Thomson Reuters, 2010, p. 113, 132-133.

⁸²⁷ KRENN, Christoph. La técnica del margen de apreciación y su potencial legitimador: sobre la capacidad funcional de los tribunales supranacionales e internacionales. In: UGARTEMENDIA EXEIZABARRENA, Juan Ignacio; SAIZ ARNAIZ, Alejandro; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (Directores). **La garantía jurisdiccional de los Derechos Humanos: Un estudio comparado de los sistemas regionales de tutela: europeo, interamericano y africano**. Oñati, 2015, p. 53-83, p. 75-77.

⁸²⁸ Dentro dessa perspectiva que Letsas insere a noção de subsidiariedade procedimental dentro da doutrina da margem nacional de apreciação, referindo-se à prerrogativa dos Estados de se manifestarem cronológica e procedimentalmente antes que o TEDH sobre uma alegada violação de direitos humanos. LETSAS, Gerald. Two concepts of the Margin of Appreciation. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 26, n. 4, p. 705-732, 2006, p. 720-722.

estarem melhor posicionadas para decidir a matéria na ausência de um consenso europeu sobre o tema, ou de *standards* claramente definidos.⁸²⁹

A concepção de deferência argumentada por Letsas, semelhante a de Krenn, diz respeito ao espaço que o TEDH deixaria para o escrutínio das autoridades estatais, privando-se de avaliar se as medidas adotadas seriam ou não compatíveis com o direito humano em questão.⁸³⁰ Essa prática se verificaria em duas situações: diante da ausência de um consenso europeu sobre a matéria, de modo que a variedade de interpretações deveria autorizar maior discricionariedade para a interpretação estatal do direito humano em questão; e diante da maior sensibilidade política da matéria, a exigir atenção diretamente voltada para as circunstâncias do contexto político do Estado.⁸³¹ O primeiro caso costuma se relacionar com temas ligados à moral pública e às relações entre religião e Estado, o segundo trata de uma análise política que incumbiria a cada Estado sobre a derrogação de alguns direitos humanos em situações de crise (artigo 15, CEDH).

Como Legg, Letsas atesta que a deferência diz respeito à interferência de razões externas no processo de julgamento a respeito de uma violação a direitos humanos. Contudo, distancia-se da ideia de deferência proposta pelo primeiro ao estreitar radicalmente o conceito, praticamente associando a margem de apreciação a decisões tomadas com base na existência ou não de um consenso europeu acerca de determinada matéria. Exemplifica essa prática a partir do caso *Leyla Şahin vs. Turquia*, de 2005, em que o TEDH reconheceu ao Estado margem de apreciação para regular a restrição ao uso do véu islâmico nas universidades. Nesse caso, um dos elementos que formou o convencimento da corte regional (embora não o único, como sugere Letsas) a respeito da medida restritiva imposta pelo Estado foi a ausência de um consenso sobre o impacto da liberdade religiosa em relação aos direitos dos demais cidadãos ou em relação a objetivos coletivos em uma sociedade democrática:

Where questions concerning the relationship between State and religions are at stake, on which opinion in a democratic society may reasonably differ widely, the role of the national decision-making body must be given special importance [...] Rules in this sphere will consequently vary from one country to another according to national traditions and the requirements imposed by the need to protect the rights and freedoms of others and to maintain public order (see, mutatis mutandis, Wingrove, cited above, p 1957, § 57). Accordingly, the choice of the extent and form

⁸²⁹ Nesse mesmo sentido SPIELMANN, Dean. **Allowing the Right Margin**: The European Court of Human Rights and The National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review? Downloaded from <https://www.cambridge.org/core>. IP address: 200.185.218.64, on 23 Jul 2019 at 21:57:33, subject to the Cambridge Core terms of use, Available at: <https://www.cambridge.org/core/terms>. <https://doi.org/10.5235/152888712805580570>. Access in: Jan. 28, 2019, p. 382.

⁸³⁰ LETSAS, Gerald. Two concepts of the Margin of Appreciation. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 26, n. 4, p. 705-732, 2006, p.722.

⁸³¹ *Ibid.*, p. 722-723.

*such regulations should take must inevitably be left up to a point to the State concerned, as it will depend on the specific domestic context.*⁸³²

Nesse caso específico, o TEDH parece ter deixado de considerar as razões de primeira ordem relativas à proteção do direito humano em questão (liberdade religiosa), para tão somente deferir ao Estado discricionariedade para regular a matéria.

A margem de apreciação como “não decisão” de fato é problemática, por passar a impressão de uma subsidiariedade negativa circunstancial e quase absoluta. A partir da subsidiariedade em sentido cooperativo, nenhum dos atores do sistema jurídico multinível de direitos humanos poderia escolher “não decidir” nem deixar temas que possam envolver restrições a direitos humanos livres de escrutínio. Como salienta Legg, já houve episódios em que o TEDH deixou de analisar as razões de primeira ordem ou as analisou de forma deficiente. Tal prática não significa que foi feito uso da margem de apreciação, mas que os julgadores deixaram de fornecer razões adequadas para sua decisão.⁸³³

Um exemplo de atuação do TEDH em que a margem de apreciação foi amplamente concedida, contudo mediante escrutínio da medida estatal – a fim de verificar seu pedigree democrático e sua proporcionalidade – pode ser encontrado no caso *SH vs. Áustria*, de 2011. Os dois casais requerentes se insurgiram contra a legislação austríaca que permitia a fertilização *in vitro* apenas no caso em que os doadores fossem os efetivos pais biológicos da criança a ser gestada; o primeiro casal pretendia doação de esperma, o segundo doação de óvulo. Argumentaram pela violação do artigo 8 da CEDH, que protegia a vida privada na medida em que a proibição estatal interferiria indevidamente em sua privacidade. Ao decidir sobre o tema, o Pleno do Tribunal Europeu assim se pronunciou:

The Court reiterates that a number of factors must be taken into account when determining the breadth of the margin of appreciation to be enjoyed by the State when deciding any case under Article 8 of the Convention. Where a particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake, the margin allowed to the State will normally be restricted (see Evans, cited above, § 77, and the cases cited therein). Where, however, there is no consensus within the member States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to the best means of protecting it, particularly where the case raises sensitive moral or ethical issues, the margin will be wider [...]. By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, the State authorities are, in principle, in a better position than the international judge to give an opinion, not only on the “exact content of the requirements of morals” in their country, but also on the necessity of a restriction intended to meet them [...]. There will usually be a wide margin of appreciation accorded if the State is required to

⁸³² EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case Leyla Şahin v. Turkey*. Application no. 44774/98. Strasbourg, 2005, paragraph, 109.

⁸³³ LEGG, Andrew. *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 27.

*strike a balance between competing private and public interests or Convention rights [...].*⁸³⁴

Embora reconhecendo que haveria uma tendência entre os Estados europeus de liberar a prática da fertilização *in vitro*, o TEDH observou que o espaço para discussão moral e política sobre a medida permanecia amplo e aberto, em virtude de descobertas científicas ainda instáveis e sujeitas a alteração.⁸³⁵ Levou em consideração que a legislação austríaca teria realizado uma ponderação entre os interesses privados dos casais nacionais desejosos do procedimento e outros interesses morais relevantes, em um ambiente cujas consequências do procedimento ainda não seriam amplamente conhecidas. Reconheceu que a solução poderia ter sido outra, mas que aquela adotada não violara o direito à privacidade:

*The Court accepts that the Austrian legislature could have devised a different legal framework for regulating artificial procreation that would have made ovum donation permissible. It notes in this regard that this latter solution has been adopted in a number of member States of the Council of Europe. However, the central question in terms of art 8 of the Convention is not whether a different solution might have been adopted by the legislature that would arguably have struck a fairer balance, but whether, in striking the balance at the point at which it did, the Austrian legislature exceeded the margin of appreciation afforded to it under that Article.*⁸³⁶

Nesse caso, como observou Legg, a concessão da margem de apreciação não foi uma “regra de não decisão”, pois diversos fatores foram levados em consideração, inclusive a proporcionalidade da medida, que não vedaria completamente a prática da fertilização *in vitro*, mas imporiam algumas restrições consideradas pelo Estado como necessárias em uma sociedade democrática.⁸³⁷

Percebe-se que o exame de proporcionalidade de medidas adotadas pelo Estado tem o importante papel de proporcionar um escrutínio mais rigoroso das medidas alegadamente violadoras de direitos humanos, podendo justificar a medida adotada pelo Estado e contribuir para o maior peso a ser dado a razões externas como a falta de consenso, a legitimidade democrática da decisão, ou a perícia dos agentes estatais em encontrar a solução.⁸³⁸ Esse raciocínio poderia ser reconhecido também no arrazoado do TEDH no caso *Handyside*:

⁸³⁴ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case SH and others v. Austria**. N. 57813/00, 2011, paragraph 94.

⁸³⁵ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case SH and others v. Austria**. N. 57813/00, 2011, paragraphs 96, 97.

⁸³⁶ *Ibid.*, paragraph 84.

⁸³⁷ O tema é controverso e no sistema interamericano recebeu um tratamento jurídico radicalmente diverso pela Corte IDH, que reconheceu a proibição (no caso total) da fertilização *in vitro* como uma violação à privacidade e ao planejamento familiar CORTE IDH. **Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257.

⁸³⁸ LEGG, Andrew. **The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 187-192.

Nevertheless, Article 10 para. 2 (art. 10-2) does not give the Contracting States an unlimited power of appreciation. The Court, which, with the Commission, is responsible for ensuring the observance of those States' engagements (Article 19) (art. 19), is empowered to give the final ruling on whether a "restriction" or "penalty" is reconcilable with freedom of expression as protected by Article 10 (art. 10). The domestic margin of appreciation thus goes hand in hand with a European supervision. Such supervision concerns both the aim of the measure challenged and its "necessity"; it covers not only the basic legislation but also the decision applying it, even one given by an independent court. In this respect, the Court refers to Article 50 (art. 50) of the Convention [...] as well as to its own case-law [...].⁸³⁹

A proporcionalidade pode guiar a ponderação das razões de segunda ordem alegadas pelo Estado, as quais, devidamente sopesadas com as razões de primeira ordem, podem lhe garantir uma margem para definir o sentido da norma de direitos humanos a partir de suas particularidades domésticas. Observe-se que essa margem não implica uma outorga apriorística de competência para os agentes estatais decidirem a matéria, pois toda atuação estatal (a medida restritiva que alegadamente teria violado o direito) deve ser analisada à luz de razões de primeira ordem (que tratam do reconhecimento da violação do âmbito normativo do direito humano) e de razões de segunda ordem (legitimidade democrática da medida restritiva, ausência de consenso europeu ou maior perícia do Estado na matéria).

Todavia, é preciso ter em conta que argumentos como “sensibilidade moral ou social”, normalmente alegados para embasar uma ampla margem de apreciação, são bastante perigosos. Como bem observa Alexandra Timmer em análise do caso SH vs. Áustria, essa espécie de argumento dificilmente encontra um suporte estatístico que evidencie que parcela da sociedade de fato seria moralmente atingida pela medida, e frequentemente mascara motivos escusos como a preservação de estruturas hierárquicas e discriminatórias na sociedade.⁸⁴⁰ Em última análise, se descuidada de uma fundamentação racional que justifique adequadamente o afastamento de razões de primeira ordem para o reconhecimento da margem de apreciação, a concepção defendida por Legg poderia inclusive comprometer a função contramajoritária do *judicial review* desempenhado no nível regional. O tema será abordado a seguir, quando se passa a analisar os fatores externos que costumam apontar para o reconhecimento de uma ampla margem de apreciação no sistema europeu.

3.4.2 Razões de segunda ordem e aplicação da margem de apreciação

⁸³⁹ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case Handyside v. United Kingdom**, Application no. 5493/72, 1976, paragraph 49.

⁸⁴⁰ TIMMER, Alexandra. S.H. and Others v. Austria: margin of appreciation and IVF. **Strasbourg Observers**, 9 nov. 2011. Available at: <https://strasbourgothers.com/2011/11/09/s-h-and-others-v-austria-margin-of-appreciation-and-ivf/>. Access in: Oct. 9, 2019.

Extrai-se dos casos apresentados nos dois tópicos anteriores que a margem de apreciação não se resume exclusivamente a uma análise de proporcionalidade das medidas estatais que atingem direitos humanos, ou ao maior peso de fatores de segunda ordem capazes de interferir na aplicabilidade das normas convencionais. Se fatores externos influenciam as decisões proferidas pelo TEDH, eles muitas vezes são combinados a exames de proporcionalidade, e estes não se restringem a ponderação entre direitos humanos e interesses coletivos, como sugere Letsas.

Nessas condições, reconhecer na margem de apreciação um critério hermenêutico⁸⁴¹ parece mais adequado a uma compreensão da racionalidade de sua aplicação, a qual pode implicar deferência os Estados em virtude do peso de certos fatores externos, sem que com isso se afaste a necessidade de um exame de proporcionalidade das medidas adotadas, a partir da análise de fatores de primeira ordem, diretamente relacionados à incidência das normas de direitos humanos.

Conforme mencionado anteriormente, Andrew Legg defende que existem três razões de segunda ordem que interferem na amplitude da margem de apreciação reconhecida aos Estados. A maior legitimidade democrática da medida restritiva de direitos, bem como o maior grau de perícia das autoridades estatais, em virtude de estarem melhor posicionadas para tratar do tema, implicam uma margem de apreciação mais ampla. O critério do consenso opera em sentido inverso, ou seja, quanto mais diverso for o tratamento dado a certa matéria pelos Estados membros do sistema europeu, e menor o consenso, mais ampla também deveria ser a margem de apreciação.

Segundo essa concepção, a margem de apreciação como técnica de deferência implica atribuir maior peso aos fatores externos em detrimento de razões de primeira ordem que a princípio justificariam o reconhecimento de uma violação a normas convencionais de direitos humanos ou padrões europeus de garantia desses direitos.

Antes de analisar os fatores, importa ressaltar que alguns direitos humanos possuem razões de primeira ordem extremamente fortes contra às quais não caberia a oposição de fatores externos. No sistema europeu de direitos humanos, esses direitos são considerados inderrogáveis, ou seja, não podem ser suspensos nem mesmo a fim de prevenir desordem, conflitos civis ou resguardar a integridade da nação, como previsto no artigo 15 da CEDH. Correspondem aos artigos 2, 3, 4 e 7 da CEDH, respectivamente: direito à vida, proibição de

⁸⁴¹ IGLESIAS VILA, Marisa. Subsidiarity, margin of appreciation and international adjudication within a cooperative conception of human rights. Oxford University Press and New York University School of Law. **I•CON** (2017), Vol. 15 No. 2, p. 393-413, p. 406.

tortura, proibição de escravidão e trabalhos forçados e princípio da legalidade penal. Como a margem de apreciação tem sua origem ligada precisamente à discricionariedade concedida aos Estados para que defina se a situação concreta enfrentada autoriza ou não a derrogação de direitos humanos, acaba-se por inferir como consequência lógica que essa margem não pode ser concedida quando os direitos inderrogáveis puderem ser atingidos.⁸⁴² Como enfatiza Spielmann, “*the margin of appreciation has no role here*”.⁸⁴³

No tocante aos direitos absolutos, muitos julgados evidenciam situações que não poderiam estar acobertadas pela margem nacional de apreciação, como os casos sobre as condições degradantes dos presídios russos e os casos envolvendo as perseguições às minorias kurdas na Turquia.⁸⁴⁴ Ainda, Spielmann lembra o caráter absoluto da proibição de tortura, já consolidado pelo TEDH no caso Saadi vs. Itália, de 2008, em que se negou qualquer margem de apreciação à Itália para analisar a possibilidade de deportação do demandante para a Tunísia, pois lá sua integridade física e psíquica estaria em risco.⁸⁴⁵

Nas situações envolvendo os demais direitos, a margem de apreciação autorizaria, a depender das circunstâncias de cada caso concreto, o afastamento de razões de primeira ordem para atribuição de maior peso aos fatores externos.

3.4.2.1 O critério do consenso sobre temas política ou moralmente controversos

O critério do consenso representa uma razão de segunda ordem a influenciar julgamentos perpetrados pelo TEDH, sendo aplicado segundo uma lógica reversa: quanto maior for o consenso europeu a respeito do tratamento jurídico dado a certa matéria, menor será a margem de apreciação dos Estados para agir diferentemente; ausente o consenso, ampla será a margem autorizando tratamentos diferenciados⁸⁴⁶, desde que compatíveis com valores reconhecidos convencionalmente, como moral pública, segurança pública, prevenção do crime ou direitos dos demais.

⁸⁴² GREER, Steven. The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights. Human Rights Files n. 17. **Council of Europe Publishing**, jul. 2000, p. 23-24.

⁸⁴³ SPIELMANN, Dean. **Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and The National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?** Downloaded from <https://www.cambridge.org/core>. IP address: 200.185.218.64, on 23 Jul 2019 at 21:57:33, subject to the Cambridge Core terms of use, Available at: <https://www.cambridge.org/core/terms>. <https://doi.org/10.5235/152888712805580570>. Access in: Jan. 28, 2019, p. 395.

⁸⁴⁴ GARCÍA ROCA, Javier. La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. **Teoría y Realidad Constitucional**, núm. 20, p. 117-143, 2007, p. 135.

⁸⁴⁵ SPIELMANN, *op. cit.*, p. 395.

⁸⁴⁶ BENVENISTI, Eyal. Margin of appreciation, consensus, and universal standards. **International Law and Politics**, n. 31, p. 843-854, 1999, p. 851. No mesmo sentido, GARCÍA ROCA, *op. cit.*, p. 126.

O fundamento para que o consenso entre os Estados integrantes do sistema seja considerado pelo TEDH para reconhecer maior ou menor margem de apreciação estaria, segundo Legg, no fato de que o próprio sistema regional de direitos humanos encontra-se fundado no consenso dos Estados. Eles, a partir de seu igual *status* soberano, aderem a uma convenção que estabelece normas de direitos humanos bem como reconhecem a autoridade de uma corte regional responsável pela aplicação jurisdicional desses direitos. Segundo o autor, o elemento vontade dos Estados deveria ser considerado por essa corte regional, tendo em vista que “*the willingness of states to be bound is a prerequisite of the system’s existence*”.⁸⁴⁷ Ainda que se discorde a respeito do peso do elemento volitivo na configuração de um sistema regional de proteção de direitos humanos, que deve ser fundado no *human rights approach* e no caráter cogente das normas convencionais, é fato que a permanência da vinculação dos Estados ao sistema depende, em grande monta, das decisões políticas adotadas no plano interno.

Mais além, como observa Legg, se o sistema regional é criado para a definição de padrões de direitos humanos que devem ser seguidos pelos Estados, as práticas estatais que venham no sentido de cumprir com essas obrigações podem ser consideradas pelo tribunal regional a fim de dirimir controvérsias acerca da extensão das obrigações, firmando *standards* compartilhados por diversos Estados e demonstrando os espaços em que diferenciações legítimas poderiam ser reconhecidas.⁸⁴⁸ O artigo 31 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados reconhece que as normas convencionais não podem ser consideradas meros registros históricos, mas se submetem às formas como os Estados as interpretam de acordo com sua evolução social, política e tecnológica. Assim, o consenso dos Estados que aponte para novas tendências deveria ser considerado pelas cortes como ingrediente necessário dos processos hermenêuticos.⁸⁴⁹

Contudo, é no terreno das divergências morais na interpretação das obrigações convencionais em direitos humanos que Legg enfatiza a necessidade de se considerar o consenso dos Estados. Se cabe ao TEDH decidir sobre a aplicação das normas de direitos humanos em virtude de um poder convencional com o qual os Estados livremente consentiram, deve fazê-lo com parcimônia. Diante da necessidade de uma decisão sobre matéria moralmente controvertida perante os Estados, em que se verificam diversas concepções morais defensáveis à luz dos próprios princípios de direitos humanos, não

⁸⁴⁷ LEGG, Andrew. **The Margin of Appreciation in International Human Rights Law**: Deference and Proportionality. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 103-104.

⁸⁴⁸ *Ibid.*, p. 108.

⁸⁴⁹ *Ibid.*, p. 109.

poderiam os juízes supranacionais clamar para si mesmos o *status* de reis filósofos com a autoridade moral definitiva e final.⁸⁵⁰

Essa variedade de concepções morais foi especialmente importante no primeiro caso em que o consenso europeu teve peso determinante para a aplicação da doutrina da margem de apreciação, *Handyside vs. Reino Unido*, em que se discutiu se a publicação do *Little Red Schoolbook* seria ofensiva à moral pública. Para analisar a restrição imposta pelo Estado à liberdade de expressão da editora, o TEDH recorreu ao exame do que seria uma restrição “necessária em uma sociedade democrática”, exame de proporcionalidade que teve por fundamento a ausência de consenso europeu sobre o conteúdo da ideia de “moral pública”. Em se tratando de um conceito variável no tempo e no espaço, as autoridades estatais estariam “melhor posicionadas” para atestar a necessidade de restringir direitos e liberdades individuais a fim de protegê-la.⁸⁵¹

Um exemplo em que a existência de um consenso europeu restringiu a discricionariedade estatal foi o caso *Sunday Times vs. Reino Unido*, julgado apenas três anos depois de *Handyside*. Uma corte inglesa havia determinado a proibição da publicação de uma matéria do *Sunday Times* sobre crianças que nasciam com malformações nos lábios em razão de certas substâncias ingeridas pelas mães durante a gravidez, a fim de proteger a imparcialidade e a autoridade do judiciário que recebia dezenas de pedidos de indenização sobre a matéria. Se “imparcialidade e autoridade do judiciário” de fato eram fins legítimos protegidos em uma sociedade democrática⁸⁵², o TEDH entendeu que a medida restritiva não era proporcional, e que, ao contrário do caso *Handyside*, destoava de um consenso europeu sobre a matéria:

Again, the scope of the domestic power of appreciation is not identical as regards each of the aims listed in Article 10 (2) (Art 10–2). The Handyside case concerned the ‘protection of morals’. The view taken by the Contracting States of the ‘requirements of morals’, observed the Court, ‘varies from time to time and from place to place, especially in our era’, and ‘State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements’. Precisely the same cannot be said of the far more objective notion of the ‘authority’ of the judiciary. The domestic law and practice of the Contracting States reveal a fairly substantial measure of common ground in this area. This is reflected in a number of provisions of the Convention, including Article 6, which have no equivalent as far as ‘morals’ are concerned. Accordingly, here a more extensive European supervision corresponds to a less discretionary power of appreciation.⁸⁵³

⁸⁵⁰ *Ibid.*, p. 115.

⁸⁵¹ LETSAS, Gerald. Two concepts of the Margin of Appreciation. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 26, n. 4, p. 705-732, 2006, p. 724.

⁸⁵² *Ibid.*, p. 725.

⁸⁵³ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case Sunday Times v. United Kingdom* (1979–80), paragraph 245.

A ideia de ausência de um consenso europeu a garantir maior margem de apreciação aos Estados muitas vezes esteve ligada à proteção de valores religiosos em face de manifestações artísticas consideradas ofensivas (Muller e outros vs. Suíça em 1991; Otto-Preminger-Institut vs. Áustria em 1995; Wingrove vs. Reino Unido em 1997; Murphy vs. Irlanda em 2003). Em todos esses casos, a liberdade de não ser ofendido em suas convicções religiosas foi o interesse protegido pela decisão do TEDH, diretamente influenciada pela ausência de um consenso europeu sobre o tema:

*Moreover, as in the field of morals, and perhaps to an even greater degree, there is no uniform European conception of the requirements of 'the protection of the rights of others' in relation to attacks on their religious convictions. What is likely to cause substantial offence to persons of a particular religious persuasion will vary significantly from time to time and from place to place, especially in an era characterised by an ever growing array of faiths and denominations.*⁸⁵⁴

A ausência de um consenso europeu foi determinante também na posição adotada pelo TEDH para tratar de direitos dos grupos LGBT. No final do século XX, vários julgados afirmaram que a matéria era objeto de grande controvérsia nos Estados, não havendo um consenso científico ou moral sobre as implicações do reconhecimento de direitos como mudança de nome ou possibilidade de contrair matrimônio (Rees vs. Reino Unido, em 1987; Sheffield e Horsham vs. Reino Unido, em 1998). Em 2002, uma minoria de juízes supranacionais que já havia se manifestado em julgados anteriores mudou radicalmente a posição do TEDH, a fim determinar a proteção dos direitos humanos desses grupos. Isso ocorreu no caso Goodwin vs. Reino Unido, e mais tarde no caso I vs. Reino Unido, em 2003.⁸⁵⁵ Ao tratar do consenso europeu nestes últimos dois casos, o TEDH atestou a mudança dos ventos que determinava igualmente um tratamento evolutivo da matéria:

However, since the Convention is first and foremost a system for the protection of human rights, the Court must have regard to the changing conditions within the respondent State and within Contracting States generally and respond, for example, to any evolving convergence as to the standards to be achieved [...]. It is of crucial importance that the Convention is interpreted and applied in a manner which renders its rights practical and effective, not theoretical and illusory. A failure by the Court to maintain a dynamic and evolutive approach would indeed risk rendering it a bar to reform or improvement [...]. In the present context the Court has, on several occasions since 1986, signalled its consciousness of the serious

⁸⁵⁴ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Wingrove v. United Kingdom** (1997), paragraph 58.

⁸⁵⁵ A guinada, todavia, ainda fora tímida para os direitos da população LGBT, pois em 2004, no caso Frette vs. França, novamente com base na ausência de um consenso europeu sobre as implicações da possibilidade de adoção por casais homossexuais, o TEDH concedeu ao Estado ampla margem de apreciação, autorizando portanto a proibição a essa prática, com fundamento na proteção dos interesses da criança. LETSAS, Gerald. Two concepts of the Margin of Appreciation. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 26, n. 4, p. 705-732, 2006, p. 727-728.

*problems facing transsexuals and stressed the importance of keeping the need for appropriate legal measures in this area under review [...].*⁸⁵⁶

Um aspecto problemático no uso do consenso europeu para fundamentar a margem de apreciação é a dificuldade para se definir se há ou não consenso e sobre que aspecto ele recai. Em primeiro lugar, verifica-se que é o próprio TEDH quem define o tema sobre o qual será verificada a ausência ou presença de um consenso, o que pode implicar uma boa dose de arbitrariedade. Um exemplo pode ser encontrado no caso *X e outros vs. Áustria*, em que um casal de duas mulheres pretendia o direito de não serem discriminadas em relação aos demais casais heterossexuais diante da possibilidade de uma das companheiras adotar o filho biológico da outra. O TEDH decidiu que a controvérsia não seria sobre discriminação de direitos entre casais heterossexuais ou homossexuais, mas sobre a possibilidade de adoção dos filhos de um dos companheiros pelo outro, sem que fossem casados entre si. Dentro desse espectro reduzido, o Tribunal percebeu que dos únicos dez Estados que permitiam essa adoção, seis tratavam igualmente casais do mesmo sexo e quatro procediam à discriminação. Com uma amostra tão reduzida, o TEDH concluiu que não pôde identificar a presença de consenso entre os Estados.⁸⁵⁷ Dessa forma, identificar o consenso europeu diz respeito também à definição da matéria sobre a qual o mencionado consenso pode ou não estar presente.

Houve oportunidades em que o próprio TEDH reconheceu essa dificuldade, como em *Hirst vs. Reino Unido*, que tratou do direito ao sufrágio de prisioneiros condenados. Nessa hipótese, a questão não era a ausência de consenso, mas mais propriamente a impossibilidade de se aferir se o consenso estaria ou não presente. No lugar de se reconhecer ampla margem de apreciação ao Estado, o consenso foi afastado como razão de segunda ordem a influenciar na decisão.⁸⁵⁸

Diversos autores atestam que a falta de critérios claros e objetivos para a verificação do consenso europeu a respeito de certas matérias implica arbitrariedade por parte do Tribunal. Afinal, dos quarenta e sete Estados que integram o sistema regional, quantos precisariam endossar o mesmo entendimento para que se possa reconhecer a existência de um

⁸⁵⁶ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case Christine Goodwin v. United Kingdom*, Application no. 28957/95, 11 July 2002, paragraph 74.

⁸⁵⁷ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case X and others v. Austria*. 2013.

⁸⁵⁸ SPIELMANN, Dean. *Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and The National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?* Downloaded from <https://www.cambridge.org/core>. IP address: 200.185.218.64, on 23 Jul 2019 at 21:57:33, subject to the Cambridge Core terms of use, Available at: <https://www.cambridge.org/core/terms>. <https://doi.org/10.5235/152888712805580570>. Access in: Jan. 28, 2019, p. 408.

consenso? Mais da metade apenas? Oitenta por cento? Essa variação, contudo, representa uma discricionariedade saudável ao sistema, segundo Andrew Legg.

Para o autor, três razões justificariam a desnecessidade de o TEDH oferecer critérios precisos para a identificação do consenso europeu sobre temas controversos. Em primeiro lugar, a existência de um consenso europeu acerca da matéria sob discussão não é o único fator a ser considerado pelo Tribunal para chegar à decisão acerca da violação ou não de direitos humanos. Em razão disso, as informações variam de caso para caso, assim como sua importância relativa, o que desaconselharia a criação de uma metodologia rígida para apurar a existência do consenso. Em segundo lugar, precisamente em virtude da diversidade de dados a respeito dos temas controversos, Legg atesta que não é possível identificar com certeza o que significaria um consenso entre os Estados a respeito de determinada matéria. Assim, não haveria motivo para se buscar critérios objetivos para definir o indefinível, devendo o Tribunal ter discricionariedade para realizar essa aferição. Finalmente, em terceiro lugar, a maior liberdade do TEDH na definição da existência ou não de um consenso europeu sobre uma matéria seria desejável para o equilíbrio entre deferência e ingerência no plano doméstico da atuação estatal.⁸⁵⁹ Surpreende Legg com seu argumento claramente consequencialista:

*Finding some sort of trend amongst states that goes against the respondent state might make a controversial decision appear more palatable. Similarly, finding a lack of consensus or practice favouring the state might make a decision that appears overly conservative or apologist appear prudent.*⁸⁶⁰

As razões fornecidas por Legg, portanto, reforçam a discricionariedade alegada pelos críticos do argumento referente ao consenso europeu como precisamente um ponto positivo desse fator de segunda ordem. O tema deixa de integrar a fundamentação racional de uma sentença para se revelar como um elemento de política jurisdicional: todavia, um elemento que deveria ser justificado com transparência.⁸⁶¹

No entanto, se Legg é crítico da atuação de um tribunal regional que defina a solução moralmente mais adequada para um Estado, por falta de legitimidade para tanto, parece controverso que admita que este mesmo tribunal decida como vai avaliar a presença de um fator de segunda ordem que poderia, em última instância, determinar a presença ou não da violação a direitos humanos. Nessas circunstâncias, pareceria mais plausível recusar a existência de um consenso como fator de segunda ordem capaz de justificar a concessão da margem de apreciação.

⁸⁵⁹ LEGG, Andrew. **The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 127-128.

⁸⁶⁰ *Ibid.*, p. 128.

⁸⁶¹ *Ibid.*, p. 128.

Para além da dificuldade em se determinar a existência ou não de um consenso europeu, vale apontar ainda a problemática utilização desse fator como razão de segunda ordem em caso de violações de direitos humanos para a satisfação dos interesses das maiorias. Afinal, como se depreende de diversos casos narrados, os valores morais e religiosos que teriam sido ofendidos pelas práticas acobertadas (por razões de primeira ordem) pela norma convencional que protege a liberdade de expressão são os de uma maioria cristã e heterossexual. Os valores morais que integram uma sociedade são de fato variáveis no tempo e no espaço. Todavia, em não havendo consenso sobre os valores, permitir que o Estado restrinja direitos para atender uma “moral pública” é problemático. A “moral pública” defendida pelo Estado nesses casos é a moral da maioria.⁸⁶² Essa aplicação da margem de apreciação acaba por legitimar a imposição de opiniões majoritárias àqueles que pensam diferente, criando mecanismos discriminatórios incompatíveis com a própria lógica de um sistema de direitos humanos.

3.4.2.2 O critério da perícia ou proximidade em relação à causa

Um fator de segunda ordem que justificaria a deferência de um tribunal regional de direitos humanos em prol do Estado é a maior competência técnica das autoridades estatais para tratar da matéria.⁸⁶³ Legg observa que o tribunal regional pode enfrentar temas que exigem especial perícia para chegar a uma solução em um caso de alegada violação de direitos humanos. Trata-se de uma característica própria do Direito, que interage profundamente com outras ciências e disciplinas a fim de fornecer soluções estabilizadoras de expectativas sociais. Como os tribunais têm “competências epistêmicas limitadas”, seria natural que demonstrassem deferência ao trabalho de *experts* nacionais, mais próximos às causas e dotados de conhecimentos específicos. Não se trata de simplesmente reproduzir julgamentos nacionais no plano regional, pois como salienta Legg, os tribunais não poderiam simplesmente encampar decisões nacionais sem o devido escrutínio.⁸⁶⁴

Esse raciocínio pode ser exemplificado no caso *DN vs. Suíça*, que tratava do direito à liberdade pessoal da vítima, portadora de esquizofrenia, em face do encarceramento determinado por juízes domésticos com base em um parecer psiquiátrico. À primeira vista, se

⁸⁶² LETSAS, Gerald. Two concepts of the Margin of Appreciation. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 26, n. 4, p. 705-732, 2006, p. 729.

⁸⁶³ LEGG, Andrew. *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 145.

⁸⁶⁴ *Ibid.*, p. 146-147.

poderia imaginar que o TEDH seria deferente à conclusão adotada pelas autoridades estatais, tendo em vista que estavam mais próximas do caso concreto para examinar a condição da paciente. Todavia, como não pode automaticamente deixar de apreciar todas as circunstâncias do caso, observou que o laudo pericial fora proferido precisamente por um dos juízes da causa, o que comprometia sua imparcialidade e com isso contaminava a prova.⁸⁶⁵ Esse julgado demonstra que assim como os demais fatores de segunda ordem que contribuem para a determinação da margem de apreciação (existência de consenso sobre temas controvertidos, ou ainda legitimidade democrática das medidas estatais), também os fatores de primeira ordem são avaliados pelo TEDH, de modo que todo o conjunto de elementos influencia na produção da decisão.⁸⁶⁶

Como salienta Greer, a perícia a respeito de certos temas caminha ao lado da proximidade em relação à causa. Em comparação com os juízes regionais, autoridades estatais estão mais próximas dos fatos que teriam ensejado o processo, o que favoreceria uma decisão mais acurada sobre seu peso e significado. Para o autor, ainda, o fator da competência técnica pode se associar ao da competência política: sempre que a adoção de medidas referentes a direitos humanos for uma questão de natureza política, o espaço doméstico de deliberação e decisão deveria ser favorecido, tendo em vista que para esses casos não deveria haver soluções uniformizadoras.⁸⁶⁷

A partir da análise jurisprudencial, Legg logrou identificar cinco grupos de situações que frequentemente implicam o reconhecimento de ampla margem de apreciação aos Estados com base no critério da perícia das autoridades estatais. Seriam os temas que envolvem segurança nacional, proteção de crianças, decisões envolvendo sistemas de saúde, normas de organização de funcionários civis e de polícia e decisões de elevado impacto econômico.⁸⁶⁸

No caso da segurança nacional, por exemplo, a valorização do contexto doméstico pelas autoridades supranacionais costumou fundamentar medidas restritivas de direitos humanos com a chancela da Convenção Europeia (artigo 15). No caso *Brannigan e McBride vs. Reino Unido*, de 1993, o TEDH concedeu ampla margem de apreciação para que as autoridades estatais, mais próximas das circunstâncias que estariam a ameaçar a segurança nacional, avaliassem o cabimento do uso da “*derogation clause*”:

⁸⁶⁵ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case DN v. Switzerland*. Application n. 27154/95. Strasbourg, 2001, paragraph 53 *et. seq.*

⁸⁶⁶ LEGG, Andrew. *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 149.

⁸⁶⁷ GREER, Steven. The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights. Human Rights Files n. 17. **Council of Europe Publishing**, jul. 2000, p. 24.

⁸⁶⁸ LEGG, *op. cit.*, p. 153.

*It falls to each Contracting State, with its responsibility for 'the life of [its] nation', to determine whether that life is threatened by a 'public emergency' and, if so, how far it is necessary to go in attempting to overcome the emergency. By reason of their direct and continuous contact with the pressing needs of the moment, the national authorities are in principle in a better position than the international judge to decide both on the presence of such an emergency and on the nature and scope of derogations necessary to avert it. Accordingly, in this matter a wide margin of appreciation should be left to the national authorities.*⁸⁶⁹

Como ressaltou o Tribunal mais adiante, referida margem estaria condicionada, contudo, a cuidadosa supervisão supranacional a fim de prevenir abusos.⁸⁷⁰

Vale observar que as razões que justificariam a deferência em razão da perícia dos agentes estatais costumam se sobrepor a outros elementos. Por exemplo, no caso *Leyla Şahin vs. Turquia*, o TEDH decidiu que o Estado teria margem de apreciação para determinar o banimento do uso do véu islâmico nas universidades (conforme circular exarada em 1998) pelo fato de as autoridades educacionais estarem melhor posicionadas para apreciar os impactos sociais e culturais do uso do artefato religioso no ambiente acadêmico. O Tribunal fez uma cuidadosa análise do secularismo no Estado, observando as previsões constitucionais, bem como o fato de que diversas medidas legislativas, desde 1981, proibiam o uso de artefatos religiosos em ambientes de ensino. A perícia das autoridades domésticas em razão de sua proximidade ao contexto da causa foi importante para a fundamentação da decisão em dois aspectos. Em primeiro lugar, na definição do caráter cogente das normas universitárias que proibiam o uso do véu:

*In that connection, the Court does not accept the applicant's submission that the fact that there were no disciplinary penalties for failing to comply with the dress code effectively meant that no rules existed [...]. As to how compliance with the internal rules should have been secured, it is not for the Court to substitute its view for that of the university authorities. By reason of their direct and continuous contact with the education community, the university authorities are in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions or the requirements of a particular course [...].*⁸⁷¹

Em segundo, na aferição do significado político que o uso do véu poderia trazer para as universidades, em prejuízo aos direitos dos demais estudantes:

*The Court also notes that in the decisions in *Karaduman v. Turkey* [...] and *Dahlab* [...] the Convention institutions found that in a democratic society the State was entitled to place restrictions on the wearing of the Islamic headscarf if it was incompatible with the pursued aim of protecting the rights and freedoms of others, public order and public safety. In *Karaduman*, measures taken in universities to prevent certain fundamentalist religious movements from exerting pressure on*

⁸⁶⁹ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case Brannigan and McBride v. United Kingdom*. Application n. 14553/89. Strasbourg, 1993, paragraph n. 43.

⁸⁷⁰ *Ibid.*, paragraph n. 42.

⁸⁷¹ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case Leyla Şahin v. Turkey*. Application no. 44774/98. Strasbourg, 2005, paragraph 121.

students who did not practise their religion or who belonged to another religion were not considered to constitute interference for the purposes of Article 9 of the Convention. Consequently, it is established that institutions of higher education may regulate the manifestation of the rites and symbols of a religion by imposing restrictions as to the place and manner of such manifestation with the aim of ensuring peaceful coexistence between students of various faiths and thus protecting public order and the beliefs of others [...]. In Dahlab, which concerned the teacher of a class of small children, the Court stressed among other matters the “powerful external symbol” which her wearing a headscarf represented and questioned whether it might have some kind of proselytising effect, seeing that it appeared to be imposed on women by a religious precept that was hard to reconcile with the principle of gender equality. It also noted that wearing the Islamic headscarf could not easily be reconciled with the message of tolerance, respect for others and, above all, equality and non-discrimination that all teachers in a democratic society should convey to their pupils.⁸⁷²

Segundo Gerards, as autoridades estatais estariam melhor posicionadas para realizar a análise da medida restritiva no contexto social, político e religioso do Estado. Em casos como esse, existe uma tendência do TEDH em reconhecer aos Estados mais ampla margem de apreciação, para que eles definam o alcance de restrições a direitos humanos necessárias à proteção de certos objetivos coletivos legítimos e convencionalmente reconhecidos. Todavia, Gerards vai além para afirmar que nesses casos o Tribunal acaba por encampar as razões de decidir produzidas pelos tribunais domésticos, que só seriam afastadas em hipótese de arbitrariedade ou precariedade.⁸⁷³ O caso Leyla Şahin parece apontar na direção oposta, na medida em que diversos outros elementos foram essenciais para a solução da causa, especialmente por meio da aplicação do exame de proporcionalidade.

A discussão extrapolava questões envolvendo política educacional para tratar de liberdade religiosa, sendo que fatores de primeira ordem assumiram um papel determinante para a posição adotada pelo TEDH. Desse modo, a análise da incidência da margem de apreciação se interligou com o exame de proporcionalidade entre a medida restritiva à liberdade religiosa da requerente e a preservação da secularidade nos ambientes universitários.⁸⁷⁴ Segundo o Tribunal, a restrição era adequada para a proteção do objetivo legítimo em uma sociedade democrática e não seria excessiva pois não impedia os estudantes de realizar suas obrigações religiosas. A proporcionalidade em sentido estrito teria sido adequadamente aferida pelas autoridades universitárias: *“The university authorities judiciously sought a means whereby they could avoid having to turn away students wearing*

⁸⁷² *Ibid.*, paragraph 111.

⁸⁷³ GERARDS, Janneke. Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights. *Human Rights Law Review*, 2018, 18, p. 495-515, p. 498.

⁸⁷⁴ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case Leyla Şahin v. Turkey*. Application no. 44774/98. Strasbourg, 2005, paragraph 110.

the headscarf and at the same time honour their obligation to protect rights of others and the interests of the education system”.⁸⁷⁵

É possível aquilatar, portanto, que embora o TEDH leve em consideração a perícia das autoridades estatais como fator de segunda ordem para autorizar maior margem de apreciação aos Estados, dificilmente esse elemento será o determinante na solução da causa. O peso menor, todavia, não o protege de críticas.

García Roca salienta que esse critério é pouco preciso e não fornece uma orientação clara a respeito da aplicação da margem de apreciação. Seria um problema filosófico corrente averiguar o melhor juiz da causa: o que está próximo dos fatos ou o que deles mantém uma distância. Se o primeiro poderia ter um conhecimento mais detalhado das circunstâncias do caso, uma apreciação mais segura dos valores em conflito, o último poderia oferecer uma equidistância capaz de lhe conferir maior imparcialidade, uma visão do todo que poderia permitir aquilatar panoramas não perceptíveis para os que estivessem mais próximos dos atores envolvidos.⁸⁷⁶

Ainda, García Roca observa que a valorização da *expertise* das autoridades estatais pode eventualmente trazer para a sede regional da discussão de temas de direitos humanos certos níveis de particularidade ou concretude que não seriam desejáveis para um Tribunal responsável pela determinação de padrões comuns, a serem observados pelos demais Estados integrantes do sistema.⁸⁷⁷

3.4.2.3 O critério da legitimidade democrática

Os dois critérios mencionados previamente relacionam-se diretamente com o grau de legitimidade democrática de uma medida estatal que atinge direitos humanos. Partindo da interconexão entre direitos humanos e democracia, a legitimidade democrática dos atos praticados no nível interno seria um fator capaz de apontar para a deferência do TEDH.

Como salientou Peters, “*The European Court of Human Rights requires member states to uphold a pluralist democracy, in which freedom of expression is guaranteed*”⁸⁷⁸, de modo que a legitimidade democrática dos atos estatais sempre foi uma preocupação do Tribunal.

⁸⁷⁵ *Ibid.*, paragraph 159.

⁸⁷⁶ GARCÍA ROCA, Javier. La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. **Teoría y Realidad Constitucional**, núm. 20, p. 117-143, 2007, p. 128.

⁸⁷⁷ GARCÍA ROCA, Javier. **El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración**. 1 ed. Cuadernos Civitas. Thomson Reuters, 2010, p. 210-214.

⁸⁷⁸ PETERS, Anne. Dual Democracy. In: KLABBERS, Ian; PETERS, Anne; ULFSTEIN, Geir. **The Constitutionalization of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 263-341, p. 275.

Mais que isso, somente regimes políticos democráticos seriam compatíveis com a Convenção Europeia, o que reforça a conexão defendida pelo TEDH de que ambientes nacionais democráticos são os únicos apropriados para a proteção dos direitos humanos.⁸⁷⁹

A legitimidade democrática de leis estatais, enquanto fator de segunda ordem, é condição determinante para que o TEDH reconheça ao Estado uma margem de apreciação sobre a definição de suas obrigações em relação a direitos humanos. Pildes bem observou que a margem de apreciação se insere precisamente na tensão entre a função protetora dos direitos humanos da corte supranacional e a deliberação democrática nos Estados. Ela permite que os Estados tenham alguma latitude na definição do âmbito de proteção de direitos que são desenhados propositadamente de forma aberta à diferentes adensamentos normativos.⁸⁸⁰

Pensar na legitimidade democrática das medidas estatais como um fator externo que permita garantir ao Estado maior margem de apreciação exige uma apreciação casuística da jurisprudência dos tribunais regionais. Legg realizou essa análise para demonstrar como o TEDH considera a legitimidade democrática na aplicação da margem de apreciação.

Um exemplo relevante foi o caso *Hirst vs. Reino Unido* (n. 2), decidido em 2005, em que o TEDH decidiu sobre o direito dos prisioneiros exercerem seus direitos políticos a fim de votar. Ao legislar sobre a temática, o Reino Unido definiu na seção 3 do *Representation of the People Act*, de 1983, que os presos condenados estariam proibidos de votar. Foi contra essa proibição que o requerente, condenado a prisão perpétua por ter confessado um homicídio, se insurgiu.⁸⁸¹ Ao tratar de uma restrição legal ao direito de sufrágio, o TEDH afirmou que aos Estados deveria ser concedida margem de apreciação sempre que presentes as credenciais democráticas de restrições porventura criadas a fim de adequar o direito ao sufrágio (deduzido a partir do artigo 3 da CEDH) às particularidades culturais, políticas, históricas e sociais:

Nonetheless, the rights bestowed by Article 3 of Protocol No. 1 are not absolute. There is room for implied limitations and Contracting States must be allowed a margin of appreciation in this sphere. There has been much discussion of the breadth of this margin in the present case. The Court reaffirms that the margin in this area is wide [...]. There are numerous ways of organising and running electoral systems and a wealth of differences, inter alia, in historical development, cultural diversity and political thought within Europe which it is for each Contracting State to mould into their own democratic vision.

⁸⁷⁹ *Ibid.*, p. 279.

⁸⁸⁰ PILDES, Richard. *Supranational Courts and the Law of Democracy: The European Court of Human Rights*. New York University, School of Law. **Public Law and Legal Theory Research Paper Series**. Workin Paper 16-43. September 2016, p. 1.

⁸⁸¹ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Hirst v. The United Kingdom** (n. 2). Application no. 74025/01. Strasbourg, 2005, paragraphs 12-15.

Diante da possibilidade de concessão da margem, o TEDH analisou o grau de deliberação democrática que teria levado à edição da referida lei britânica, ressaltando que apesar das discussões ocorridas entre os partidos, não houvera evidência de que os interesses dos cidadãos submetidos à prisão tivessem sido considerados:

As to the weight to be attached to the position adopted by the legislature and judiciary in the United Kingdom, there is no evidence that Parliament has ever sought to weigh the competing interests or to assess the proportionality of a blanket ban on the right of a convicted prisoner to vote. It is true that the question was considered by the multi-party Speaker's Conference on Electoral Law in 1968 which unanimously recommended that a convicted prisoner should not be entitled to vote. It is also true that the working party which recommended the amendment to the law to allow unconvicted prisoners to vote recorded that successive governments had taken the view that convicted prisoners had lost the moral authority to vote and did not therefore argue for a change in the legislation. It may be said that, by voting the way they did to exempt unconvicted prisoners from the restriction on voting, Parliament implicitly affirmed the need for continued restrictions on the voting rights of convicted prisoners. Nonetheless, it cannot be said that there was any substantive debate by members of the legislature on the continued justification in light of modern-day penal policy and of current human rights standards for maintaining such a general restriction on the right of prisoners to vote.⁸⁸²

Assim, as credenciais democráticas da legislação em questão não foram suficientes para garantir margem de apreciação ao Estado. A *contrario sensu*, se tivessem estado presentes, a lei restritiva poderia ter sido considerada compatível com a Convenção Europeia. Nesse caso, contudo, o elemento determinante para o julgamento não foi a legitimidade democrática enquanto fator de segunda ordem, mas precisamente a ponderação de fatores de primeira ordem, mediante um exame de proporcionalidade:

Therefore, while the Court reiterates that the margin of appreciation is wide, it is not all-embracing. Further, although the situation was somewhat improved by the 2000 Act which for the first time granted the vote to persons detained on remand, section 3 of the 1983 Act remains a blunt instrument. It strips of their Convention right to vote a significant category of persons and it does so in a way which is indiscriminate. The provision imposes a blanket restriction on all convicted prisoners in prison. It applies automatically to such prisoners, irrespective of the length of their sentence and irrespective of the nature or gravity of their offence and their individual circumstances. Such a general, automatic and indiscriminate restriction on a vitally important Convention right must be seen as falling outside any acceptable margin of appreciation, however wide that margin might be, and as being incompatible with Article 3 of Protocol No. 1.⁸⁸³

Esse caso demonstra que ainda que o TEDH reconheça a legitimidade democrática como razão de segunda ordem para garantir aos Estados margem de apreciação na definição

⁸⁸² EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Hirst v. The United Kingdom** (n. 2). Application no. 74025/01. Strasbourg, 2005, paragraph 79.

⁸⁸³ *Ibid.*, paragraph 82.

dos direitos humanos, nem sempre ela será o fator determinante para a decisão final. A análise da proporcionalidade da medida restritiva tem elevada importância.

A legitimidade democrática da medida estatal é um ingrediente da decisão judicial produzida pelo TEDH também em casos em que se verifica um conflito entre direitos humanos individuais de pessoas diferentes, que são objeto de uma solução legislativa criada pelo Estado. É o que se verificou no caso *Odièvre vs. França*, apresentado por Legg.⁸⁸⁴ Tratava-se de uma lei francesa que impedia que crianças tivessem acesso à identidade dos seus pais biológicos quando estes as tivessem deixado para adoção e solicitado anonimato. Diante da alegada violação ao artigo 8 (direito à vida familiar) da CEDH, o TEDH observou a ausência de um tratamento unânime da matéria entre os Estados europeus (ausência de consenso), bem como analisou a legislação estatal para concluir que a mesma teria ponderado adequadamente os interesses em conflito:

*The expression “everyone” in Article 8 of the Convention applies to both the child and the mother. On the one hand, people have a right to know their origins, that right being derived from a wide interpretation of the scope of the notion of private life. The child's vital interest in its personal development is also widely recognised in the general scheme of the Convention [...]. On the other hand, a woman's interest in remaining anonymous in order to protect her health by giving birth in appropriate medical conditions cannot be denied. [...] The French legislation thus seeks to strike a balance and to ensure sufficient proportion between the competing interests. The Court observes in that connection that the States must be allowed to determine the means which they consider to be best suited to achieve the aim of reconciling those interests. Overall, the Court considers that France has not overstepped the margin of appreciation which it must be afforded in view of the complex and sensitive nature of the issue of access to information about one's origins, an issue that concerns the right to know one's personal history, the choices of the natural parents, the existing family ties and the adoptive parents. Consequently, there has been no violation of Article 8 of the Convention.*⁸⁸⁵

A credencial democrática da lei que havia ponderado, no nível doméstico, os direitos humanos em conflito foi levada em conta, porém não foi o fator determinante para a Corte reconhecer a margem de apreciação ao Estado. O ponto definitivo foi o adequado uso da proporcionalidade pelo Legislativo nacional.

A legitimidade democrática das decisões estatais, *per se*, mostra-se insuficiente como fator de segunda ordem para justificar a concessão da ampla margem de apreciação aos Estados. Essa é a tônica da crítica traçada por Benvenisti, para quem não se poderia aplicar a margem de apreciação quando houvesse risco de violação de direitos de minorias, ou quando a alocação de recursos por decisões estatais refletisse um elastecimento da desigualdade social

⁸⁸⁴ LEGG, Andrew. **The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 83-84.

⁸⁸⁵ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case Odièvre v. France**. Application no. 42326/98. Strasbourg, 2003, paragraphs 44, 49.

e econômica.⁸⁸⁶ Contudo, em havendo mecanismos capazes de equilibrar a balança entre interesses majoritários e minoritários, estaria autorizada a aplicação da doutrina da margem de apreciação.⁸⁸⁷

Atento a essas situações em que critérios de democracia estão ausentes, Legg observa que a preocupação com a legitimidade democrática das medidas adotadas pelos Estados pode fundamentar um maior escrutínio por parte do TEDH, precisamente reduzindo a margem de apreciação porque o Tribunal aquilata um déficit democrático. Essa situação poderia ser encontrada nos casos em que se materializa um risco de violação do direito a participação democrática (caso *Hirst vs. Reino Unido 2*), há risco para os direitos de minorias e grupos vulneráveis (caso *Chassagnou vs. França*), verifica-se a ausência de deliberação social ou parlamentar sobre o tema (caso *Hirst vs. Reino Unido* e *Dickson vs. Reino Unido*), entre outros.⁸⁸⁸ Como se depreende das decisões tomadas pelo TEDH, a deferência estaria condicionada à decisões democráticas internas, permeadas por uma deliberação inclusiva e que levasse à criação de leis ou políticas públicas capazes de restringir direitos. Nesse sentido, a margem de apreciação pode se tornar um mecanismo de política judicial do TEDH para valorizar os processos democráticos internos como uma forma de enaltecer o exercício dos direitos civis e políticos.

Não obstante, a linha entre a deferência aos atos praticados nos contextos internos – cujas credenciais democráticas podem variar assim como evoluem os *standards* de uma democracia legítima⁸⁸⁹ – e o controle por parte de cortes supranacionais é tênue e muitas vezes de difícil visualização. Uma sentença ingerente em excesso, que descredencie atos domésticos praticados segundo regras internas elaboradas originariamente creditados como democráticos, pode desencadear um processo de *backlash* que, em última análise, comprometa a autoridade do Tribunal.⁸⁹⁰

No mesmo caso *Hirst vs. Reino Unido*, supracitado, apesar de a restrição ao direito de voto durante o período de cumprimento da pena fosse determinada por lei, e validada pelos tribunais internos como condizente com a Convenção Europeia, o TEDH decidiu que ela

⁸⁸⁶ BENVENISTI, Eyal. Margin of appreciation, consensus, and universal *standards*. **International Law and Politics**, n. 31, p. 843-854, 1999, p. 847.

⁸⁸⁷ *Ibid.*, p. 849.

⁸⁸⁸ LEGG, Andrew. **The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 90-100.

⁸⁸⁹ Sobre o pluralismo na definição das regras democráticas: “*There is general consensus among democratic countries on certain core features of a legitimate democratic system, but beyond this core, there are many diverse ways of institutionalizing and organizing a democratic system [...]*”. PILDES, Richard. *Supranational Courts and the Law of Democracy: The European Court of Human Rights*. New York University, School of Law. **Public Law and Legal Theory Research Paper Series**. Workin Paper 16-43. September 2016, p. 5.

⁸⁹⁰ *Ibid.*, p. 4.

violaria o direito ao sufrágio inscrito na Convenção. A decisão europeia gerou significativa resistência na mídia inglesa e no Parlamento e não foi implementada.⁸⁹¹

Esse caso permite verificar que o critério democrático das medidas internas enquanto fator de segunda ordem a autorizar a implementação da margem de apreciação é repleto de variações, nuances e campos cinzentos, como costuma ser a própria democracia. O escrutínio supranacional a respeito da legitimidade democrática de uma lei ou política pública envolve uma gama ampla de fatores que não podem ser definidos de forma absoluta, mas devem apreciar com a máxima cautela o contexto de cada Estado, de cada momento social e político por ele vivido. É certo que medidas flagrantemente autoritárias, tomadas sem a participação dos representantes eleitos, não podem escusar restrições a direitos humanos. Mas o escrutínio a respeito de medidas legislativas não poderá repousar exclusivamente nesse fator.

Um bom indicador nesses casos é a proporcionalidade, a ser observada com um olhar atento para o contexto particular de cada Estado, e mesmo de cada sistema regional de direitos humanos. Significa observar que a margem de apreciação tal como aplicada no sistema europeu de direitos humanos pode não encontrar guarida no sistema interamericano. Para tanto, mister analisar suas particularidades, o que será objeto do próximo capítulo.

⁸⁹¹ *Ibid.*, p. 18; 21.

4 PROMOÇÃO E PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS SEGUNDO A PROPOSTA DO *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* NA AMÉRICA LATINA

O *Ius Constitutionale Commune* para a América Latina surgiu a partir de uma proposta que visa articular o direito público em um ambiente jurídico globalizado, aberto e dinâmico, integrado pelos Estados-membros do sistema regional de direitos humanos e os órgãos supranacionais que o compõem – a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Mais além, sua operacionalidade ultrapassa os limites das estruturas estatais e supranacionais para tocar os cidadãos latino-americanos que preenchem esses espaços, como titulares de direitos humanos. O *corpus iuris* que lhe serve de ferramenta corresponde à interação de normas convencionais de direitos humanos, notadamente da Convenção Americana e normas constitucionais dos Estados, articuladas por discursos normativos produzidos por diversas camadas dialógicas, envolvendo a corte regional e as cortes constitucionais, as cortes constitucionais entre si, e as cortes e a sociedade civil.

A distribuição das competências visando a interpretação e implementação das normas de direitos humanos se realiza segundo o princípio da subsidiariedade cooperativa, de modo que as autoridades internas de todos os níveis são convidadas a implementar as normas de direitos humanos no plano doméstico, em atenção às suas competências e prerrogativas constitucionais, contando com a cooperação dos órgãos supranacionais sempre que não lograrem referida implementação.⁸⁹² Pela via das recomendações lançadas pela Comissão Interamericana, ou das sentenças ou opiniões consultivas prolatadas pela Corte IDH, recebem orientações sobre como proteger direitos humanos e remediar violações, sendo assim convocadas a agir a fim de preservar e efetivar padrões normativos em direitos humanos. Especialmente pela via de um diálogo judicial cooperativo, as jurisdições nacionais e regional trocam argumentos e fundamentos que permitem a construção de um direito comum que não esteja alijado das realidades domésticas, mas que, precisamente em atenção a elas, busque suprir deficiências e apontar caminhos para a realização dos direitos.

Esse direito comum construído pelo *Ius Constitutionale Commune* latino-americano é um direito comum regional, que tem por essência a proteção mais nuclear dos direitos

⁸⁹² Nesse sentido se pode reconhecer a sociedade aberta de intérpretes da Constituição, preconizada por Haberle, alçando a seara internacional para tratar precisamente dos direitos humanos. HÄBERLE, Peter. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição – Considerações do Ponto de Vista Nacional-Estatal Constitucional e Regional Europeu, Bem Como sobre o Desenvolvimento do Direito Internacional. **Revista Direito Público**, v. 4, n. 18, out-nov-dez 2007, p. 54-79, p. 78-79. Também: HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elizete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 63.

humanos dirigida ao ambiente jurídico, político e cultural dos Estados e povos que o compõem. Não pode, nem tem pretensão de traduzir, portanto, um direito comum planetário.⁸⁹³ Porém, assim como o direito comum pensado por Delmas-Marty, o *Ius Constitutionale Commune* se organiza em torno de um Direito Regional dos Direitos Humanos, informado por princípios comuns que visam precisamente tornar acessíveis a todas as pessoas e a cada uma delas “direitos inderrogáveis”⁸⁹⁴, ou um denominador irredutível. Esse denominador será tratado no último capítulo.

A estrutura teórico-normativa do *Ius Constitutionale Commune* se plantou originalmente a partir de um intercâmbio acadêmico entre o Instituto Max Planck de Direito Público Comparado e Direito Internacional e diversos *experts* latino-americanos, provenientes tanto da academia como dos bancos jurisdicionais. Neste capítulo, ele será compreendido como um projeto que reconfigura o sentido das obrigações assumidas tanto por Estados quanto pelos órgãos interamericanos a partir do objetivo central de promover, proteger e efetivar direitos humanos, segundo uma órbita dialógica, inclusiva e plural.⁸⁹⁵ Como reconhece Virgílio Afonso da Silva, a interação acadêmica que se materializou entre institutos de pesquisa na América-Latina e na Alemanha contribui para a mirada dos avanços e dificuldades inerentes à implementação dos direitos humanos nesta região, ainda bastante fragmentada do ponto de vista político.⁸⁹⁶

Para além de uma boa dose de fragmentação no pluralismo jurídico latino-americano, existem evidências da formação de um *ius commune* em direitos humanos que gravita em torno da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e as constituições dos Estados-membros do sistema.⁸⁹⁷ As decisões proferidas pela Corte IDH muitas vezes desencadeiam

⁸⁹³ Como sugere a pretensão do direito comum de Mireille Delmas-Marty, quando afirma está a tratar “do planeta Terra, onde será mesmo necessário que um dia a guerra ceda o lugar a um direito realmente internacional, apto para pôr em ordem, sem reduzir, a infinita diversidade dos sistemas jurídicos que coexistem e se combatem”. DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 305.

⁸⁹⁴ *Ibid.*, p. 295-299.

⁸⁹⁵ BOGDANDY, Armin von; FIX-FERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. **Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos**. Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional; Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2014, p. XI.

⁸⁹⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. *In*: BOGDANDY, Armin von; PIOVENSAN, Flávia, MORALES ANTONIAZZI, Mariela (Org.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, p. 515-530. p. 515.

⁸⁹⁷ Armin Bogdandy se mostra bastante otimista com a consolidação do *Ius Constitutionale Commune* ao afirmar que existe uma crença generalizada de que os juízes nacionais se reconhecem como juízes interamericanos. O autor chega a essa inferência a partir dos discursos proferidos por representantes de diversas cortes superiores dos Estados latino-americanos no evento de comemoração dos 40 anos da Corte IDH. BOGDANDY, Armin von. O mandato transformador do Sistema Interamericano: Legalidade e Legitimidade de um processo jurigenético extraordinário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 232-252, 2019, p. 239-240.

verdadeiras transformações dentro dos Estados, permitindo a incorporação de padrões regionais de proteção de direitos humanos.⁸⁹⁸

Contudo, a prática jurisdicional desses Estados nem sempre revela efetiva adesão ao sistema interamericano, bem como uma predisposição à aplicação imediata das normas convencionais e decisões interamericanas às situações materializadas no plano interno.⁸⁹⁹ O Estado brasileiro, por exemplo, muitas vezes se fecha à integração discursiva fomentada pelo *Ius Constitutionale Commune*. Segundo Silva, esse fenômeno seria tributário de uma série de causas, dentre as quais o desconhecimento, pela jurisdição brasileira, das jurisdições vizinhas. Se “integrar pressupõe conhecer e compreender”⁹⁰⁰, é necessário que desde os cursos de Direito haja uma preocupação de formar acadêmicos conhecedores das jurisdições latino-americanas, especialmente em função dos problemas comuns enfrentados. No lugar de se compreender como um importante ator latino-americano, inclusive pela robustez do seu tamanho, o Brasil costuma voltar sua cultura jurídica a padrões europeus ou norte-americanos. Em consequência, verifica-se pouca produção científica sobre a Corte IDH e sobre o sistema interamericano, em que pese já seja possível encontrar significativas mudanças nesse aspecto.⁹⁰¹ Silva ainda destaca como causa da baixa integração o ensino do Direito Constitucional divorciado do Direito Regional e Internacional, como se muitas decisões da Corte IDH não tratassem da mesma temática abundante em decisões do STF: direitos humanos. Como consequência, verifica-se precisamente a baixa permeabilidade das decisões

⁸⁹⁸ SOLEY, Ximena. The transformative dimension of the Inter-American jurisprudence. In: BOGDANDY, Armin von; et al. (ed.). **Transformative Constitutionalism in Latin America**. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 337-356

⁸⁹⁹ Nesse sentido: HUNEEUS, Alexandra; MADSEN, Mikael Rask. Between universalism and regional law and politics: A comparative history of the American, European, and African human rights systems. **I-CON**, v. 16, n. 1, 136-160, 2018. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article-abstract/16/1/136/4995560>. Acesso em: 01 nov. 2019, p. 154.

⁹⁰⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia, MORALES ANTONIAZZI, Mariela (Org.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 515-530, p. 524.

⁹⁰¹ Algumas produções recentes que procuram demonstrar uma guinada acadêmica em direção da incorporação do sistema interamericano como temática relevante: PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019; LEGALE, Siddharta; ARAÚJO, Luiz Cláudio Martins de. **Direitos Humanos na prática interamericana**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos Humanos na Jurisprudência Internacional: Sentenças, Opiniões Consultivas, Decisões e Relatórios Internacionais**. São Paulo: Método, 2019; VARELLA, Marcelo D., MONEBHURRUM, Nitish; GONTIJO, André Pires. **Proteção Internacional dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Processo, 2019; ARAUJO, Luis Claudio Martins de. **Constitucionalismo Transfronteiriço, Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: a consistência argumentativa da jurisdição de garantias nos diálogos transnacionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017; FACHIN, Melina Girardi. (Org.) **Direito Constitucional Multinível: Diálogos a partir do Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Curitiba: Prismas, 2017; BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Ius Constitutionale Commune na América Latina**. V. 1. Marco Conceptual. Curitiba: Juruá, 2016; PIOVESAN, Flávia. **Impacto das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do STF**. São Paulo: Podium, 2015. Uma pesquisa por artigos científicos é muito mais numerosa, sendo a partir de 2018, no sistema google.scholar, podem ser identificados mais de 500 resultados em artigos científicos sobre “sistema interamericano de direitos humanos”; 1.640 resultados para artigos sobre “corte interamericana de direitos humanos”.

proferidas pelos tribunais superiores à influência jurisprudencial criada pelo sistema interamericano.⁹⁰²

Os aspectos destacados por Silva servem como um alerta consciente e desafiam esta tese a contribuir academicamente com a discussão e o fomento de um discurso interamericano, de modo a trazer para a pauta as vantagens de um sistema aberto e harmonizado de direitos humanos.

O presente capítulo busca compreender a proposta do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina (ICCAL) como uma especificidade própria desse sistema regional, assim como sua operacionalidade por meio do constitucionalismo transformador, em uma análise tanto descritiva quanto prescritiva. Nesse diapasão, ganha destaque a discussão sobre a legitimação da Corte IDH e uma faceta bastante proeminente desse *Ius Constitutionale*: o controle de convencionalidade. Ele corresponde a uma dinâmica que materializa a distribuição de competências segundo a subsidiariedade cooperativa, em que a proatividade da corte regional deve ser balanceada pelo diálogo judicial com os Estados como agentes primários na realização dos direitos humanos.

4.1 *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE LATINO AMERICANO*⁹⁰³

O ICCAL é um fenômeno jurídico em formação desde o final do século XX, a partir das bases jurídicas lançadas pelo sistema interamericano de direitos humanos e pelas Constituições promulgadas em resposta ao início do processo de redemocratização.⁹⁰⁴ Trata-se essencialmente de um projeto em construção, que colore de tintas particulares a interação jurídica verificada entre os Estados latino-americanos integrantes do sistema regional.

Ele tem uma perspectiva material focada em uma abordagem transformadora⁹⁰⁵, a fim de indicar “a mudança da realidade política e social da América Latina para a criação das condições sociais e políticas necessárias para a consolidação da democracia, do Estado de

⁹⁰² SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVENSAN, Flávia, MORALES ANTONIAZZI, Mariela (Org.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, p. 515-530, p. 527-530.

⁹⁰³ As ideias defendidas neste tópico foram também abordadas em: OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. O papel da Corte Interamericana de Direitos humanos na construção dialogada do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 2 p.302-363, 2019.

⁹⁰⁴ PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: Context, Challenges, and Perspectives. In: BOGDANDY, Armin von; et. al. (ed.) **Transformative Constitutionalism in Latin America**. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 49-65, p. 52.

⁹⁰⁵ A ser tratada em seção a seguir.

Direito, e dos direitos humanos”.⁹⁰⁶ Nessa linha, está comprometido com dois temas centrais para os Estados latino-americanos: a exclusão e a desigualdade, os quais serão tratados em uma perspectiva marcadamente institucional e constitucionalmente informada.⁹⁰⁷

Nessa vertente, o *Ius Constitutionale Commune* é um fenômeno marcadamente latino-americano porque toca Estados que congregam heranças políticas, sociais e econômicas comuns decorrentes da colonização ibérica. Assim, abrange os Estados da América do Sul e os Estados da América Central que guardam essas mesmas influências – como, por exemplo, Guatemala, Nicarágua e México.⁹⁰⁸

A referência à aproximação histórica desses Estados não implica afirmar qualquer traço de homogeneidade. Como salienta Malamud, os Estados não só têm profundas diferenças culturais e políticas entre si, como também enfrentam graves índices de desigualdade dentro dos contextos sociais, na medida em que grandes grupos populacionais sobrevivem muitas vezes à margem dos direitos (indígenas, população LGBT, pessoas com deficiência, encarcerados, defensores de direitos humanos). No lugar de fornecer respostas únicas e unificadoras, o sistema interamericano tem se voltado para atender esses grupos específicos, atentando ao contexto particular de exclusão que cada um deles sofre.⁹⁰⁹

Se as desigualdades sociais e a exclusão são traços comuns aos diversos Estados latino-americanos⁹¹⁰, o *Ius Commune* não se prende a um único modelo constitucional, nem a moldes estanques de regulação econômica. Fundado na essencialidade dos direitos humanos incorporados nas constituições como eixo para o diálogo, convive com o modelo constitucional do pós-guerra europeu abarcado pela Colômbia e México, assim como modelos originais com características autônomas, que acabaram por configurar o chamado “Novo Constitucionalismo Latino-Americano”, nos casos de Venezuela, Bolívia e Equador.⁹¹¹

⁹⁰⁶ BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune na América Latina: uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador*. In: BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Ius Constitutionale Commune na América Latina**. V. 1. Marco Conceptual. Curitiba: Juruá, 2016, p. 11-51, p. 16.

⁹⁰⁷ Bogdandy reconhece a vagueza e abstração que estes dois termos encerram, todavia se trazidos para o contexto sócio-político-econômico da América Latina, seu sentido ganha um delineamento mais preciso. A desigualdade tanto econômica quanto social acaba por alijar grupos inteiros de pessoas dos sistemas sociais, pessoas que vivem à margem de políticas públicas de seguridade social, educação, e mesmo da participação política a fim de determinar os rumos dos investimentos públicos e das políticas públicas. *Ibid.*, p. 16-17.

⁹⁰⁸ *Ibid.*, p. 20-21.

⁹⁰⁹ MALAMUD, Andrés. El contexto del diálogo jurídico interamericano: fragmentación y diferenciación en sociedades más prósperas. In: BOGDANDY, Armin von; FIX-FERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. **Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos**. Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional; Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2014, p. 107-124, p. 107-108.

⁹¹⁰ *Ibid.*, p. 110-111.

⁹¹¹ Rubem Dalmau defende que a Assembleia Constituinte para a Constituição da Colômbia, de 1991, evidencia um movimento constitucional que abarca também esse país. Em razão da abertura da Constituição Colombiana ao direito internacional, bem como da institucionalidade dos direitos e o fortalecimento da Corte Constitucional, divergimos dessa compreensão. As principais características desse novo constitucionalismo latino-americano seriam a intensa participação popular tanto na confecção da ordem constitucional, quanto na aplicação de suas normas; fortalecimento da noção de

Argentina e Brasil, por sua vez, assumiram modelos intermediários.⁹¹² O ICCAL se erige em meio a esses projetos constitucionais sem se identificar com nenhum deles, com a finalidade de orientar os sistemas domésticos no caminho de uma significativa pauta material: a realização dos direitos humanos, democracia e Estado de Direito.

Ainda, o ICCAL procura não ditar um único modelo econômico ou político, embora imponha limites necessários à compatibilização de sua premissa elementar de valorização do Estado de Direito, dos direitos humanos e da democracia. Ele demanda como condição de sua existência, por conseguinte, estruturas político-econômicas pautadas na valorização da pessoa humana, assim como dirigidas à redução das desigualdades. Permanecem em aberto os diversos caminhos pelos quais cada sociedade pode institucionalizar a realização dos direitos humanos⁹¹³, escolhendo políticas públicas essencialmente estatais, ou desenvolvidas por atores privados sob supervisão do Estado, parcerias com graus variados de intensidade entre instituições públicas e privadas, assim como diferentes propostas de regulação. Essas escolhas, em virtude do compromisso estatal com o sistema interamericano e os padrões jurídicos comuns que dele emergem, não podem se afastar do objetivo central: a superação da exclusão enquanto principal mazela a assolar as sociedades latino-americanas.⁹¹⁴ Nesse sentido, a subsidiariedade cooperativa apresentada no capítulo anterior orienta a atuação dos atores interamericanos (órgãos internos nacionais, Comissão e Corte IDH) a fim de promover e viabilizar não só a inclusão das pessoas e grupos no exercício da cidadania de cada Estado, mas também no plano jurídico regional.⁹¹⁵

Nesse sentido, foi emblemática a declaração de Lucrécia Molina Theissen, que levou à Comissão Interamericana o caso do desaparecimento forçado de seu irmão de 14 anos por agentes estatais da Guatemala: afirmou que o fato de ser ouvida pelos órgãos interamericanos

soberania; o acento na atuação do Estado para implementação de direitos econômicos, sociais e culturais. DALMAU, Rubem Martínez. Asembleas constituintes e novo constitucionalismo en América Latina. **Tempo Exterior**, Pontevedra, n. 17, p. 5-15, xulio/diciembre 2008.

⁹¹² SALAZAR UGARTE, Pedro. The Struggle for Rights. In: BOGDANDY, Armin von; et. al. (ed.) **Transformative Constitutionalism in Latin America**. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 67-82, p. 69.

⁹¹³ Nesses espaços econômicos variados, outros atores influenciam na produção dos resultados almejados pelo ICCAL: as empresas. Elas muitas vezes disputam espaço com agentes estatais na configuração de relações interpessoais, com graves consequências para os direitos humanos. SANTANA, Anna Luisa Walter de; PAMPLONA, Danielle Anne. Contribuições do ICCAL: o constitucionalismo transformador frente às violações de direitos humanos por empresas. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coord). **Constitucionalismo transformador, inclusão, e direitos sociais: Desafios do Ius Constitutionale Commune Latino-Americano à Luz do Direito Econômico Internacional**. Salvador: Juspodium, 2019, p. 179-192.

⁹¹⁴ BOGDANDY, Armin von. et al. Ius Constitutionale Commune en América Latina observations on Transformative Constitutionalism. In: BOGDANDY, Armin von; et. al. (ed.) **Transformative Constitutionalism in Latin America**. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 27-48, p. 34.

⁹¹⁵ Segundo capítulo, seção 3.3.

lhe devolva a cidadania perdida em função das injustiças cometidas pelo Estado.⁹¹⁶ Como sugere Piovesan, três aspectos que justificam a criação de um *Ius Constitutionale Commune* na América Latina podem ser identificados na profunda desigualdade social (ultrapassando deficiências na distribuição econômica para adquirir uma dimensão étnica ou racial), no contexto de violência sistemática (notadamente contra populações marginalizadas, mulheres, minorias de gênero e indígenas) e de democracias não consolidadas (grupos numerosos muitas vezes demonstram aprovação a regimes autoritários).⁹¹⁷

Mesmo estando situado geograficamente, o ICCAL aspira ao universal no sentido de estabelecer premissas e *standards* capazes de dialogar com todos os sistemas jurídicos domésticos sem desconsiderar as particularidades locais.⁹¹⁸ Segundo Salazar Ugarte, essa aspiração universal estaria baseada no liberalismo igualitário e na noção de que as diferenças culturais não impedem o reconhecimento a todas as pessoas de um denominador comum em direitos humanos, não apenas em sentido jurídico, mas também como um projeto político e cultural.⁹¹⁹

A criação de um *corpus iuris* comum em direitos humanos não é incompatível com o pluralismo, que se manifesta em três vertentes no ICCAL, todas elas pautadas pelo tema da exclusão social.⁹²⁰ A primeira visa reconhecer o pluralismo dos projetos de vida dentro das sociedades latino-americanas, especialmente aqueles essenciais para populações indígenas e tradicionais. Essas comunidades precisam ter voz nos processos institucionais para que seus direitos sejam respeitados. Num segundo momento, deve haver uma interação com a pluralidade normativa. Como se verifica na previsão constitucional de uma nação mexicana pluricultural⁹²¹, ou na constituição boliviana que integra expressamente os princípios éticos

⁹¹⁶ BOGDANDY, Armin von. O mandato transformador do Sistema Interamericano: Legalidade e Legitimidade de um processo jurígenico extraordinário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 232-252, 2019, p. 239; CORTE IDH. **Caso Molina Theissen vs. Guatemala**. Sentencia de 4 de mayo de 2004. Fondo. Serie C-106.

⁹¹⁷ PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Context, Challenges, and Perspectives*. In: BOGDANDY, Armin von; et. al. (ed.) **Transformative Constitutionalism in Latin America**. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 49-65, p. 50-51.

⁹¹⁸ BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: observations on Transformative Constitutionalism*. In: BOGDANDY, Armin von; et. al. (ed.) **Transformative Constitutionalism in Latin America**. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 27-48, p. 30, 44.

⁹¹⁹ SALAZAR UGARTE, Pedro. *The Struggle for Rights*. In: BOGDANDY, Armin von; et. al. (ed.) **Transformative Constitutionalism in Latin America**. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 67-82, p. 67.

⁹²⁰ BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune na América Latina: uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador*. In: BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Ius Constitutionale Commune na América Latina**. V. 1. Marco Conceptual. Curitiba: Juruá, 2016, p. 11-51, p. 39.

⁹²¹ “Artículo 2. [...] La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”. ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**. Diario Oficial de la Federación 5 de febrero de 1917, última reforma DOF 29 de enero de 2016. Disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/cn16.pdf>. Acceso en: 2 jan. 2020.

dos povos indígenas.⁹²² Ainda, a Constituição do Equador, de 2008 procurou incorporar de forma integradora as particularidades dos sistemas jurídicos indígenas em um projeto comum. Em seu artigo 171, reconhece aos tribunais jurisdicionais indígenas a aplicação de normas e procedimentos próprios, desde que “*no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales*”.⁹²³ Como reafirma Bogdandy, “Para o elemento comum do *Ius Constitutionale Commune* fica também claro que se deve deixar amplo espaço para a diversidade, adaptando-se assim às numerosas e diversas formas da malha sociocultural dos povos latino-americanos”.⁹²⁴

Em terceiro lugar, o ICCAL convive com manifestações do pluralismo já mencionadas no primeiro capítulo, como o transconstitucionalismo. A partir da existência de problemas constitucionais comuns, o ICCAL propõe entabular um diálogo entre os diversos níveis institucionais (inclusive judiciais) que permita uma convivência harmônica, a partir de uma cooperação entre os diversos níveis.⁹²⁵ Dessa forma, é possível afirmar que os *standards* comuns não representam um projeto unificador e autoritário, mas devem ser compreendidos como o solo fértil a partir do qual se podem construir diversos projetos de vida, que se materializam nas propostas legislativas e constitucionais dos Estados.

A partir do recorte selecionado para a presente pesquisa, que envolve propriamente a interação entre os níveis judiciais do ICCAL, o “comum” que dela se projeta permite a fixação de *standards* provenientes dos diálogos mantidos pelas cortes superiores latino-americanas, em um “diálogo constitucional transnacional”, como observado por Virgílio da Silva⁹²⁶, ou mais precisamente um diálogo judicial cooperativo, como proposto. Na medida em que as jurisdições nacionais desempenham seu papel de interpretar e aplicar as normas de direitos humanos, chamando à ação diversos setores do Estado e da sociedade, contribuem para a formação de um discurso que reconhece caminhos diversos, porém dirigidos pelo fio condutor do compromisso com a máxima eficácia dos direitos humanos.⁹²⁷

⁹²² BOLÍVIA. **Constitución Política del Estado**, de 7 de febrero de 2009. Disponible en: <http://sea.gob.bo/digesto/CompendioNormativo/01.pdf>. Acceso en: 2 agosto 2019.

⁹²³ ECUADOR. **Constitución de la República Ecuador**. 2008. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf. Acceso en: 20 nov. 2019.

⁹²⁴ BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune na América Latina: uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador*. In: BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Ius Constitutionale Commune na América Latina**. V. 1. Marco Conceptual. Curitiba: Juruá, 2016, p. 11-51, p. 40.

⁹²⁵ *Ibid.*, p. 41-42.

⁹²⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *Integração e diálogo constitucional na América do Sul*. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia, MORALES ANTONIAZZI, Mariela (Org.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, p. 515-530, p. 518.

⁹²⁷ Segundo Herrera, o ICCAL se encontra presente na parte dogmática e orgânica das constituições latino-americanas, ou seja, na apresentação dos rolos de direitos e garantias fundamentais. Para o autor, ele deveria permear igualmente a definição de competências dos órgãos estatais, atingindo a parte estrutural dessas constituições a fim de promover uma integração latino-americana. O objeto da presente tese é mais modesto, e se centra em uma integração discursiva, levando em consideração que a estrutura da sala de máquinas de cada Constituição precisa ser pensada e dialogada

Assim, é possível compreender o ICCAL a partir de alguns elementos essenciais: (i) a proposta de integração jurídica entre os Estados latino-americanos em torno de *standards* em direitos humanos emergentes de um *corpus iuris*; (ii) a construção desses *standards* a partir dos diálogos judiciais; (iii) o impulso de uma agenda transformadora comprometida com a inclusão social.

O vértice semântico que conduz essa integração jurídica é a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Embora tenha entrado em vigor em 1978, somente a partir da década de 90 a Convenção Americana passou efetivamente a surtir efeitos jurídicos em diversos Estados latino-americanos, como Brasil, Chile, Argentina e Peru.⁹²⁸ Os regimes autoritários haviam sido superados por um processo social catártico fundado na lógica do “*nunca más*” e por “constituições [que] superaram uma compreensão da soberania excessivamente rígida e aderiram a um sistema regional para fortalecer a garantia dos direitos humanos”.⁹²⁹

O ICCAL somente se viabilizou a partir da abertura das constituições ao sistema interamericano como um todo, de modo que as normas e decisões sobre direitos humanos passaram a interagir em diversos níveis de produção jurídica, em especial entre o sistema regional e os nacionais; entre sistemas nacionais reciprocamente, e entre esses sistemas e a sociedade civil, dimensão capaz de emprestar ao pluralismo crescente legitimação social.⁹³⁰ Diante desse quadro, direitos humanos reconhecidos na Convenção Americana e nas constituições dos Estados, como um produto das fortes expectativas sociais latino-americanas carentes de justiça, demandam um processo de harmonização entre todos os níveis de produção de sentidos normativos.⁹³¹

amplamente em cada sociedade civil latino-americana, para o que o papel dos juízes é meramente complementar. HERRERA, Juan C. ¿Es posible consolidar un Ius Commune en América Latina sin contemplar la integración económica, política y social?. **Serie Documentos de Trabajo**, n.o 72. Departamento de Derecho Constitucional, Universidad de Externado de Colombia, Bogotá, 2019, p. 4-6.

⁹²⁸ Piovesan afirma que a história dos direitos humanos na América Latina poderia ser dividida entre a fase autoritária das ditaduras militares, e a fase das transições (inacabadas) para a democracia. PIOVESAN, Flávia. Ius Constitutionale Commune en América Latina: Context, Challenges, and Perspectives. In: BOGDANDY, Armin von; et. al. (ed.) **Transformative Constitutionalism in Latin America**. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 49-65, p. 52.

⁹²⁹ BOGDANDY, Armin von. O mandato transformador do Sistema Interamericano: Legalidade e Legitimidade de um processo jurígenético extraordinário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 232-252, 2019, p. 234.

⁹³⁰ PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Impacto Transformador, Diálogos Jurisdicionais e os Desafios da Reforma. **Revista de Direitos Emergentes na Sociedade Global**, v. 3, n. 1, p. 76-101, jan/jul. 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/REDESG/article/view/16282/pdf#.XHZdfS3Oo6g>. Acesso em: 27 fev. 2019, p. 77.

⁹³¹ Essas cláusulas de abertura não são, todavia, indefectíveis: “*Las perspectivas más nacionalistas y proteccionistas tienden a menudo a enmascararse obstáculos a la validez y eficacia de las normas internacionales protectoras de derechos, si no flagrantes violaciones de derechos fundamentales de las personas, o de las formaciones sociales en que se integran, particularmente de las minorías más indefensas; que tratan de justificarse por los poderes públicos y las mayorías que los sustentan en motivos culturales e históricos, supuestamente inmutables, pero que aparecen desnudos y desprovistos de justificación racional antes una garantía internacional independiente [...]*”. GARCÍA ROCA, Javier; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; BUSTOS GISBERT, Rafael. La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo. In: GARCÍA ROCA, Javier; et. al. (editores). **El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos**. Pamplona: Thomson Reuters, p. 65-107. p. 69-70.

A abertura ao plano regional dos direitos humanos se deu mediante à ideia de estatalidade aberta, em que sistema jurídico nacional e regional convergem especialmente no tocante à centralidade da dignidade da pessoa humana e ao respeito aos direitos humanos.⁹³² Ao revelar-se de dentro para fora, essa abertura não resulta de um comando da ordem jurídica externa mas surge espontaneamente das constituições provenientes dos novos regimes democráticos, que deixam de materializar uma soberania centrípeta para adotar um modelo de soberania centrífuga⁹³³, em que as normas constitucionais se voltam para normas de direitos humanos presentes no plano internacional, reconhecendo limites à atuação estatal.⁹³⁴ Para tanto, surgem tanto cláusulas de abertura no texto das próprias constituições⁹³⁵ como também pela via de decisões jurisdicionais, em que as cortes nacionais absorvem a influência dos tratados de direitos humanos e de outras experiências constitucionais para definir o âmbito de proteção dos direitos no plano interno.⁹³⁶

A adesão das constituições nacionais aos direitos humanos pautados no sistema interamericano se realiza de diversas formas. As convenções interamericanas de direitos humanos em algumas constituições são alçadas ao caráter de emendas constitucionais (Constituição da Colômbia de 1991⁹³⁷ e da Argentina de 1994⁹³⁸), ostentam *status* supraconstitucional (Constituição da Bolívia⁹³⁹) ou ainda se situam em posição intermediária de suprallegalidade (Constituição do Brasil⁹⁴⁰ e do Chile⁹⁴¹). Em 2011, por via de reforma, as

⁹³² MORALES ANTONIAZZI, Mariela. O Estado Aberto: Objetivo do *Ius Constitutionale Commune* em Direitos Humanos. In: BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Ius Constitutionale Commune na América Latina**. Volume I: Marco Conceptual. Curitiba: Juruá, 2016. p. 53-74, p. 57.

⁹³³ GARCÍA ROCA, Javier. **El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos**: soberanía e integración. 1 ed. Cuadernos Civitas. Thomson Reuters, 2010, p. 31.

⁹³⁴ SANTOLAYA, Pablo. La apertura de las Constituciones a su interpretación conforme a los tratados internacionales. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.) **Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos**: Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 447-456, p. 448.

⁹³⁵ *Ibid.*, p. 449.

⁹³⁶ O engajamento de cortes constitucionais com o direito internacional está na raiz do *Ius Constitutionale Commune*, processo que tem por pressuposto a maior independência judicial conquistada com a redemocratização de muitos Estados, em alguns casos comprometida com o advento de um populismo autoritário, como no caso da Venezuela, em que a Sala Constitucional declarou inconstitucional sentença interamericana. CORTE IDH. **Caso López Mendoza vs. Venezuela**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 20 de noviembre de 2015.

⁹³⁷ COLOMBIA. **Constitución Política de Colombia** 1991. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html. Acceso en: 2 agosto 2019. Artículo 93.

⁹³⁸ ARGENTINA. **Constitución de la Nación Argentina**, de 22 de agosto de 1994. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>. Acceso en: 2 agosto 2019. Artículo 22.

⁹³⁹ BOLÍVIA. **Constitución Política del Estado**, de 7 de febrero de 2009. Disponible en: <http://sea.gob.bo/digesto/CompendioNormativo/01.pdf>. Acceso en: 2 agosto 2019. Artículo 13, IV.

⁹⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n. 466.343/SP**. Ministro Relator César Peluso. Julgado em 3 dezembro 2008, Diário da Justiça n. 104, publicado em 05 junho 2009.

⁹⁴¹ PÉREZ HERRERA, Elisa. **Valor jurídico y jerarquía en el derecho chileno de los Derechos Humanos contenidos en Tratados Internacionales**. Tesis presentada en la Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago de Chile, 2018. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/151648/Valor-jur%C3%ADdico-y-jerarqu%C3%ADa-en-el-derecho-chileno-de-los-derechos-humanos-contenidos-en-tratados-internacionales.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acceso en: 26 oct. 2019, p. 15-16.

convenções interamericanas e internacionais de direitos humanos assumiram caráter constitucional no México, em virtude da condenação fixada no caso Radilla Pacheco vs. México.⁹⁴² A abertura constitucional mais recente se deu na República Dominicana, cuja Constituição de 2015 previu no artigo 74.3 que os tratados de direitos humanos teriam hierarquia constitucional.⁹⁴³

No Brasil, a redação original da Constituição em 1988 já afirmava que os tratados internacionais de direitos humanos integravam o rol de direitos humanos inscritos no artigo 5º.⁹⁴⁴ O processo constituinte deixou transparecer uma franca preocupação com a abertura do sistema jurídico para o plano internacional dos direitos humanos. Teriam se passado mais de vinte anos de clausura autoritária e o país vivia a possibilidade de se integrar efetivamente aos sistemas jurídicos de proteção dos direitos humanos. Nessa toada, Cançado Trindade propôs a redação do parágrafo 2º, do artigo 5º, da Constituição Federal⁹⁴⁵, para o qual os direitos fundamentais constitucionalmente previstos “não excluem” outros provenientes dos “tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

A concepção defendida era precisamente de integração entre a Constituição e o Direito Internacional de Direitos Humanos, devendo as duas searas confluírem em um todo harmônico voltado para um propósito único: a preservação e a proteção da pessoa humana.⁹⁴⁶ A partir da proposta de uma influência dialógica entre as duas vertentes, seria necessário reconhecer que os tratados internacionais de direitos humanos firmados pelo Brasil teriam o *status* de normas constitucionais, orientando toda a produção jurídica nacional, assim como pautando a atuação dos agentes públicos. Com a adesão ao sistema interamericano de direitos humanos, o direito constitucional brasileiro sofrera uma ressignificação, já que a Constituição, embora ainda permaneça como ponto de legitimação e consenso na sociedade brasileira, passou a dialogar progressivamente com uma rede cooperativa integrada por normas internacionais.⁹⁴⁷

⁹⁴² HERRERA GARCÍA, Alfonso. El diálogo jurisprudencial de la Suprema Corte mexicana con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tras las reformas constitucionales del 2011. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso. **Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales**. México: Tirant lo Blanch, 2013, p. 859-888.

⁹⁴³ REPÚBLICA DOMINICANA. **Constitución de la República Dominicana**, de 13 de junio de 2015.

⁹⁴⁴ Como ensina Rossi, a distinção conceitual entre direitos fundamentais e direitos humanos foi superada pelo processo de interlocução entre os planos nacionais e internacional. ROSSI, Amélia Sampaio. Direitos Fundamentais e Direitos Humanos: o estreitamento das fronteiras conceituais ea necessidade de um diálogo entre a órbita jurídica interna e internacional. **Opinião Jurídica**, v. 18, ed. 37, 2019, p. 209-230.

⁹⁴⁵ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos Direitos Humanos no plano internacional e nacional. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, v. 2, n. 2, p. 13-39, 2001. Disponível em: www.revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/download/27/28. Acesso em: 10 nov. 2019, p. 31.

⁹⁴⁶ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v. 1. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2003, p. 506.

⁹⁴⁷ *Ibid.*, p. 1059-1060.

A despeito da norma constitucional, o Supremo Tribunal Federal insistiu por anos em atribuir o mero *status* legal aos tratados internacionais de direitos humanos, o que implicava contínuo enfrentamento com a doutrina.⁹⁴⁸ Depois de vasta discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o *status* jurídico desses tratados, a Emenda Constitucional n. 45 de 2004 acresceu a previsão de que as normas de tratados sobre direitos humanos incorporadas ao sistema nacional pelo rito das emendas teria igualmente *status* constitucional. Estava aberta a oportunidade para o Supremo Tribunal Federal modificar a posição defendida até então, e efetivamente aderir ao plano internacional de proteção dos direitos humanos, atribuindo aos tratados hierarquia constitucional. Não foi o que ocorreu.

No julgamento do RE 466.343/SP, o Ministro Gilmar Mendes lançou a tese da supralegalidade dos tratados internacionais, para se aplicar aos tratados incorporados pelo Brasil antes da Emenda, com *status* jurídico superior à legislação infraconstitucional mas inferior à Constituição.⁹⁴⁹ Por uma apertada votação de 6 a 5, o STF acabou por rejeitar a tese da equiparação constitucional dos direitos humanos (o que tocou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos), demonstrando uma compreensão excessivamente autocentrada de seu papel, em desconsideração com os compromissos assumidos pelo Brasil com o sistema interamericano.

Com essas manobras, o STF manteve a normatividade de segunda classe para os tratados internacionais de direitos humanos. A situação do Estado brasileiro ficou paradoxal: ao comparecer à arena internacional e firmar tratados de direitos humanos, referendados pelo Congresso Nacional pelo rito até então exigível, o país mostrava-se internacionalmente comprometido com a pauta de direitos humanos. Em contrapartida, o STF adotou posição mitigadora da força desses tratados, mediante decisão supostamente “jurídico-racional”.⁹⁵⁰ Verificam-se duas narrativas para os direitos humanos – aquela da adesão aos tratados, e outra para sua implementação junto ao sistema jurídico interno.

⁹⁴⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 79-88; SARLET, Ingo Wolfgang. Controle de convencionalidade dos tratados internacionais. **Conjur**, 10 abr. 2015. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-abr-10/direitos-fundamentais-controle-convencionalidade-tratados-internacionais>>. Acesso em: 10 nov. 2019; PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁹⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n. 466.343/SP**. Ministro Relator Cezar Peluso. Julgado em 3 dezembro 2008, Diário da Justiça n. 104, publicado em 05 junho 2009. Ver voto do Ministro Gilmar Mendes.

⁹⁵⁰ Cançado Trindade denuncia a falta de vontade política do Supremo na equiparação entre tratados de direitos humanos e normas constitucionais: “Os tratados de direitos humanos têm um caráter especial, e devem ser tidos como tais. Se maiores avanços não se têm logrado até o presente neste domínio de proteção, não tem sido em razão de obstáculos jurídicos, – que na verdade não existem, – mas antes da falta de compreensão da matéria e da vontade de dar real efetividade àqueles tratados no plano do direito interno”. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos Direitos Humanos no plano internacional e nacional. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, v. 2, n. 2, p. 13-39, 2001. Disponível em: www.revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/download/27/28. Acesso em: 10 nov. 2019, p. 31.

A posição adotada pelo STF em 2008 andou em franco descompasso com a proposta integradora do ICCAL e não se coaduna com a melhor interpretação constitucional. Como assinala Mazzuoli, o parágrafo segundo do artigo quinto da constituição já atribuíra *status* constitucional (material) aos tratados de direitos humanos, independentemente de seu *quórum* de aprovação. O parágrafo terceiro inserido pela EC 45/2004 serviu exclusivamente para atribuir uma constitucionalidade formal expressa a normas jurídicas já materialmente constitucionais.⁹⁵¹

O caso brasileiro representa uma adesão ainda tímida ao projeto comum interamericano, demonstrando que as autoridades nacionais, sobretudo as jurisdicionais, sempre foram muito ciosas de suas competências e desconfiadas de qualquer perspectiva de supervisão regional. Não obstante, é possível reconhecer um avanço se comparada à jurisprudência dominante da corte constitucional brasileira da década de 90, a partir do momento em que a Convenção Americana, ao lado dos demais tratados regionais de direitos humanos, passaram a ser parâmetro para controle de convencionalidade das normas internas brasileiras.

Importante ressaltar que as adesões constitucionais à Convenção Americana acabaram por fortalecer não só catálogos de direitos individuais mas também de direitos econômicos e sociais, já presentes nas constituições latino-americanas. A interdependência que marca os direitos humanos⁹⁵² fornece suporte e fortalece projetos sociais de democracia que visam materializar a igualdade como um valor preponderante nessas sociedades.⁹⁵³ Esse conteúdo normativo passou a assumir o formato de blocos de constitucionalidade, em alguns casos decorrentes de expressa previsão constitucional, como no caso da Constituição da Colômbia e do artigo 410 da Constituição boliviana.

⁹⁵¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 104-105.

⁹⁵² Nesse sentido se pode observar inclusive novas perspectivas na jurisprudência da Corte IDH, que especialmente a partir do caso *Lagos del Campo vs. Peru*, em 2018, passou a tratar de direitos sociais. Ainda que a temática não encontre unanimidade no próprio tribunal, haja vista posição dissidente manifestada pelo Juiz Humberto Sierra, a justiciabilidade dos direitos sociais na Corte IDH ampliou-se significativamente. CORTE IDH. **Caso Lagos del Campo vs. Perú**. Sentencia de 21 de Noviembre de 2018. Interpretación de Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 366.

⁹⁵³ Patrícia Perrone Campos de Mello salienta o caráter “aspiracional” das constituições latino-americanas do período, o traz em seu DNA um risco para a inefetividade na medida em que “a concretização de tantas promessas depende de aspectos institucionais que suplantam a mera dimensão jurídica” Nessa linha, a concentração de poder na figura do Executivo que estas constituições permitem por seu desenho institucional, seria um entrave à concretização das pautas democráticas e emancipatórias. MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina tem uma contribuição a oferecer?. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 253-285, 2019, p. 253-254.

O bloco de constitucionalidade representa um corpo jurídico formado por normas constitucionais e tratados regionais sobre direitos humanos.⁹⁵⁴ Ele é a materialização da integração entre os níveis nacionais e regional, como se pode extrair da definição elaborada por Olano García: “*un conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la Constitución documental*”.⁹⁵⁵ No caso colombiano, em virtude de expressa previsão constitucional (artigo 93), as normas constitucionais de direitos humanos e os tratados internacionais de direitos humanos que não possam ser suspensos em estados de exceção integram um bloco de constitucionalidade em sentido estrito. Quando a esse conjunto de normas se agregam outras, ainda que não tenham *status* constitucional mas que sirvam para orientar a produção legislativa ou para interpretar e aplicar parâmetros de controle de constitucionalidade, tem-se o bloco de constitucionalidade em sentido amplo.⁹⁵⁶ A partir dessa concepção, ganha um novo sentido a ideia de constituição material, de modo que o juiz doméstico vê alargado seu repertório normativo a fim de tornar efetivas as propostas constitucionais.⁹⁵⁷

Nessa ótica, ao lado do necessário compromisso com a diversidade das soluções estatais para definição dos sentidos e proteção dos direitos humanos, o ICCAL surge com uma perspectiva harmonizadora, a qual busca respeitar contextos que merecem atenção para o fornecimento de soluções maleáveis, porém contundentes. Para tanto, assume especial importância a valorização dos diálogos judiciais, institucionais e normativos, pois permitem precisamente a criação de pontes entre concepções estatais de direitos humanos que convivam na diversidade a partir de um tecido comum.⁹⁵⁸

Paralelamente, o *Ius Commune* compromete-se em estabelecer limites claros para a proteção dos direitos humanos que configuram verdadeiras linhas vermelhas fundadas em conquistas democráticas e de justiça social.

Para tanto, a integração que aproxima os Estados latino-americanos em torno dos direitos humanos se deve primordialmente aos diálogos judiciais, institucionais e normativos

⁹⁵⁴ O caso brasileiro poderia suscitar a referência a um bloco de supralegalidade envolvendo as normas da Convenção Americana e demais tratados regionais de direitos humanos e as normas constitucionais, o qual teria por função bloquear normas infraconstitucionais cujo sentido se contrapusesse às normas de direitos humanos. *Ibid.*, p. 257. No Brasil, o tema ainda é controverso em função do questionado *status* supralegal desses tratados.

⁹⁵⁵ OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. El Bloque de constitucionalidad en Colombia. **Centro de Estudios Constitucionales de Chile**, v. 3 n.1, p. 231-242, 2005. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/820/82003112.pdf>. Acceso en: 26 oct. 2019, p. 231.

⁹⁵⁶ *Ibid.*, p. 232-233.

⁹⁵⁷ *Ibid.*, p. 236.

⁹⁵⁸ Como será explorado no quarto capítulo, existem alguns exemplos que demonstram uma prática deferente por parte da Corte IDH que lhe mostra a abertura para alguma margem de manobra por parte dos Estados na implementação das normas convencionais. Essas diferentes concepções podem ser comunicadas pela via dos diálogos judiciais envolvendo julgamento de casos contenciosos ou elaboração de opiniões consultivas, bem como por meio do próprio diálogo da Corte IDH com as instituições internas dos Estados, e com a sociedade civil.

travados entre seus múltiplos interlocutores, cada um exercendo suas competências institucionais. Prevalece uma integração discursiva no lugar da integração institucional-legal⁹⁵⁹ que se apresenta na União Europeia, centralizada a partir de instituições comuns como o Parlamento Europeu. Ainda que o sistema interamericano ofereça como instituições comuns a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a efetiva vinculação de seus informes, recomendações, sentenças e opiniões consultivas ainda se encontra em estágio de discussão em muitos Estados.

Significa reconhecer que há interlocutores mais dispostos a cooperar que outros, de modo que os *standards* interamericanos têm permeabilidade diversa nos sistemas jurídicos nacionais, havendo uns mais convergentes, outros engajados em alguns temas, resistentes em outros, como abordado no primeiro capítulo. Entretanto, é possível constatar que existe um panorama em que autoridades do Executivo e dos Judiciários de diversos Estados adotam um discurso de valorização do sistema interamericano e, sobretudo, do papel exercido pela Corte IDH.

Com base no evento que marcou os quarenta anos da Corte Interamericana, Bogdandy ressaltou a declarada convicção de diversas autoridades estatais da existência do progressivo “desenvolvimento de uma normativa regional de direitos humanos, voltada a abordar os problemas estruturais da região, normativa que abrange tanto o direito internacional quanto o nacional”.⁹⁶⁰ Ainda que declarações formais necessitem ser corroboradas por uma prática efetiva, é inegável que elas sinalizam o reconhecimento de que todos os tribunais são interlocutores em um diálogo cooperativo para a construção dos direitos humanos, que pode gerar práticas convergentes ou divergentes, porém não indiferentes. É o que se extrai do discurso do Presidente da Corte Suprema de Justiça do Chile, logo após o Presidente da República haver firmado, ao lado dos Presidentes da Argentina, Brasil, Colômbia e Paraguai uma Declaração ao Sistema Interamericano em que clamavam por maior autonomia:

na atualidade resulta impensável um controle jurisdicional que desatenda à aplicação dos tratados internacionais ou aos padrões desenvolvidos pelos órgãos de controle de tratados, pois se algo distingue a jurisprudência atual é estar mais propensa à

⁹⁵⁹ Sobre uma proposta expandida de integração latino-americana, ver HERRERA, Juan C. ¿Es posible consolidar un Ius Commune en América Latina sin contemplar la integración económica, política y social?. **Serie Documentos de Trabajo**, n.o 72. Departamento de Derecho Constitucional, Universidad de Externado de Colombia, Bogotá, 2019, p. 1-25. Para Armin Bogdandy, contudo, o ICCAL deve se centrar na garantia de direitos humanos no espectro nacional e supranacional. BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Commune na América Latina: uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. In: BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Ius Constitutionale Commune na América Latina**. V. 1. Marco conceptual. Curitiba: Juruá, 2016.

⁹⁶⁰ BOGDANDY, Armin von. O mandato transformador do Sistema Interamericano: Legalidade e Legitimidade de um processo jurigenético extraordinário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 232-252, 2019, p. 239.

integração do direito internacional dos direitos humanos nas decisões dos casos submetidos às cortes.⁹⁶¹

É nesse sentido que assume importância a dimensão positiva da subsidiariedade em sentido cooperativo, em que os órgãos de supervisão como a Comissão e a Corte Interamericanas podem impulsar práticas e orientar caminhos. Seu papel é precisamente garantir que o trabalho artesanal de realização dos direitos humanos não seja interrompido, muito menos abandonado.

É nesse sentido que a Corte IDH assume uma posição de destaque na harmonização das diversas normas jurídicas e, por conseguinte, para a construção desse direito comum. Suas sentenças judiciais vão além da solução de um caso concreto de violação de direitos humanos para criar parâmetros que servem para orientar a interpretação e aplicação de normas convencionais de direitos humanos pelos Estados. Essa prática se viabiliza por um “pluralismo dialógico”: juízes constitucionais são convidados a aplicar as normas convencionais de direitos humanos ao lado das normas constitucionais a partir do bloco de constitucionalidade e, mais além, a considerar os argumentos elaborados pela Corte IDH e demais cortes quando decidem casos similares.⁹⁶²

Nessa perspectiva, o ICCAL se revela como uma proposta de concretização dos direitos humanos ao mesmo tempo plural e aglutinadora, flexível porém consistente, voltada a um compromisso material com o Estado de Direito, a democracia e os direitos humanos. Ele visa contribuir para a superação da persistente exclusão social presente nas sociedades latino-americanas⁹⁶³ decorrente de baixos índices de desenvolvimento socioeconômico e ambiental.⁹⁶⁴ A realidade das relações sociais no palco latino-americano, contudo, é sempre desafiadora.

Em meio a avanços no reconhecimento e efetivação de direitos humanos, mediante o cumprimento de obrigações fixadas em sentenças interamericanas pelos Estados, resistem algumas dificuldades e por vezes riscos de retrocesso. É o que se pode verificar no mesmo caso Molina Theissen supramencionado. Após condenação da Guatemala a investigar,

⁹⁶¹ CORTE Suprema y polémica por CIDH: “La justicia está ligada a tratados internacionales”. *El Dínamo*, 24 de abril de 2019. Disponible en: <https://www.eldinamo.cl/nacional/2019/04/24/corte-suprema-y-polemica-por-cidh-la-justicia-esta-ligada-a-tratados-internacionales/>. Acceso en: 19 oct. 2019.

⁹⁶² MELLO, Patrícia Perrone Campos de. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina tem uma contribuição a oferecer? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2 p. 253-285, 2019, p. 257.

⁹⁶³ BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune* na América Latina: uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. In: BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Ius Constitutionale Commune na América Latina*. V. 1. Marco Conceptual. Curitiba: Juruá, 2016, p. 11-51, p. 16-17.

⁹⁶⁴ Importante salientar a interdependência dos elementos social, econômico e ambiental para se pensar o desenvolvimento. FOLLONI, André. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. *Revista Direitos Humanos Fundamentais*. Osasco, ano 14, n. 1, p. 63-91, jan-jun/2014.

identificar e punir os responsáveis pelo desaparecimento forçado do jovem Marco Antônio Molina Theissen, em 2004, um tribunal guatemalteco produziu sentença condenatória de quatro ex-militares do alto escalão estatal em 2018. Em contrapartida, foi apresentada no Congresso, em 2019, iniciativa de lei que visava anistiar os militares por todas as graves violações de direitos humanos praticadas em anos de guerra civil naquele país.⁹⁶⁵

Nos últimos anos, os perigos às conquistas democráticas e à consolidação dos direitos humanos têm se concretizado de forma bastante eloquente. Ainda que o continente tenha um histórico em que violações a direitos humanos sejam persistentes, e que nenhuma administração logre promovê-los ou protegê-los integralmente, ondas populistas pairam sobre o continente⁹⁶⁶ abrindo portas para novas medidas autoritárias e colocando em risco conquistas que já se imaginavam consolidadas após a democratização, como prisões arbitrárias, violência policial, censura e ameaças à independência jurisdicional.⁹⁶⁷ As características particulares desse novo fenômeno autorizam seu batismo como “neopopulismo”, um produto da globalização, em função das grandes massas de marginalizados que os processos econômicos produziram. Classes urbanas marginalizadas, ou grupos indígenas (como na Bolívia e na Venezuela), buscam solução no fortalecimento do poder político de líderes autoritários marcados de forte personalismo, travestidos na imagem de um herói salvador.⁹⁶⁸ O autoritarismo e o baixo compromisso com a democracia que marcam esses regimes na segunda década do século XXI se fazem sentir no discurso sectário do presidente do Brasil, Jair Bolsonaro, nas repressões violentas a manifestações populares que se verificaram no Equador e no Chile em 2019, na conturbada quarta reeleição e posterior renúncia de Evo Morales na Bolívia, na crise humanitária sem precedentes na Venezuela, na ditadura de Daniel Ortega Murillo na Nicarágua.⁹⁶⁹

⁹⁶⁵ CORTE IDH. **Caso Molina Theissen vs. Guatemala**. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de marzo de 2019. Supervisión de cumplimiento de sentencia, párrafos 9, 10; 17-20.

⁹⁶⁶ No caso brasileiro, a guinada nas eleições de 2018 para um líder vinculado às Forças Armadas, com uma agenda conservadora e compromisso fraco com requisitos essenciais à democracia, como transparência, liberdade de imprensa, e respeito às minorias, se deveu ao descrédito da população com instituições democráticas. Especialmente desde os escândalos de corrupção revelados pela Operação Lava Jato, e o golpe parlamentar transmutado em impeachment de Dilma Rousseff são apontados como fatores determinantes. MELLO, Patrícia Perrone Campos de. *Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o Ius Constitutionale Commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer?* **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 2 p. 253-285, 2019, p. 275.

⁹⁶⁷ Segundo Piovesan, muitos juízes da Guatemala procuram a Comissão Interamericana a fim de obter medidas cautelares que lhes protejam diante de ameaças contra sua vida. PIOVESAN, Flávia. **Discurso proferido no lançamento da obra Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Curitiba, Salão Nobre da Faculdade de Direito, Praça Santos Andrade, n. 50, em 24 de outubro de 2019.

⁹⁶⁸ FAUSTO, Boris. O neopopulismo na América Latina. **Folha de S. Paulo**, caderno Opinião, Tendências e Debates, São Paulo 17 fev. 2006.

⁹⁶⁹ Nesse contexto não se pode olvidar a Declaração conjunta apresentada pelos Estados da Argentina, Brasil, Colômbia, Chile e Paraguai ao sistema interamericano em abril de 2019, a qual demanda maior autonomia aos Estados e busca frear práticas adotadas pela Comissão e pela Corte IDH, como a interpretação e aplicação de outros tratados regionais de direitos humanos para além da Convenção Americana, a restrição da eficácia das sentenças exclusivamente para as partes, e a aplicação da margem de apreciação. O discurso político sectário, em alguma medida, parece se projetar

Diante desse quadro é possível inferir que o ICCAL é um projeto jurídico em construção, longe ainda de ser uma realidade consolidada, e que pode ser ameaçado se não houver cooperação entre todos os níveis do sistema interamericano. Arroubos autoritários devem ser fiscalizados de perto, com vias a aproximar no lugar de distanciar o diálogo entre Estados e órgãos do sistema interamericano, já que soluções como a adotada pela Venezuela, que se retirou da Convenção Americana, só trazem prejuízos aos seus cidadãos.

Para tanto, a subsidiariedade em sentido cooperativo exerce um papel determinante pois, por meio dela, as competências distribuídas entre os níveis do sistema interamericano para a implementação dos direitos humanos assumem a conotação de uma empreitada comum. De um lado, os Estados mantêm a obrigação primária essencial de realizar os direitos humanos no plano interno, atribuindo sentido às normas convencionais. De outro, se submetem à supervisão dos órgãos regionais, inclusive se sujeitando à responsabilização internacional sempre que sua atuação for flagrantemente violadora de direitos humanos, ou ainda negligente ou imperita. A interação entre tribunais nacionais e a Corte IDH (assim como a Comissão) tem o condão de fortalecer os meios domésticos de promoção e proteção dos direitos humanos.⁹⁷⁰

Dessa forma, a proposta inclusiva que se viabiliza por meio do ICCAL demanda uma atuação materialmente comprometida com os direitos humanos por parte dos órgãos jurisdicionais, sobretudo as cortes superiores de cada Estado no sentido de efetivamente assumirem um diálogo cooperativo com a Corte IDH.

A proposta do ICCAL de promoção e proteção dos direitos humanos vem imbuída em uma agenda transformadora que visa propor uma revisão ou reconfiguração de instituições escoradas em mecanismos que entravam a proteção desses direitos.⁹⁷¹ Nesse sentido, ela visa salvaguardar conquistas na realização dos direitos humanos, assim como os incrementos democráticos a partir de uma rede interamericana de proteção contra retrocessos⁹⁷², mas

também sobre o sistema interamericano. FACHIN, Melina Girardi; NOWAK, Bruna. The Joint Declaration to the Inter-American System of Human Rights: *Backlash* or Contestation? **Blog of the International Journal of Constitutional Law**. Available at: <http://www.iconnectblog.com/2019/12/the-joint-declaration-to-the-inter-american-system-of-human-rights-backlash-or-contestation/>. Access in: Dic. 26 2019. O tema será objeto de análise no último capítulo, quando se buscar aquilatar a compatibilidade da margem de apreciação com o ICCAL.

⁹⁷⁰ CORTE IDH. **Caso Cepeda Vargas vs. Colombia**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213. Voto Diogo García-Sayán, párrafos 30-32.

⁹⁷¹ PARRA VERA, Óscar. El impacto de las decisiones interamericanas. Notas sobre la producción académica y una propuesta de investigación en torno al “empoderamiento institucional”. In: BOGDANDY, Armin von; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. **Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos**. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos, 2014, p. 383-420.

⁹⁷² MELLO, Patricia Perrone Campos de. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina tem uma contribuição a oferecer? **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 253-285, 2019.

também busca manter os Estados atados aos seus compromissos constitucionais, essencialmente aspiracionais, impulsionando-os à promoção de mudanças estruturais. Para tanto, o ICCAL tem por instrumento o constitucionalismo transformador, como será exposto a seguir.

4.1.1 O constitucionalismo transformador: delimitações conceituais

O constitucionalismo transformador é um movimento constitucional nascido dos processos de transição de períodos autoritários para democracias constitucionais, estruturado em um *judicial review* contido pela força normativa da constituição, de um lado, e impulsionado pela promoção de inclusão social e contenção da violência de Estado, de outro.⁹⁷³ Na definição de Bogdandy, o constitucionalismo transformador “significa interpretar e aplicar as normas constitucionais de modo a promover uma mudança social profunda para alcançar determinados objetivos constitucionais”.⁹⁷⁴

O constitucionalismo transformador não é prerrogativa latino-americana. O termo foi utilizado originalmente para designar o novo mosaico constitucional que se desenhou na África do Sul após o fim do regime do *apartheid*, na Constituição de 1996. Para além da influência liberal das constituições europeias, previu uma estrutura institucional pragmaticamente desenhada para a solução dos problemas sociais vividos pelo Estado, como desigualdade social e exclusão.

*The traditional notion of constitutionalism is inadequate in meeting peculiar needs of transitional societies emerging from traumatic pasts characterised by war, deep divisions or political repression. In such societies, constitutions and law generally have to do more, including addressing past injustices and crises as well as inspiring hope for a better future. [...] This necessitated a Constitution designed not only to limit government powers in the traditional sense, but also to institute social and political transformation as a means of lending legitimacy to the new constitutional and political order.*⁹⁷⁵

Se na África do Sul a Constituição de 1996 assumiu a responsabilidade de vencer o passado de exclusão racial e social gerado pelo *apartheid*, com flagrante deficit democrático, na América do Sul diversos países também se viram imersos no processo de transição entre

⁹⁷³ KLARE, Karl E. Legal Culture and Transformative Constitutionalism. *South African Journal on Human Rights*, v. 1, 1998. Available at: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/02587203.1998.11834974>. Access in: Oct. 20, 2019, p. 148-149.

⁹⁷⁴ BOGDANDY, Armin von. O mandato transformador do Sistema Interamericano: Legalidade e Legitimidade de um processo jurisgenético extraordinário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 232-252, 2019, p. 232.

⁹⁷⁵ Nessa mesma linha a constituição do Quênia, de 2010. KIBET, Eric; FOMBAD, Charles. Transformative constitutionalism and the adjudication of constitutional rights in Africa. *African Human Rights Law Journal*, v. 17, p. 340-366, 2017. Available at: <http://dx.doi.org/10.17159/1996-2096/2017/v17n2a1>. Access in: Oct. 20, 2019, p. 350, 351.

ditaduras civis-militares opressoras, responsáveis por graves violações de direitos humanos, e o desenho de novas democracias. Nesse sentido, as constituições que se materializaram na década de 90 e início do século XXI denotam características particulares, justificando a perspectiva de um novo constitucionalismo.

Nessa esteira, o constitucionalismo transformador revela um compromisso normativo pragmático e concreto de promover mudanças estruturais na sociedade, a fim de extirpar aquelas estruturas que precisamente perpetuavam regimes de exclusão e desigualdade. A partir desses elementos, Klare foi o primeiro a apresentar uma definição do fenômeno:

*a long-term project of constitutional enactment, interpretation, and enforcement committed (not in isolation, of course, but in a historical context of conducive political developments) to transforming a country's political and social institutions and power relationships in a democratic, participatory, and egalitarian direction. Transformative constitutionalism connotes an enterprise of inducing large-scale social change through non-violent political processes grounded in law.*⁹⁷⁶

Trata-se de um conceito de difícil delimitação especialmente em função dos fatores extrajurídicos pertinentes à realidade política e jurídica de cada região, que influenciam na forma como ele se apresenta. Em sua denominação, o constitucionalismo transformador traz os dois elementos centrais a partir dos quais se erige: transformação e constitucionalismo. A transformação que ele propõe está ancorada em experiências constitucionais que visam erradicar processos de exclusão e desigualdade, fortalecendo o Estado de Direito e a democracia, assim como garantindo direitos humanos indiscriminadamente.⁹⁷⁷ Logo, está materialmente ligado a sociedades que passam por momentos históricos em que a Constituição incorpora e revela um compromisso político-social com a mudança das estruturas institucionais anteriormente vigentes para um giro humanista, voltado para a justiça, a igualdade, a democracia e os direitos humanos. Como aponta Rapatsa, o constitucionalismo acaba por fornecer mecanismos necessariamente fundados nas garantias legais inerentes ao Estado de Direito para viabilizar essas mudanças. Ele projeta uma estrutura jurídica fundada em leis democraticamente criadas aliadas a institutos de controle do exercício do poder político.⁹⁷⁸

⁹⁷⁶ KLARE, Karl E. Legal Culture and Transformative Constitutionalism. **South African Journal on Human Rights**, v. 1, 1998. Available at: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/02587203.1998.11834974>. Access in: Oct. 20, 2019, p. 150.

⁹⁷⁷ RAPATSA, Mashele (Mr.). Transformative Constitutionalism in South Africa: 20 Years of Democracy. **Mediterranean Journal of Social Sciences**, v. 5, n. 27, p. 887-995, December 2014, p. 890.

⁹⁷⁸ "Constitutionalism is a normative tool, because it identifies the set of values which should be upheld in the process of democratic governance. Therefore, government should derive its powers from the Constitution and its powers should be limited to those set out in the text". *Ibid.*, p. 890.

Para tanto, ainda que as transformações exijam uma atuação concreta da Administração Pública e dos legisladores, essa modalidade de constitucionalismo convida o Judiciário a ir além da análise pontual de cada caso concreto para assumir um papel impulsionador e articulador, que oriente e contribua para as transformações na estrutura político-social derivadas do compromisso constitucional.⁹⁷⁹ Nessa linha, Klare sugere a necessidade de um método pós-liberal de interpretação constitucional, que seja politicamente engajado e transparente, com um sentido ideológico voltado à realização de compromissos constitucionais de igualdade e justiça.⁹⁸⁰

A partir dessas premissas, é possível identificar alguns elementos essenciais do constitucionalismo transformador: (i) o foco em igualdade material e justiça material; (ii) o empoderamento de grupos excluídos da sociedade a partir da previsão de direitos econômicos e sociais; (iii) a preocupação com a atuação de órgãos e mecanismos estatais voltada para a justiça social, ainda que, para tanto, se atenuem procedimentos técnicos; (iv) previsão de garantias judiciais que transcendam a proteção de direitos liberais para garantir direitos sociais e econômicos;⁹⁸¹ (v) promoção de uma cultura jurídica de efetividade entre advogados e juízes, para que operacionalizem as normas jurídicas a fim de gerar as mudanças estruturais necessárias à promoção de justiça social.⁹⁸² Nesse sentido, a construção das decisões judiciais deve oferecer profunda justificação racional, não só nos textos e precedentes legais, mas também em valores morais encampados pela carta constitucional.⁹⁸³ Mais além, como salienta Klare, cabe aos juízes observar a história e as tradições jurídicas do Estado de forma consciente de seus propósitos e seus efeitos, a fim de reconhecer injustiças passadas e decidir de forma a remediá-las e evitar que se repitam.⁹⁸⁴

Na perspectiva do constitucionalismo transformador exposto por Klare, a separação absoluta entre jurisdição e política se atenua para admitir que juízes, no seu ofício de interpretação e aplicação das normas constitucionais, se pautem pelo substrato transformador voltado para a realização de valores materiais, ainda que possam ser constringidos pelos

⁹⁷⁹ Essa perspectiva fica especialmente clara em casos em que as novas constituições criaram cortes constitucionais especialmente voltadas para a proteção de direitos fundamentais, como se verificou no caso da África do Sul, com a Constituição de 1994, e a Colômbia, com a Constituição de 1991.

⁹⁸⁰ KLARE, Karl E. Legal Culture and Transformative Constitutionalism. *South African Journal on Human Rights*, v. 1, 1998. Available at: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/02587203.1998.11834974>. Access in: Oct. 20, 2019, p. 157.

⁹⁸¹ KIBET, Eric; FOMBAD, Charles. Transformative constitutionalism and the adjudication of constitutional rights in Africa. *African Human Rights Law Journal*, v. 17, p. 340-366, 2017. Available at: <http://dx.doi.org/10.17159/1996-2096/2017/v17n2a1>. Access in: Oct. 20, 2019. p. 353.

⁹⁸² KLARE, *op. cit.*, p. 166-167.

⁹⁸³ KIBET; FOMBAD, *op. cit.*, p. 359.

⁹⁸⁴ KLARE, *op. cit.*, p. 155. É o que se verificou em diversos julgados da Suprema Corte de la Nación, da Argentina, quando buscou investigar e responsabilizar os bárbaros crimes cometidos durante a ditadura militar, deixando de aplicar a Lei de Anistia.

limites impostos pelo texto. Por certo, nem toda interpretação constitucional é viável, porém não se trata de respeito a uma propriedade inerente ao texto e sim uma experiência de interpretação do texto, que oferece uma impressão de constrangimento também passível de ser modificada com o tempo.⁹⁸⁵ Nessa leitura, o constitucionalismo transformador convida os juízes a expor suas convicções com candura⁹⁸⁶, para, com responsabilidade, assumir o compromisso (“político”) de interpretar as normas constitucionais de forma a impulsionar a democracia, o Estado de Direito e os direitos humanos.

A proposta hermenêutica de Klare, segundo a qual somente o método pós-liberal por ele apontado seria capaz de realizar o constitucionalismo transformador contudo, se sujeita a críticas. Como bem observou Roux, o compromisso jurisdicional com a realização dos direitos fundamentais, promoção da igualdade e proteção da democracia pode também se realizar por outros métodos, como a proposta de resposta correta elaborada por Ronald Dworkin.⁹⁸⁷ E para tanto não haveria necessidade de se pensar o processo hermenêutico constitucional como político ou estrategicamente orientado.⁹⁸⁸ Colocar nos ombros dos juízes um compromisso político exige um elevado grau de legitimidade para o qual as concepções básicas de separação dos poderes e *accountability* se revelam insuficientes. Não basta a candura e transparência propostas por Klare para garantir essa legitimidade. A transparência na exposição dos argumentos que fundamentam uma decisão é necessária para assegurar validade a esses fundamentos, mas insuficiente para, por si só, garantir-lhes legitimidade.⁹⁸⁹

A interpretação constitucional guarda em si uma escolha política dos valores a serem defendidos, de modo que todo resultado hermenêutico que define o sentido de uma norma jurídica tem dentro de si, um ato político que seleciona – e necessariamente fundamenta – um sentido. Mas esta perspectiva também já fora defendida por Dworkin.⁹⁹⁰ O constitucionalismo transformador se relaciona com a realização de valores progressistas de maior igualdade e inclusão, por ser essa a proposta normativa das constituições que o embasam. A realização desses valores pode se dar por diversos meios, o que sugere uma compreensão mais flexível e

⁹⁸⁵ *Ibid.*, p. 159-160.

⁹⁸⁶ *Ibid.*, p. 161.

⁹⁸⁷ ROUX, Theunis. Transformative constitutionalism and the best interpretation of the South African Constitution: distinction without a difference? **Stellenbosch Law Review**, v. 2, p. 258-285, 2009. Available at: https://pdfs.semanticscholar.org/5eae/e8eb64bd96f5248d8eb39fa61660129576be.pdf?_ga=2.36844192.1693293173.1579901614-517184858.1579901614. Access in: Jan. 10, 2020.

⁹⁸⁸ “*To suggest, therefore, that it needs to be strategically pursued in a process of politicised adjudication is wrong.*” *Ibid.*, p. 267.

⁹⁸⁹ *Ibid.*, p. 268.

⁹⁹⁰ *Ibid.*, p. 269.

aberta da proposta de constitucionalismo transformador originalmente formulada por Klare, inclusive dispensando a leitura “francamente política” da atuação jurisdicional.⁹⁹¹

É dentro dessa concepção mais branda que o constitucionalismo transformador pode ser compreendido em outros sistemas, como as ordens constitucionais elaboradas após os processos de redemocratização na América Latina. Assim como a Constituição da África do Sul pós-*apartheid*, muitas constituições latino-americanas, como a da Colômbia de 1991⁹⁹², a reforma constitucional da Argentina em 1994 e do Brasil de 1988, trouxeram elementos suficientes para evidenciar a pretensão de impacto transformador de uma carta política que se coloca historicamente para projetar uma sociedade fundada em valores e direitos manifestamente negligenciados nos regimes anteriores.⁹⁹³ Mais que organizar o político da vida social dos Estados latino-americanos, elas buscaram afirmar de forma eloquente direitos de cunho liberal e social, demandar do Estado uma profunda responsabilidade para com a igualdade e a liberdade e dar voz a grupos marginalizados. O ideal de realizar uma democracia constitucional nos Estados da América Latina passa tanto pela constitucionalização dos direitos humanos e suas garantias quanto pela existência de um órgão jurisdicional responsável pela sua efetivação.⁹⁹⁴ Sem poder frear o clamor das majorias, as Cortes Supremas ora convidam à reflexão, ora impulsionam a luta pelos direitos. Sua atuação implica a abertura de um espaço público em que os grupos negligenciados pelos processos políticos majoritários logram ter suas vozes ouvidas.

Nessa seara, a judicialização da política⁹⁹⁵ pode ser vista com bons olhos até mesmo por seus críticos, como Roberto Gargarella, defensor da democracia deliberativa. Para ele, os juízes têm um papel primordial na defesa e fortalecimento dos processos deliberativos, o que

⁹⁹¹ *Ibid.*, p. 273.

⁹⁹² Ainda que a Colômbia não tenha enfrentado um regime ditatorial como Argentina, Perú, Chile e Brasil, seu histórico democrático no século XX foi extremamente conturbado: “*Durante largas décadas, Colombia fue una democracia muy particular [...] Una de las razones de esa democracia restringida o ‘excepcional’ [...] fue el uso permanente del estado de sitio y de los regímenes de excepción por los distintos gobiernos; así, desde el cierre temporal del Congreso durante el gobierno de Ospina Pérez (1946-1950), en noviembre de 1949, hasta la expedición de la constitución de 1991, Colombia vivió prácticamente en un régimen de excepción permanente, pues de esos 42 años, 35 transcurrieron bajo estado de sitio.*” UPRIMNY YEPES, Rodrigo. La judicialización de la política en Colombia: Casos, Potencialidades y Riesgos. **SUR – Revista Internacional de Derechos Humanos**, n. 6, ano 4, p. 53-69, 2007, p. 55.

⁹⁹³ KLARE, Karl E. Legal Culture and Transformative Constitutionalism. **South African Journal on Human Rights**, v. 1, 1998. Available at: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/02587203.1998.11834974>. Access in: Oct. 20, 2019, p. 156.

⁹⁹⁴ Sobre a importância do judicial review nos Estados latino-americanos, e sobretudo na Colômbia, ver: CEPEDA, Manuel José. La Defensa Judicial de la Constitución: La Gran Fortaleza Colombiana. In: BOGDANDY, Armin von, PIOVESAN, F.; MORALES ANTONIAZZI, M. (coords). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 581-628, p. 584.

⁹⁹⁵ O fenômeno da judicialização da política corresponde ao “*el hecho de que ciertos asuntos que tradicionalmente habían sido decididos por medios políticos, y que se consideraba que eran propios de la política democrática, empiezan a ser crecientemente decididos por los jueces, o al menos son fuertemente condicionados por decisiones judiciales, lo cual implica, a su vez, que muchos actores sociales empiezan a formular sus demandas en términos jurídicos y judiciales.*” UPRIMNY YEPES, *op. cit.*, p. 54. Sobre o tema no Brasil, ver BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **(Syn)Thesis**, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

pode implicar a promoção de direitos, como os direitos sociais, que sejam essenciais para a igualdade de condições de participação democrática.⁹⁹⁶ O autor refere-se à Corte Constitucional da África do Sul em dois julgados emblemáticos como exemplo de decisões jurisdicionais comprometidas com o fortalecimento da democracia na medida em que voltadas para a redução da pobreza e da desigualdade. Em um deles, a Corte Constitucional Sul-Africana exigiu do Estado um programa habitacional para abrigar mais de 900 pessoas, na segunda, que o Estado criasse um programa de distribuição de remédios para AIDS sem discriminar os grupos mais necessitados. Nessa qualidade, o Judiciário exigiu do Estado o cumprimento das obrigações constitucionalmente previstas promovendo um debate na sociedade sobre os programas que seriam necessários: “*La Corte realizó con ello un valioso esfuerzo dirigido a la ‘inclusión’ social de personas que hasta entonces se habían marginado de la conversación pública*”.⁹⁹⁷ O autor ainda cita o exemplo da Corte Constitucional Colombiana, como uma corte comprometida em compatibilizar seu ativismo com o respeito à democracia deliberativa.⁹⁹⁸

No caso colombiano, a Constituição de 1991 foi promulgada com o intuito de promover mudanças significativas nas estruturas institucionais a fim de promover maior igualdade social. Uma das mudanças foi a própria criação da Corte Constitucional colombiana, inexistente no arranjo institucional da constituição anterior. Como narra Cepeda, o compromisso transformador fez parte do DNA dessa corte:

*la necesidad de encomendar a una nueva Corte la misión de preservar el espíritu innovador que inspiraba la nueva Constitución de tal forma que pudiera desarrollar gradualmente los contenidos específicos de la Constitución hasta su máxima amplitud, con base en el origen ampliamente democrático e inclusivo de la Carta Política, y dentro del espíritu de pluralismo, participación, igualdad y respeto por la dignidad humana que la había inspirado; orientar con autoridad la interpretación, por los jueces de inferior jerarquía, de las disposiciones constitucionales relativas a los derechos fundamentales; y adoptar decisiones legítimas y definitivas para resolver disputas de alta trascendencia política sobre el contenido y el alcance de la nueva Constitución.*⁹⁹⁹

Para além da estrutura funcional, o constitucionalismo transformador depende de uma postura comprometida dos juízes com os valores constitucionais. Na experiência colombiana:

⁹⁹⁶ GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? **Perfiles Latinoamericanos**. Distrito Federal, México: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, julio-diciembre, n. 28, p. 9-32, 2006, p. 21-22.

⁹⁹⁷ GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? **Perfiles Latinoamericanos**. Distrito Federal, México: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, julio-diciembre, n. 28, p. 9-32, 2006, p. 23-24.

⁹⁹⁸ *Ibid.*, p. 25-26.

⁹⁹⁹ CEPEDA, Manuel José. La Defensa Judicial de la Constitución: La Gran Fortaleza Colombiana. In: BOGDANDY, Armin von, PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. (coords). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, 581-628, p. 604-605.

[...] la Corte ha generado un impacto visible en el campo político. En resumen, ha contribuido a la conversión de conflictos sociales en problemas constitucionales, y en esa medida, a la resolución pacífica de conflictos dentro de la sociedad. Esto significa, en breve, que (i) la Constitución ha dejado de ser un código abstracto, y ha permeado la realidad social; (ii) la Corte se ha convertido en un árbitro polémico pero legítimo a quien se acude para que adopte decisiones difíciles; y (iii) la Corte se ha convertido en un foro en el que la mayor parte de las controversias se someten aun a “segunda ronda” de decisión, con base en argumentos constitucionales.¹⁰⁰⁰

Como proposto por Bogdandy, o constitucionalismo transformador não corresponde à usurpação do terreno da política pelo Judiciário, tampouco deseja depreciar a atuação dos movimentos sociais.¹⁰⁰¹ Pelo contrário, essa modalidade de constitucionalismo visa empoderar esses movimentos a partir de decisões judiciais que reconheçam os direitos invocados e o dever da estrutura político-administrativa do Estado de implementá-los, pela via de um diálogo institucional democrático e inclusivo comprometido com resultados eficazes na promoção e proteção desses direitos.¹⁰⁰² A ideia é viabilizar o acesso ao processo democrático para aqueles que enfrentam maiores dificuldades em ter seus pleitos atendidos por elites no poder¹⁰⁰³, de forma a fortalecer a sociedade civil.¹⁰⁰⁴

Em outras constituições latino-americanas, a vocação transformadora também está presente. Assim na Colômbia como no Brasil, a nova constituição incorporou e ressignificou toda a gama de normas jurídicas presentes no sistema, determinando que normas de direito penal, civil e processual fossem lidas à luz dos cânones constitucionais. Mais além, a partir de decisões judiciais emblemáticas, tanto a Corte Constitucional colombiana como o Supremo Tribunal Federal passaram a exigir dos poderes públicos um efetivo comprometimento com a realização dos direitos fundamentais.¹⁰⁰⁵

¹⁰⁰⁰ *Ibid.*, p. 623. No mesmo sentido: CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court. **Washington University Global Studies Law Review**, v. 3, issue 4, p. 528-700, 2004.

¹⁰⁰¹ BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Commune na América Latina: uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. In: BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Ius Constitutionale Commune na América Latina**. V. 1. Marco Conceptual. Curitiba: Juruá, 2016, p. 11-51, p. 29-30.

¹⁰⁰² Como se verificou na Sentença T-025 de 2004, proferida pela Corte Constitucional da Colômbia, para tratar da violação de inúmeros direitos humanos da população vítima do deslocamento forçado naquele país.

¹⁰⁰³ ARANGO, Rodolfo. Fundamentos del Ius Constitutionale Commune en América Latina. In: BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. **Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión**. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017, p. 179-192, p. 189.

¹⁰⁰⁴ PIOVESAN, Flávia. Ius Constitutionale Commune en América Latina: Context, Challenges, and Perspectives. In: BOGDANDY, Armin von; et. al. (ed.) **Transformative Constitutionalism in Latin America**. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 49-65, p. 52.

¹⁰⁰⁵ No Brasil, essa realidade se sentiu especialmente em decisões emblemáticas como a que reconheceu a união homoafetiva (ADI 132), como a que reconheceu a possibilidade de interrupção do feto anencefálico (ADPF 54), a que tratou da demarcação de terras indígenas no caso Raposa Serra do Sol, bem como as decisões que determinaram a responsabilização de agentes públicos pela prática de corrupção (Caso Mensalão).

Diante de uma atuação que visa determinar ações concretas por parte dos poderes públicos, cortes constitucionais como a da Costa Rica e da Colômbia passaram a adotar mecanismos de monitoramento de suas decisões judiciais, a fim de verificar se suas determinações de fato geram efeitos concretos. No caso da Costa Rica, o monitoramento das decisões existe desde 2009, prática analisada pelo Centro de Jurisprudência Nacional que categorizou cerca de onze mil ordens emitidas, promovendo um estudo sobre seu cumprimento. Na Colômbia, decisões estruturais voltadas para a área da saúde desencadeiam a criação de salas de acompanhamento voltadas para a mobilização não só de instituições como de toda a sociedade civil para o fim de dar efetivo cumprimento às decisões. Esse monitoramento é especialmente importante na medida em que decisões relevantes para mudanças estruturais no Estado podem se mostrar inócuas em virtude de uma resistência institucional. No caso brasileiro, a primeira iniciativa nesse sentido surgiu com a criação do “Observatório Nacional sobre Questões Ambientais, Econômicas e Sociais de Alta Complexidade e Grande Impacto e Repercussão”. A proposta brasileira, contudo, ainda é acanhada na medida em que estabelece uma parceria com o Ministério Público mas deixa de fora a sociedade civil, diretamente impactada e interessada nos resultados práticos das decisões.¹⁰⁰⁶

O constitucionalismo transformador e a judicialização da política que lhe é inerente não são imunes a críticas. Se o *judicial review* praticado pelas cortes constitucionais não representa em si uma afronta à democracia, inclusive porque pode empoderar o processo deliberativo na medida em que determina a realização de direitos de grupos sociais excluídos, ele se torna alvo de questionamentos quando associado à supremacia jurisdicional, ou seja, quando se associa à ideia de que a corte constitucional deve ter a última palavra a respeito do sentido das normas constitucionais. Na medida em que decisões deliberativas majoritárias, para autores como Gargarella e Nino, apresentam um valor epistêmico em si, não admitem que discussões próprias do ambiente político e carentes de deliberação pela sociedade civil sejam conduzidas e decididas por processos jurisdicionais.¹⁰⁰⁷

Essa crítica induz à reflexão sobre a crise de legitimidade que atinge o funcionamento dos congressos nos processos de criação legislativa, assim como a legitimidade democrática das cortes supremas. Processos judiciais mais abertos à sociedade, mais transparentes e

¹⁰⁰⁶ DENARI, Karina. Monitoramento decisório da Corte Constitucional da Costa Rica: lições para o STF? **JOTA**, 31 de outubro de 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/monitoramento-decisorio-da-corte-constitucional-da-costa-rica-liceos-para-o-stf-31102019>. Acesso em: 01 nov. 2019.

¹⁰⁰⁷ GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? **Perfiles Latinoamericanos**. Distrito Federal, México: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, julio-diciembre, n. 28, p. 9-32, 2006, p. 27-28.

deliberativos, e mandatos com duração limitada poderiam atenuar o deficit de legitimidade atribuído às cortes. Todavia, certos temas especialmente afetos a minorias muitas vezes só encontram no Judiciário um palco para deliberação.

O grau de legitimidade democrática de uma decisão judicial não precisa ser medido exclusivamente pela deferência judicial aos processos democráticos e às decisões discricionárias tomadas pelos representantes eleitos. Decisões como a produzida pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 132, reconhecendo uniões homossexuais como entidade familiar e a elas atribuindo os mesmos direitos das uniões heterossexuais (casamento, sucessão, adoção) de fato foram ativistas e não deixaram espaço para a deliberação popular a respeito da matéria.¹⁰⁰⁸ Todavia, o grau de inclusão social por ela produzido é inegável: um significativo grupo de pessoas teve acesso a bens e serviços promovidos pelas instituições brasileiras, o que favorece sua participação democrática. Como assinala Dworkin:

*We must take a more result-oriented approach: we must judge a political system by its capacity to improve the conditions of genuine political partnership, and not rule out as undemocratic any institution or device, including a constitutional court, that history has shown strengthens that capacity. It would be per-verse to condemn, on democratic grounds, any part of what has made ours a better democracy.*¹⁰⁰⁹

Outro aspecto fundamental é que o modelo acaba dependendo em grande monta de uma atuação efetivamente comprometida por parte dos magistrados, ou seja, que eles sejam dirigidos pelo real compromisso de decidir os casos em favor dos direitos das minorias oprimidas nos processos democráticos e de promover maior igualdade social e inclusão.¹⁰¹⁰ O modelo não oferece real garantia de que essa prática se torne realidade – em que pese o número significativo de casos apresentados por cortes que abraçaram o projeto transformador, como a colombiana, a indiana e a sul-africana. A preocupação é pertinente: seria possível confiar num modelo de constitucionalismo que depende, em última *ratio*, do compromisso ético dos julgadores?

O Brasil por muitos anos teve uma constituição progressista e transformadora que esbarrou em um Supremo Tribunal Federal contido e conservador. Não foi sem razão que constitucionalistas brasileiros desenvolveram a ideia de “dogmática constitucional

¹⁰⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ**. Relator Min. Ayres Brito. Julgado em 05 mai. 2011, DJE 13 out. 2011.

¹⁰⁰⁹ DWORKIN, Ronald. The Partnership Conception of Democracy. **California Law Review**, v. 86, p. 453-458, 1998. Available at: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1585&context=californialawreview>. Access in: Jan. 3, 2020, p. 458.

¹⁰¹⁰ GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? **Perfiles Latinoamericanos**. Distrito Federal, México: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, julio-diciembre, n. 28, p. 9-32, 2006, p. 29.

emancipatória”¹⁰¹¹ e “filtragem constitucional”¹⁰¹² a fim de argumentar contra decisões que esvaziavam o potencial transformador das normas constitucionais e clamar por um compromisso ético com a efetivação dessas normas. Mesmo depois de ter adotado decisões consideradas democráticas, o Supremo Tribunal Federal ainda não pode ser considerado uma corte constante na sua produção jurisprudencial. Essas mesmas dificuldades, ainda que histórica e socialmente embasadas na realidade brasileira, podem se projetar para outras cortes, em outros sistemas jurídicos.¹⁰¹³

O potencial do constitucionalismo transformador aumenta na proporção em que diversas medidas são progressivamente adotadas, como a democratização dos processos de indicação dos juízes que compõem as cortes constitucionais e o avanço pedagógico e acadêmico da difusão da normatividade das normas constitucionais e efetivação dos direitos humanos nos bancos escolares, formando operadores do direito comprometidos com essa pauta. A qualidade dos processos democráticos também depende de processos semelhantes, como o fortalecimento da cidadania e da educação. Em última análise, também não há garantia de que a decisão democrática adotada deliberadamente será a melhor decisão.

O projeto do constitucionalismo transformador representa uma valorosa contribuição para a efetivação da promoção e proteção dos direitos humanos, embora ainda seja longo o caminho a percorrer para seu aperfeiçoamento.

4.1.2 O papel transformador da Corte Interamericana de Direitos Humanos

¹⁰¹¹ Ver: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

¹⁰¹² Nesse sentido, é reveladora a apreciação de Paulo Ricardo Shier: “Vivia-se, naquele momento, um sentimento simultâneo de euforia e desconfiança. Euforia tributária das possibilidades e potencialidades trazidas pela nova Lei Fundamental. Mas desconfiança também, fosse por decorrência do papel que o constitucionalismo brasileiro desempenhou no período do regime militar, fosse pela descrença de que haveria condições para a plena realização da Constituição, fosse pela ausência de uma teoria constitucional capaz de dar conta de sua efetivação ou por decorrência de algumas críticas que a recém-nascida Constituição vinha recebendo de determinados setores da sociedade e dos próprios operadores do Direito. [...] Neste quadro, então, desenvolveu-se a ideia de filtragem constitucional, que tomava como eixo a defesa da força normativa da Constituição, a necessidade de uma dogmática constitucional principialista [...], o compromisso ético dos operadores do Direito com a Lei Fundamental e a dimensão ética e antropológica da própria Constituição, a constitucionalização do direito infraconstitucional, bem como o caráter emancipatório e transformador do Direito como um todo”. SCHIER, Paulo Ricardo. Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 145-165, abr./jun. 2005, p. 145-146.

¹⁰¹³ Nesse sentido, Cepeda oferece sua crítica à Corte Constitucional Colombiana no sentido de que ela teria deixado de dar a devida atenção a uma série de temas, dentre os quais a proteção de defensores de direitos humanos, desigualdade racial, entre outros. CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court. **Washington University Global Studies Law Review**, v. 3, issue 4, p. 528-700, 2004, p. 687-688. Em crítica à mesma corte, Uprimny salienta as diversas decisões que deixaram de reconhecer direitos iguais a casais homossexuais, convalidando restrições de direitos criadas pelo Congresso. UPRIMNY YEPES, Rodrigo. La judicialización de la política en Colombia: Casos, Potencialidades y Riesgos. **SUR – Revista Internacional de Derechos Humanos**, n. 6, ano 4, p. 53-69, 2007, p. 57.

Para além do nível constitucional dos Estados latino-americanos, a proposta do constitucionalismo transformador se revela como um dos elementos essenciais do *Ius Constitutionale Commune*, a ponto de se reconhecer na Corte IDH um autêntico mandato transformador, que deve ser compreendido à luz da subsidiariedade cooperativa. Nesse sentido, a atuação da Corte IDH não deve suplantar os espaços políticos e jurídicos de deliberação presentes nas esferas domésticas sempre que eles fomentarem e realizarem os direitos humanos. Seu papel institucional assume relevância precisamente na supervisão desses processos e na indicação de caminhos e correção de rotas quando os direitos humanos entram em risco. Na esfera do diálogo judicial cooperativo, há que se reconhecer que o mandato transformador da Corte IDH não é superior a aquele que as constituições outorgam a suas cortes constitucionais. Deve, portanto, diante do reconhecimento dos juízes nacionais como interlocutores essenciais na definição dos direitos humanos, impulsar sentidos de direitos humanos para que fujam do retrocesso, ainda que se realizem por caminhos diversificados.

Segundo Bogdandy, o mandato transformador da Corte IDH decorre dos princípios informadores da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que favorecem uma jurisprudência inovadora para tratar de problemas estruturais comuns à região: instituições fracas que por vezes sucumbem a pressões de grupos políticos privilegiados, exclusão de grandes parcelas da população em virtude da atávica desigualdade social e violência, notadamente aquela chancelada pelo próprio Estado.¹⁰¹⁴

O constitucionalismo transformador presente no ICCAL tem particularidades relevantes. Em virtude da abertura dos textos constitucionais ao plano jurídico regional, formando blocos de constitucionalidade ou de supralegalidade, forma-se um direito comum que tem por denominador a preocupação material com a superação das desigualdades. Nessa ótica, o constitucionalismo transformador encontra suporte jurídico paralelamente nas constituições e na própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Dentre os diversos atores que operam esse constitucionalismo, devem atuar de forma cooperada tanto as cortes superiores nacionais quanto a Comissão e a Corte Interamericana.¹⁰¹⁵ O entrelaçamento argumentativo favorecido pelo ICCAL com a perspectiva do constitucionalismo

¹⁰¹⁴ BOGDANDY, Armin von. O mandato transformador do Sistema Interamericano: Legalidade e Legitimidade de um processo jurisgenético extraordinário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 232-252, 2019, p. 233.

¹⁰¹⁵ Nesse sentido, Piovesan e Borges afirmam que com o entrelaçamento dos níveis nacional e supranacional “constrói-se uma perspectiva dialógica de cooperação coordenada e construtiva.” Esse diálogo, como apontam os autores, é inevitável. BORGES, Bruno Barbosa; PIOVESAN, Flávia. O diálogo inevitável interamericano e a construção do *Ius Constitutionale Commune*. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 24, n. 3, p. 5-26, 2019, p. 11.

transformador pode fortalecer as jurisdições na medida em que discutem problemas muitas vezes comuns aos cidadãos latino-americanos, ainda que decorrentes de desenhos institucionais e legislativos diferenciados – como o caso do deficit em políticas públicas de saúde, ou num tratamento humanizado pelos agentes de segurança pública. Na medida em que decisões judiciais nacionais podem encontrar ressonância na jurisprudência interamericana: “o uso do direito regional e dos precedentes da Corte Interamericana por cortes nacionais via de regra fortalece sua independência frente a pressões internas e permite a consolidação dos mecanismos de freios e contrapesos inerentes aos regimes democráticos”.¹⁰¹⁶

Nessa ótica, a Corte IDH tem assumido um papel diretor de mudanças em suas sentenças judiciais muito menos deferentes que as sentenças do TEDH¹⁰¹⁷, que buscam dialogar com os órgãos nacionais a fim de orientá-los a adotar práticas que solucionem situações de violência e promovam direitos humanos. Nesse particular, a partir de litígios estruturais a Corte IDH se tornou mais detalhista na definição dos remédios a serem adotados pelos Estados, e supervisiona, ela mesma, o cumprimento de suas decisões.¹⁰¹⁸

É certo que a eficácia das medidas determinadas depende, intensamente, de uma agenda política nacional voltada para os mesmos fins, assim como uma cultura em que magistrados estejam comprometidos jurídica e ideologicamente com a realização dos direitos.¹⁰¹⁹ É nessa seara que outra especificidade do constitucionalismo transformador na América Latina ganha força: a promoção de um diálogo institucional entre a Corte e outras instituições nacionais como Ministério Público, Defensorias Pública ou *Defensores del Pueblo*, Organizações não Governamentais e associações civis, como institutos de pesquisa acadêmica, e um diálogo da Corte IDH com a sociedade civil.¹⁰²⁰

Nesse último aspecto, a intensa participação das vítimas no andamento do processo perante a Corte IDH logra humanizar a disputa de argumentos e aproximar os juízes da realidade concreta em que se teriam verificado violações de direitos humanos. Para tanto, o Regulamento Interno da Corte Interamericana admite a apresentação de razões, provas e

¹⁰¹⁶ RODILES, Alejandro. The Law and Politics of the Pro Persona Principle in Latin America. In: BOGDANDY, Armin von; et. al. (ed.) **Transformative Constitutionalism in Latin America**. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 153-174, p. 154.

¹⁰¹⁷ HUNEEUS, Alexandra. Reforming the State from Afar: Structural Reform Litigation at the Human Rights Courts. **Yale Journal of International Law**, v. 40, article 2, p. 2-40, 2015. Available at: <https://pdfs.semanticscholar.org/4d5f/bed8fa90823b85873b7941a451aaef66ac49.pdf>. Access in: Nov. 4, 2019, p. 35-36.

¹⁰¹⁸ HUNEEUS, Alexandra. Reforming the State from Afar: Structural Reform Litigation at the Human Rights Courts. **Yale Journal of International Law**, v. 40, article 2, p. 2-40, 2015. Available at: <https://pdfs.semanticscholar.org/4d5f/bed8fa90823b85873b7941a451aaef66ac49.pdf>. Access in: Nov. 4, 2019, p. 35-36.

¹⁰¹⁹ SALAZAR UGARTE, Pedro. The Struggle for Rights. In: BOGDANDY, Armin von; et. al. (ed.) **Transformative Constitutionalism in Latin America**. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 67-82, p. 71.

¹⁰²⁰ BOGDANDY, Armin von. O mandato transformador do Sistema Interamericano: Legalidade e Legitimidade de um processo jurigenético extraordinário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 232-252, 2019, p. 234.

pedidos específicos de reparação pelas partes no ato de delimitação do objeto da controvérsia (artigo 23), viabiliza sua oitiva nas audiências públicas (artigo 42) e, ainda, atribui especial importância na apresentação de relatórios nas supervisões de cumprimento de sentença (artigo 69.1).¹⁰²¹

Especialmente a partir do início do século XXI, a atuação da Corte IDH tem se refletido na realidade social de diversos estados, favorecendo a instituição de espaços para a efetivação dos direitos humanos. As decisões adotadas estão diretamente voltadas para a realização dos direitos não como trunfos individuais, mas como demandas (coletivas) para a ação pública.¹⁰²² Em diversos casos a Corte busca realizar uma função pedagógica, desencadeando a atenção não somente dos agentes internos, mas da sociedade como um todo para a realização de valores como liberdade, igualdade e dignidade.¹⁰²³ Em uma perspectiva que costuma ultrapassar os limites da solução de litígios individuais, a Corte IDH “*avanza hacia definiciones continentales, y en este sentido se asemeja a los tribunales constitucionales internos dotados de mayor competencia*”.¹⁰²⁴ Seu modo de decidir vai além do caráter legalista de interpretação de textos normativos para refletir um caráter ideológico e estratégico¹⁰²⁵, em que os objetivos do ICCAL ganham preponderância.

As principais linhas de atuação assumidas pela Corte IDH podem ser identificadas em cinco grandes grupos: (i) violência decorrente do legado deixado pelos regimes autoritários, como tortura, desaparecimento forçado e direito a uma investigação capaz de identificar os agentes responsáveis e puni-los; (ii) violência decorrente das questões envolvendo justiça de transição, como decisões contra impunidade, não reconhecimento das leis de autoanistia e o direito à verdade; (iii) violações de direitos decorrentes dos desafios voltados ao fortalecimento do Estado de Direito, como o acesso à justiça, a proteção judicial e a independência do Judiciário; (iv) violações de direitos de grupos vulneráveis, como crianças, migrantes, prisioneiros, indígenas e população LGBT; (v) violações a direitos sociais, que

¹⁰²¹ CORTE IDH. **Reglamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Aprovado pela Corte no seu LXXXV Período Ordinário de Sessões celebrado de 19 a 28 de novembro de 2009. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf. Acesso em: 10 ago. 2019.

¹⁰²² SOLEY, Ximena. The transformative dimension of the Inter-American jurisprudence. In: BOGDANDY, Armin von; et al. (ed.). **Transformative Constitutionalism in Latin America**. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 337-356. p. 340.

¹⁰²³ SALAZAR UGARTE, *op. cit.*, p. 72-73.

¹⁰²⁴ GARCÍA RAMÍREZ, Sérgio. La “navegación americana” de los derechos humanos: hacia un Ius Commune. In: BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.). **Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión**. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017, p. 55-108, p. 68-69.

¹⁰²⁵ Essa atuação estratégica será abordada adiante. MELLO, Patrícia Perrone Campos de. “A vida como ela é”: comportamento estratégico nas cortes. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, no 2, p. 688-718, 2018. p. 690-691.

passaram a ser abordados pela Corte em função da sua interdependência em relação aos direitos civis e políticos, e (vi) violação a novos direitos, que emergem da agenda contemporânea, como direitos reprodutivos.¹⁰²⁶

Nessa seara, a Corte IDH muitas vezes expande o sentido dos direitos humanos protegidos, bem como suas próprias competências, no afã de concretizá-los mediante uma atuação diretora dos Estados e protetora das vítimas. Em certas circunstâncias, o papel transformador encampado pela Corte IDH acaba por desenvolver vida própria, nem sempre com sede segura no texto convencional.¹⁰²⁷ Especialmente no tocante ao combate às leis de anistia que protegeram perpetradores de violações de direitos humanos durante os regimes ditatoriais (itens i e ii da relação anterior), a atuação enfática da Corte não se deteve na ausência de previsão específica sobre o tema na Convenção Americana. Determinou nas sentenças proferidas nos casos *Barrios Altos vs. Peru* (2001) e, mais tarde, *La Cantuta vs. Peru* (2006) e *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006), que mencionadas leis não se coadunavam com a proteção dos direitos humanos a que os Estados haviam se comprometido, violando o direito das vítimas de buscar a investigação e reparação por violações a direitos humanos.¹⁰²⁸ Nesses casos, a Corte IDH declarou por sua própria autoridade que as leis de anistia careceriam de efeitos jurídicos¹⁰²⁹ e, mais além, determinou que as autoridades jurisdicionais internas aplicassem diretamente as normas convencionais no lugar da legislação doméstica de anistia, adotando o controle de convencionalidade a ser abordado mais adiante neste capítulo. Era como se, nessa temática em especial, a Corte IDH reconhecesse que o espaço político dos Estados não poderia pactuar a celebração de leis que implicassem a impunidade por graves violações de direitos humanos.

A jurisprudência sobre essa matéria acabou por ser determinante nos processos de transição para os regimes democráticos especialmente nos Estados que se mostraram convergentes com essa jurisprudência (Peru, Chile, Argentina). Fortaleceu as instituições

¹⁰²⁶ Para uma relação de casos vide PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Context, Challenges, and Perspectives*. In: BOGDANDY, Armin von; et. al. (ed.) **Transformative Constitutionalism in Latin America**. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 49-65, p. 53-61.

¹⁰²⁷ BINDER, Christina. The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights. **German Law Journal**, v. 12, n. 5, p. 1203-1229, 2011, p. 1204. Em sentido crítico das interpretações a que chega a Corte IDH a partir de tratados internacionais que não integram o sistema interamericano, ver PAUL, Álvaro. The Emergence of a More Conventional Reading of the Conventionality Control Doctrine. **Revue générale de droit**, n. 49 p. 275-302, 2019, p. 299.

¹⁰²⁸ BINDER, Christina. The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights. **German Law Journal**, v. 12, n. 5, p. 1203-1229, 2011, p. 1208-1209.

¹⁰²⁹ Importante ressaltar que em outras oportunidades a Corte IDH deixou de invalidar diretamente legislação interna, mas demandou do Estado que o fizesse por seus próprios meios, como se depreende do caso *A última tentação de Cristo vs. Chile* (solicitou uma emenda constitucional que abolisse a censura), e *Fermín Ramirez vs. Guatemala* (modificação de legislação penal). *Ibid.*, p. 1215.

jurisdicionais no combate à impunidade e empoderou a sociedade civil, contribuindo para a consolidação da democracia e a autodeterminação dos Estados.¹⁰³⁰

A função transformadora da Corte IDH se torna ainda mais visível na ideia de reparação integral. Como mencionado na seção 3.2.3 do segundo capítulo, esse instituto recebeu uma conotação inovadora a partir das decisões interamericanas que visavam mais que indenizar violações a direitos humanos, desencadear mudanças significativas capazes de reverter um quadro estrutural que favorecia o descumprimento, pelos Estados, de suas obrigações convencionais.¹⁰³¹

Com esse propósito, o conteúdo da prescrição relativa às garantias de não repetição deve ser fixado em atenção às particularidades circunstanciais e ao contexto de cada caso concreto. Em que pese a atenção às circunstâncias específicas, não raro algumas medidas determinadas pela Corte IDH acabam por servir de exemplos a serem seguidos por tribunais domésticos de Estados não originalmente envolvidos na demanda, além de ser considerados pela própria Corte IDH em casos futuros. Como vértice de um diálogo judicial cooperativo mantido no ICCAL, a Corte IDH desencadeia relevantes mudanças internas capazes de se propagar por diversos Estados do continente.¹⁰³² É o que se percebe a partir da determinação de se celebrar atos públicos e cerimônias de reconhecimento da violação a direitos humanos¹⁰³³, da exigência de treinamento de agentes estatais para evitar novas violações¹⁰³⁴ e indicação de reformas legislativas e até constitucionais.¹⁰³⁵ Em um diálogo francamente cooperativo, essa função transformadora da Corte IDH impulsionou a reforma constitucional de 2011 no México, que equiparou tratados internacionais de direitos humanos de que o Estado fosse signatário a normas constitucionais, além de demandar reparação integral às

¹⁰³⁰ *Ibid.*, p 1226-1227.

¹⁰³¹ SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo. Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. **Ius Constitutionale Commune en América Latina**: textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales el Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 457-502, p. 461-464.

¹⁰³² CALDERÓN GAMBOA, Jorge F. La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano. Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas, **Suprema Corte de la Nación**, 2013, p. 146-219. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33008.pdf>. Acceso en: 20 abr. 2019, p. 147. Nesse sentido, muitos Estados inclusive desenvolveram programas próprios de reparação integral, como será abordado no quarto capítulo.

¹⁰³³ A primeira condenação nesse sentido veio no caso *Bámaca Velazquez vs. Guatemala*, em 2000. Um ato público de reconhecimento, bem como a determinação da publicação da sentença interamericana, passou a ser medida de satisfação frequente nas decisões da Corte. Foi determinado, por exemplo, no caso *Atala Riffo e filhas vs. Chile*, em 2012, a fim de reconhecer a discriminação e a afronta à vida privada de que foi vítima Karen Atala Riffo, em razão de sua condição homossexual; e no caso *Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, em que o Estado Brasileiro foi obrigado a reconhecer em ato público o desaparecimento forçado de 62 integrantes do movimento contrário à ditadura militar.

¹⁰³⁴ Tal prática foi determinada no caso *Karen Atala Riffo e filhas vs. Chile*, a fim de que os agentes estatais, notadamente do Poder Judiciário, fossem treinados a não mais perpetrar atos de discriminação à população LGBT.

¹⁰³⁵ CORTE IDH. **Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile**. Sentencia de 5 de Febrero de 2001. Fondo, Reparaciones y Costas. Série C-73, párrafo 103, 4.

violações.¹⁰³⁶ Outro exemplo de ações transformadoras criadas a partir do diálogo judicial da Corte IDH com cortes constitucionais se verificou na Colômbia, para a fixação de *standards* relacionados à proteção de direitos de povos indígenas à consulta prévia.¹⁰³⁷

Dentre as diversas modalidades de reparação integral, chama a atenção a medida jurisdicional que determina a reabertura de processos de investigação, a fim de identificar os responsáveis pela violação dos direitos e puni-los. Trata-se de uma reparação comumente empregada pela Corte IDH, como se pode depreender de diversos casos em que o Brasil foi responsabilizado, como Ximenes Lopes, em 2006; Gomes Lund (“Guerrilha do Araguaia”) em 2010; Fazenda Brasil Verde, em 2016; Rosa Genoveva (“Favela Nova Brasília”), em 2017, e caso Herzog, em 2018. Apenas no primeiro, caso Ximenes Lopes, o Brasil demonstrou em seus informes efetiva persecução penal a fim de responsabilizar aqueles diretamente ligados à morte da vítima, ainda que estejam pendentes julgamentos de recursos em tribunais superiores.¹⁰³⁸ O caso Rosa Genoveva (“Fazenda Nova Brasília”) foi especialmente importante nesse sentido, pois ordenou que o Brasil revisse as leis que instituíam o “auto de resistência” como justificativa para mortes ocorridas em ações policiais, eximindo os agentes do Estado de investigação. A fim de contornar a obrigação, o Estado questionou a Corte sobre a aplicação de normas internas que instituem prescrição e coisa julgada, o que foi repudiado na medida em que disposições de caráter interno não teriam o condão de afastar o cumprimento de obrigações internacionais.¹⁰³⁹ O caso Gomes Lund acabou desencadeando conflitos institucionais, pois embora o Ministério Público tenha proposto ações penais em face de autoridades militares buscando dar efetividade à sentença interamericana, esses processos foram bloqueados por um Judiciário comprometido com a aplicação da Lei de Anistia de 1979, declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal em 2010, em total afronta ao que fora determinado pela Corte IDH.¹⁰⁴⁰

As práticas adotadas pela Corte IDH mais expressivas de um constitucionalismo transformador têm suscitado a crítica de alguns doutrinadores, que as classificam como um

¹⁰³⁶ A legislação mexicana trabalha o conceito de reparação integral na “Lei General de Víctimas”, aprovada em 2013. CALDERÓN GAMBOA, *op. cit.*, p. 149-150.

¹⁰³⁷ HERRERA, Juan C. P. Judicial Dialogue and Transformative Constitutionalism in Latin America: The Case of Indigenous Peoples and Afro-descendants. **Revista Derecho del Estado**, Bogota, n. 43, p. 191-233, mayo-agosto de 2019. p. 206.

¹⁰³⁸ CORTE IDH. **Caso Ximenes Lopes vs. Brasil**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de mayo de 2010, párrafo n. 12.

¹⁰³⁹ CORTE IDH. **Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil**. Sentença de 5 de fevereiro de 2018. Interpretação de Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas, párrafos 27 a 29.

¹⁰⁴⁰ CORTE IDH. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, de 17 de Octubre de 2017, párrafo 11 y ss.

ativismo judicial perigoso.¹⁰⁴¹ Se a judicialização da política que se percebe especialmente nos níveis domésticos é uma realidade que muitas vezes decorre dos próprios desenhos institucionais moldados pelas constituições do final do século XX, depositando nas cortes constitucionais ou supremas uma parcela importante de responsabilidade (e poder) para a realização dos direitos humanos, o ativismo seria uma atuação que desborda dos limites jurídicos de competências das cortes, para invadir a seara de atuação dos demais poderes.¹⁰⁴² No nível supranacional, a atuação da Corte IDH em interpretações evolutivas das normas convencionais (como no caso *Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica*), ou na determinação de remédios de elevado impacto na organização da Administração Pública, configurariam ativismo judicial (*Baena Ricardo e outros vs. Panamá*).

Os dois casos citados são também exemplos de resistência no plano doméstico, o que teria gerado dificuldade de implementação da sentença interamericana. Esses exemplos, como eventuais outros, permitem verificar que mudanças estruturais determinadas pela Corte IDH somente logram ampla efetividade mediante a cooperação dos órgãos internos e, muitas vezes, enfrentam resistência quando acabam invadindo esferas de atuação dos poderes públicos nacionais. A perda de credibilidade nas sentenças interamericanas em face da resistência manifestada pelos Estados por certo é um dos efeitos potencialmente nocivos do ativismo¹⁰⁴³, e demanda dos juízes interamericanos uma reflexão cuidadosa sobre o contexto jurídico e político em que decidem, inclusive com uma preocupação voltada para os limites e as possibilidades da atuação jurisdicional.

Nesse sentido, mesmo entre os juízes da Corte Interamericana projetam-se discordâncias a respeito desse mandato transformador. O juiz chileno Eduardo Vio Grossi, por exemplo, utiliza a oportunidade das decisões dissidentes para manifestar precisamente sua preocupação com algumas medidas adotadas pela Corte, como se pode verificar no caso *Gómez Virula e outros vs. Guatemala*: “*a la Corte no le compete, en rigor, promover y defender los derechos humanos, puesto que la Convención le asignó expresamente a la Comisión esa función, la que podría catalogarse de activista, entendiendo este término en el*

¹⁰⁴¹ 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. Para uma crítica da atuação da Corte IDH e sua classificação como antidemocrática e antiliberal, ver MALARINO, Ezequiel. Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: PASTOR, Daniel (ed.) *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos*. Buenos Aires: Adhoc, 2005. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3515/6.pdf>. Acceso en: Dic. 10, 2020.

¹⁰⁴² BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *(Syn)Thesis*, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012

¹⁰⁴³ 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.

sentido más positivo posible”.¹⁰⁴⁴ Na visão desse juiz, cabe à Corte IDH tão somente aplicar as normas expressamente previstas na Convenção Americana, não lhe cabendo modificar seu sentido ou ampliar a gama de direitos protegidos.¹⁰⁴⁵

Limites para a judicialização da política (e mesmo para o ativismo judicial) presente na jurisdição interamericana poderão ser identificados nos casos de deferência, ou seja, casos em que os Estados devem ter um espaço de autonomia para decidir internamente as melhores formas de atuação, em respeito a suas particularidades culturais, históricas e sociais e em atenção à preservação do pluralismo jurídico. Possíveis hipóteses para deferência serão identificadas no quarto capítulo.

No tocante à interpretação evolutiva, as críticas são importantes para exigir cuidado por parte das sentenças interamericanas. Todavia, nenhuma carta de direitos é um documento estático e merece uma hermenêutica que a torne capaz de fazer frente às violações de direitos humanos. Depender da articulação dos Estados para uma modificação formal dos tratados poderia, de um lado, gerar maior legitimidade democrática às mudanças.¹⁰⁴⁶ De outro, poderia engessar o sistema, uma vez que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos levou nove anos para angariar o número de adesões suficientes para entrar em vigor. Os casos que chegam à Corte IDH muitas vezes representam graves violações de direitos humanos e impingir às vítimas esperas como essa seria negar completamente eficácia ao sistema interamericano.

Uma maior abertura da Corte IDH aos sentidos das normas de direitos humanos que se projetam dos Estados, em especial das cortes constitucionais, é uma prática valiosa que tem sido negligenciada. A análise dos sentidos atribuídos pelas jurisdições e legislações nacionais às normas para as quais a Corte IDH prevê a necessidade de uma interpretação evolutiva pode produzir um resultado mais atinado com a realidade latino-americana e mais legítimo.

Apesar das importantes críticas, há casos inegáveis de sucesso, em que o ativismo judicial da Corte IDH encontrou órgãos internos receptivos aos novos sentidos e dispostos ao cumprimento de suas determinações. É o que se pôde verificar na determinação da Corte IDH de invalidação e não aplicação das leis de anistia – indo além de qualquer previsão textual da Convenção Americana. Apesar da resistência que essa medida enfrentou no Brasil, outros Estados como o Peru efetivamente processaram e puniram violadores de direitos humanos. Em virtude das condenações proferidas pela Corte IDH nos casos *Barrios Altos* e *La Cantuta*,

¹⁰⁴⁴ CORTE IDH. **Caso Gómez Virula y otros vs. Guatemala**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2019. Serie C No. 393. Voto concurrente Juez Vio Grossi, párrafo 5.

¹⁰⁴⁵ *Ibid.*, párrafo 8.

¹⁰⁴⁶ *Ibid.*, párrafo 8.

a Corte Superior peruana condenou Alberto Fujimori, que havia ocupado a presidência da república.¹⁰⁴⁷ A *Suprema Corte de la Nación* Argentina incorporou a jurisprudência interamericana também para deixar de aplicar a lei de anistia, mesmo que não tivesse sido destinatária de uma sentença nesse sentido.

O exemplo do Peru serve ainda para enfatizar que o diálogo judicial cooperativo é uma ferramenta essencial para que as transformações estruturais prometidas pelas constituições latino-americanas se tornem realidade. Esse diálogo se torna especialmente relevante a partir do momento em que se observa que a Corte IDH não opera como uma corte supranacional com poder de cassação. Fachin sublinha que “não se trata de uma instância recursal ou de reforma dos judiciários internos, mas da premissa de que o direito interno e o direito internacional confluem na proteção do ser humano”.¹⁰⁴⁸

Como salienta Parra Vera, para além da perspectiva instrumental das decisões interamericanas, promovendo mudanças nas sociedades latino-americanas a partir de valores presentes nas constituições de cada Estado, e partilhados enquanto valores comuns a partir do vértice da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, existe uma perspectiva construtivista.¹⁰⁴⁹ Essa perspectiva se fortalece por meio dos diálogos judiciais cooperativos travados pela Corte IDH com as cortes nacionais, que se sentem empoderadas a promover mudanças estruturais com respaldo na jurisprudência interamericana.

Não menos importante, a perspectiva construtivista permite observar que a atuação transformadora da Corte IDH reconfigura as disputas entre os grupos sociais, de modo que associações de vítimas, organizações não governamentais e mesmo instituições como a Defensoria Pública e o Ministério Público são chamados a participar da implementação dos compromissos convencionais. Verifica-se um “efeito desbloqueador” dos entraves burocráticos que costumam barrar avanços democráticos desencadeando processos deliberativos.¹⁰⁵⁰ A partir dessa concepção, as relações de poder não são exclusivamente verticais de cima para baixo dentro do espaço público nacional, pois existem também forças políticas que pressionam de baixo para cima, o que autorizaria “*reivindicar, por ejemplo, el*

¹⁰⁴⁷ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Os tribunais internacionais contemporâneos**. Brasília: FUNAG, 2013. 85-86.

¹⁰⁴⁸ FACHIN, Melina Girardi. À Guisa de Introdução: os sentidos do constitucionalismo multinível”. In: FACHIN, Melina Girardi (org.). **Direito Constitucional Multinível: Diálogos a partir do Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Curitiba: Prisma, 2017, p. 15-28, p. 26.

¹⁰⁴⁹ PARRA VERA, Óscar. El impacto de las decisiones interamericanas. Notas sobre la producción académica y una propuesta de investigación en torno al “empoderamiento institucional”. In: BOGDANDY, Armin von; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. **Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos**. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos, 2014, p. 383-420, p. 388-389.

¹⁰⁵⁰ *Ibid.*, p. 388-389.

papel de los funcionarios o las agencias estatales que, a pesar de encontrarse dentro del sistema, asumen una actitud que pretende ser crítica y transformadora”.¹⁰⁵¹

Assim, mesmo dentro da estrutura estatal podem surgir atores capazes de desencadear mudanças significativas. Cortes nacionais podem desafiar interpretações conservadoras e restritivas de direitos humanos¹⁰⁵², bem como conchamar autoridades do Executivo a desenhar políticas públicas necessárias à satisfação desses direitos, além de orientar a produção legislativa de modo a evitar retrocessos sociais. Na Colômbia, um dos exemplos pode ser encontrado na decisão proferida em ação de *Tutela* (T-129/11), sobre a proteção das terras indígenas do povo *Emberá-Katío* em face de apropriações indevidas por empresas privadas responsáveis pela construção de uma estrada, para a qual o diálogo com a sentença interamericana proferida no caso *Saramaka vs. Suriname* foi essencial.¹⁰⁵³ No Brasil, o diálogo cooperativo também controlou interpretações restritivas de direitos humanos, como se verificou no já mencionado exemplo do julgamento do Recurso Extraordinário n. 511.961 pelo Supremo Tribunal Federal, em que a Opinião Consultiva n. 5/85 da Corte IDH foi determinante para declarar a inconstitucionalidade (e inconvencionalidade) da Lei de Imprensa, que exigia o diploma de curso superior de jornalismo para o exercício da função, em restrição desproporcional que violava a liberdade de expressão.¹⁰⁵⁴

Mediante um diálogo judicial cooperativo, verifica-se uma interação entre as jurisdições locais e a regional a fim de avançar uma agenda comum aos dois níveis: aquela destinada à realização dos direitos humanos.

Importante neste ponto ressaltar que o diálogo judicial cooperativo não pressupõe uma concordância automática entre as cortes a fim de fazer avançar a agenda transformadora.

¹⁰⁵¹ *Ibid.*, p. 390.

¹⁰⁵² Em tempos recentes, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já deu mostras de contenção de práticas perigosas para os direitos humanos: invalidou um decreto presidencial que extinguiu conselhos administrativos responsáveis pela proteção de direitos, assim como suspendeu medida provisória que visava deslocar a demarcação de terras indígenas de órgão especializado para o Congresso, inclusive depois de o próprio Congresso ter rejeitado a medida. BARBIÉRI, Luiz Felipe; OLIVEIRA, Mariana. STF impede Bolsonaro de extinguir via decreto conselhos federais criados por lei. **G1**, Brasília, 12 jun. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/06/13/stf-conclui-julgamento-e-impede-bolsonaro-de-fechar-conselhos-federais-criados-por-lei.ghtml>. Acesso em: 21 jun. 2019; TUROLLO JR., Reynaldo, URIBE, Gustavo. Barroso, do STF, suspende medida de Bolsonaro sobre demarcação de terra indígena. **Folha de S. Paulo**, 24 jun. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/06/barroso-do-stf-suspende-medida-de-bolsonaro-sobre-demarcacao-de-terra-indigena.shtml>. Acesso em: 8 jan. 2020. Ainda, tem adotado medidas que protegem a deliberação legislativa no Congresso, em posição que favorece os processos democráticos e contém arroubos autoritários do Executivo. TUROLLO JR., Reynaldo, CANSIAN, Natalia. Supremo blinda Congresso de medidas de Bolsonaro que atropelam Legislativo. **Folha de S. Paulo**, 6 jan. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/01/supremo-blinda-congresso-de-medidas-de-bolsonaro-que-atropelam-legislativo.shtml>. Acesso em: 8 jan. 2020.

¹⁰⁵³ HERRERA, Juan C. P. Judicial Dialogue and Transformative Constitutionalism in Latin America: The Case of Indigenous Peoples and Afro-descendants. **Revista Derecho del Estado**, Bogota, n. 43, p. 191-233, mayo-agosto de 2019, p. 210.

¹⁰⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 511961-SP**. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgado em 17 jun. 2009. Brasília, Diário da Justiça 13 nov. 2009.

Cortes nacionais não funcionam apenas como “caixa de ressonância” das sentenças interamericanas, pois o labor de interpretação e aplicação de direitos humanos lida necessariamente com o pluralismo a ser harmonizado, não dissolvido. Como será abordado adiante, quando for enfrentado o tema da *res interpretata* e *res judicata* no sistema interamericano, divergências podem surgir em um relacionamento entre as cortes, mais se aproximando do engajamento proposto por Vicki Jackson do que da convergência automática.¹⁰⁵⁵

Vale observar ainda que, além de chamar a atenção das autoridades para os compromissos constitucionais, as sentenças interamericanas também podem, como mencionado inicialmente, fortalecer movimentos da sociedade civil. Diante da inércia dos organismos estatais, mecanismos como a supervisão do cumprimento de sentença podem desencadear um processo de *accountability* social¹⁰⁵⁶, por meio de órgãos de comunicação, pela articulação de diversos setores da sociedade civil, de modo a cobrar dos agentes estatais ações concretas.¹⁰⁵⁷ Tal reação social às decisões da Corte IDH podem fomentar tanto a proteção dos direitos humanos quanto o próprio ambiente democrático.¹⁰⁵⁸ Tendo em vista que muitas interpretações de direitos humanos desenvolvidas pelas sentenças interamericanas vêm para atender às expectativas da sociedade civil, a Corte IDH acaba por servir de canal legitimador das demandas sociais frente aos poderes públicos nacionais.

É nesse sentido que o constitucionalismo transformador no ICCAL não pode ser implementado exclusivamente pela Corte IDH ou pelas cortes nacionais, ainda que se deposite neles uma boa dose de expectativa.¹⁰⁵⁹ Como observado, uma importante crítica

¹⁰⁵⁵ JACKSON, Vicki C. Transnational Challenges to Constitutional Law: Convergence, Resistance, Engagement. **Federal Law Review**, v. 35, issue 2, 2007. Available at: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/FedLawRw/2007/7.html>. Access in: Feb. 10, 2019.

¹⁰⁵⁶ *Accountability* aqui entendida como “necessidade de uma pessoa ou instituição que recebeu uma atribuição ou delegação de poder prestar informações e justificações sobre suas ações e seus resultados, podendo ser sancionada política, pública, institucional e/ou juridicamente por suas atividades”. TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Accountability* e Independência Judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Revista de Sociologia e Política** v. 21, n. 45, mar. 2013, p. 29-46, p. 30.

¹⁰⁵⁷ Alexandra Huneus reporta a participação do povo Moiwana no caso contra o Suriname, a respeito da demarcação das terras indígenas. HUNEEUS, Alexandra. Reforming the State from Afar: Structural Reform Litigation at the Human Rights Courts. **Yale Journal of International Law**, v. 40, article 2, p. 2-40, 2015. Available at: <https://pdfs.semanticscholar.org/4d5f/bed8fa90823b85873b7941a451aaef66ac49.pdf>. Access in: Nov. 4, 2019, p. 29.

¹⁰⁵⁸ BOGDANDY, Armin von. O mandato transformador do Sistema Interamericano: Legalidade e Legitimidade de um processo jurígenético extraordinário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 232-252, 2019, p. 236. No mesmo sentido, BERNARDES, Márcia 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. 134-156, 2011. Disponível em: <https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2017/11/sur15-port-marcia-nina-bernardes.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2019.

¹⁰⁵⁹ Vale lembrar que a Corte IDH tem baixíssimo orçamento se comparada a outras cortes internacionais. Seu orçamento anual é de US\$ 5,5 milhões, seus juízes recebem um salário anual de US\$ 6 mil e se reúnem apenas aproximadamente quatorze vezes ao ano. HUNEEUS, Alexandra; MADSEN, Mikael Rask. Between universalism and regional law and politics: A comparative history of the American, European, and African human rights systems. **I-CON**, v. 16, n. 1, 136-160, 2018, p. 153.

contra esse movimento salienta que o protagonismo judicial dele decorrente tende a deslocar os temas próprios dos debates políticos para a arena judicial, enfraquecendo a deliberação transparente e democrática. Para além das críticas relacionadas ao ativismo, há quem defenda que o constitucionalismo transformador seria manifestamente insuficiente aos fins a que se propõe, na medida em que os baixos índices sociais se mantêm mesmo nos Estados – africanos e latino-americanos – que o abraçaram.¹⁰⁶⁰

É fato que as mudanças estruturais não se realizaram de todo, em definitivo, em todos os Estados latino-americanos. A marca do constitucionalismo transformador, como ressaltam Kibet e Fombad, é uma visão pragmática voltada para a efetivação do constitucionalismo, do Estado de Direito e da democracia enquanto ideais atingíveis, especialmente por meio da realização dos direitos humanos. A partir do testemunho sul-africano, os autores ressaltam: “*there is little doubt that the present South Africa is better off than in the apartheid era as far as the protection of human rights, the rule of law and constitutionalism are concerned*”.¹⁰⁶¹

O mesmo testemunho pode ser dado para a realidade latino-americana, ainda que o privilégio das classes mais ricas e poderosas se mantenha de forma persistente.¹⁰⁶² Mesmo no Brasil, tradicionalmente reconhecido como mais resistente ao projeto comum do sistema interamericano, é possível identificar mudanças desencadeadas pelo ICCAL enquanto projeto político e social voltado para a inclusão: a criação de legislação protetora da mulher em face da violência doméstica no Brasil como decorrência de recomendação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Lei Maria da Penha), e a criação das Comissões da Verdade a fim de esclarecer os atos praticados pelos agentes estatais durante a ditadura militar no Brasil (determinada pela sentença proferida no caso Gomes Lund).

O progresso almejado pelo ICCAL não é revolucionário, mas incremental. Desse modo, a realização dos direitos humanos é favorecida pela implementação de decisões judiciais concomitantemente à evolução dos processos democráticos e ao respeito ao Estado de Direito.¹⁰⁶³ Nessa seara, direitos humanos e democracia se implicam mutuamente, e a jurisprudência interamericana reforça o marco da legalidade e da legitimidade, de modo que a interdependência entre democracia e direitos humanos define os rumos do *Ius Commune*

¹⁰⁶⁰ KIBET, Eric; FOMBAD, Charles. Transformative constitutionalism and the adjudication of constitutional rights in Africa. *African Human Rights Law Journal*, v. 17, p. 340-366, 2017. Available at: <http://dx.doi.org/10.17159/1996-2096/2017/v17n2a1>. Access in: Oct. 20, 2019, p. 353-354.

¹⁰⁶¹ *Ibid.*, p. 354.

¹⁰⁶² SALAZAR UGARTE, Pedro. The Struggle for Rights. In: BOGDANDY, Armin von; et. al. (ed.) **Transformative Constitutionalism in Latin America**. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 67-82, p. 70.

¹⁰⁶³ BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: observations on Transformative Constitutionalism*. In: BOGDANDY, Armin von; et. al. (ed.) **Transformative Constitutionalism in Latin America**. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 27-48, p. 35-36.

regional.¹⁰⁶⁴ Devem estar presentes tanto as condições materiais elementares para a realização da dignidade humana, quanto o respeito à diversidade e ao pluralismo. Fato é que a interação entre sociedade civil e os órgãos do sistema interamericano acaba por fomentar sua legitimidade democrática e desencadear mecanismos de cobrança da atuação dos agentes internos, como salienta Marcia Nina Bernardes:

Não há dúvidas entre os que militam no SIDH de que ele constitui já hoje uma ferramenta importante para promoção de direitos humanos. Tanto é assim que diversas organizações da sociedade civil vêm incorporando o litígio no SIDH às suas estratégias e outras são criadas com a expertise de levar casos às instâncias supranacionais. O input desses atores, por sua vez, afeta o modo como esses órgãos internacionais funcionam e forçam Estados a negociarem com quem antes não queriam ouvir. Ao longo do contencioso internacional e das muitas trocas entre atores estatais e da sociedade civil de diferentes nacionalidades, determinadas práticas são criticadas, novos repertórios de ação são adquiridos e a assimetria de poder entre Estado e indivíduo pode ser mitigada. Tais efeitos podem resultar de genuínos processos de aprendizado e consolidação democrática, que podemos chamar de processos de desenvolvimento de consciência (*awareness raising*) ou de estratégias de pressão política, criando-se constrangimentos para Estados que se dizem democráticos (*embarrassment power*).¹⁰⁶⁵

Na medida em que a sociedade civil percebe que seus direitos são protegidos pelos órgãos do sistema interamericano, ela pode se tornar o elo capaz de amarrar as pontas deixadas, de um lado, pelo descaso de cortes nacionais ou autoridades administrativas, ainda presas a concepções conservadoras de soberania, e de outro, por uma tendência agigantadora por vezes manifestada pela Corte IDH, que pode descuidar de aspectos particulares presentes em dadas sociedades e que demandam o reconhecimento de autonomias legítimas, por meio de uma certa dose de deferência. O ICCAL não deve ser concebido como um projeto exclusivamente acadêmico e jurisdicional, mas deve estar aberto às discussões trazidas pela sociedade civil, pois é dela e para ela que se constitui o direito comum.¹⁰⁶⁶

¹⁰⁶⁴ GARCÍA RAMIREZ, Sérgio. La “navegación americana” de los derechos humanos: hacia un *Ius Commune*. In: BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.). **Ius Constitutionale Commune en América Latina**: textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017, p. 55-108, p. 57.

¹⁰⁶⁵ BERNARDES, Márcia 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. 134-156, 2011. Disponível em: <https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2017/11/sur15-port-marcia-nina-bernardes.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2019, p. 140.

¹⁰⁶⁶ Também em defesa de um diálogo inclusivo para a definição de direitos humanos se manifesta Niembro Ortega, para quem a “sociedad abierta de intérpretes constitucionales” deve estar presente para participar da interpretação das normas constitucionais – ainda que na seara do diálogo com órgãos internacionais. Entendo que em virtude das aberturas institucionais promovidas pelo Regulamento da Corte IDH, este diálogo tem se democratizado, já que as vítimas participam ativamente do processo, e a sociedade civil pode deduzir razões a partir da participação de *amicus curiae*. NIEMBRO ORTEGA, Roberto. Sobre la legitimidad democrática del diálogo entre jueces nacionales y internacionales tratándose de derechos fundamentales. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. **Estudios avanzados de Derechos Humanos**. Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo Direito Público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 112-140.

4.2 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO DIMENSÃO POSITIVA DA SUBSIDIARIEDADE EM SENTIDO COOPERATIVO

Na medida em que o ICCAL está pautado por um projeto transformador das deficiências estruturais encontradas nos Estados latino-americanos, a fim de tornar efetivos os compromissos constitucionais com Estado de Direito, democracia e direitos humanos, ele reserva uma fiscalização contundente por parte dos organismos supranacionais. A subsidiariedade em sentido cooperativo orienta a divisão de trabalho entre os níveis do sistema interamericano de modo a abrir espaço para a autonomia dos Estados. De um lado, ela viabiliza a diversidade e o pluralismo e, de outro, o controle do cumprimento dos compromissos convencionais de proteção dos direitos humanos.

Todavia, é certo que as transformações pretendidas pelas cartas políticas promulgadas nos Estados latino-americanos muitas vezes não se efetivam, sendo que processos contínuos e reiterados de violência, bem como o deficit nas garantias essenciais à democracia ainda se verificam em pleno século XXI. É nessa perspectiva, que a subsidiariedade em sentido cooperativo manifesta sua dimensão positiva que atua paralelamente à negativa. Na disputa de sentidos das normas de direitos humanos, inerente aos diálogos judiciais, a ideia de cooperação vem para promover uma atuação regional capaz de reforçar e complementar a atuação primária dos Estados.

Tanto a Comissão quanto a Corte Interamericanas desempenham um papel essencialmente ativo nesse processo cooperativo. A primeira é o canal de acesso das vítimas ao sistema interamericano, buscando promover um diálogo entre elas e as autoridades estatais em busca de soluções efetivas na proteção de direitos humanos bem como na reparação das violações. A segunda entra em cena quando os meios implementados pela Comissão não produziram resultados, em virtude da resistência dos Estados. Mediante um processo judicial que busca reparar os danos causados pelas violações aos direitos humanos e, mais além, propor medidas de não repetição, a Corte IDH desempenha um papel singular no ICCAL, seja para harmonizar o pluralismo jurídico, seja para servir de veículo canalizador das propostas do constitucionalismo transformador.

A próxima seção pretende explorar a autoridade pública da Corte IDH a fim de promover a fiscalização e o controle inerentes à dimensão positiva da subsidiariedade em sentido cooperativo, analisar sua atuação no exercício do controle de convencionalidade para, ao final, defender a força vinculante das sentenças interamericanas.

4.2.1 A autoridade pública da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Uma primeira forma de se buscar o fundamento da autoridade pública da Corte Interamericana parece ser recorrer à própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que a instituiu. Trata-se de órgão autônomo composto por sete juízes oriundos de diferentes Estados-membros da OEA, dotados da mais alta autoridade moral, notório conhecimento em direitos humanos e atender aos requisitos dos mais elevados cargos jurisdicionais dos Estados.¹⁰⁶⁷ São eleitos pelos Estados-parte da Convenção em Assembleia Geral a partir de listas apontadas pelos Estados, em votação secreta pelo voto da maioria absoluta dos membros para um mandato de seis anos, sendo possível apenas uma reeleição.¹⁰⁶⁸

O fundamento jurídico positivo para o exercício da competência contenciosa, em que ela pode decidir sobre a existência de violação a direitos humanos previstos na Convenção e determinar a responsabilização dos Estados, se encontra no artigo 62 da Convenção, e exige expressa adesão dos Estados para que eles se submetam a sua jurisdição. Significa reconhecer que os Estados-parte da Convenção têm a faculdade de se submeter à jurisdição da Corte IDH, mas em o fazendo, essa jurisdição se torna obrigatória tanto no que diz respeito à interpretação da Convenção quanto no que se refere à sua aplicação.¹⁰⁶⁹

Contudo, para além da previsão jurídico-positiva, em que repousa a legitimidade de uma corte supranacional cuja atuação responsabiliza Estados por violações de direitos humanos, dirigindo a eles obrigações de fazer e de não fazer? Partindo da premissa de um direito público essencialmente democrático e liberal, o suporte legal da atuação da Corte é um dos elementos essenciais da solução, seguido de perto da exigência de que essa atuação esteja limitada substantiva e procedimentalmente também por normas jurídicas.¹⁰⁷⁰ Mas não é o único. Se a atuação da Corte IDH enquanto órgão supranacional implica limitação à soberania dos Estados, ela precisa de uma justificação legítima.

Ingo Venzke e Armin von Bogdandy se debruçaram sobre essa temática e elaboraram uma teoria de fundamentação da legitimidade das cortes internacionais partindo da seguinte preocupação: em nome de quem julgariam as cortes? Sua tese é a de que essas cortes julgam

¹⁰⁶⁷ Artigo 52 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 324.

¹⁰⁶⁸ Artigos 53 e 54 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. *Ibid.*, p. 324-325.

¹⁰⁶⁹ Artigo 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 324-325.

¹⁰⁷⁰ BOGDANDY, Armin von; DANN, Phillip; GOLDMANN, Mathias. Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities. **German Law Journal** v. 9, n. 11, p. 1375-1400, 2008, p. 1380.

em nome dos povos e dos indivíduos cuja liberdade determinam, ainda que indiretamente.¹⁰⁷¹ Contribui para essa ideia a concepção defendida por Peters de que a soberania estatal deve ser justificada a partir da capacidade de seus agentes promoverem e protegerem os direitos humanos: “*the insight that human well-being is the source and end, the A and Ω, of sovereignty*”.¹⁰⁷² Nessa toada, em nome dos titulares desses direitos é possível sustentar a existência de órgãos jurisdicionais internacionais que visem precisamente garantir sua observância. Significa reconhecer que a justificação de tribunais internacionais se encontra na proteção da pessoa humana.

A fim de demonstrar essa justificação, Venzke e Bogdandy se basearam em três premissas: multifuncionalidade das cortes internacionais, sua autoridade pública internacional e democracia.

No tocante à multifuncionalidade, as cortes exercem funções que ultrapassam a mera solução de litígios.¹⁰⁷³ A Corte IDH, para além de resolver violações de direitos humanos nos casos concretos denunciados pela Comissão Interamericana, exerce uma função harmonizadora do pluralismo jurídico presente na América Latina, contribuindo para a formação de um *Ius Constitutionale Commune* a ser construído a partir da diversidade. Nessa linha, suas decisões se pretendem parâmetros para a discussão dos sentidos de direitos humanos.¹⁰⁷⁴ Ao decidir sobre a interpretação e aplicação de dada norma convencional, a Corte IDH cria direito e fortalece expectativas normativas. Suas sentenças criam normas jurídicas para o caso concreto, gerando obrigações para os Estados e, mais além, formulam sentidos em direitos humanos, apaziguando expectativas de todos aqueles que se submetem à sua jurisdição.¹⁰⁷⁵ Ainda, e como abordado acima, a Corte IDH visa uma função transformadora: suas decisões pretendem desencadear mudanças estruturais nos Estados, a fim de que os compromissos constitucionais e convencionais sejam plenamente cumpridos.¹⁰⁷⁶ É nessa seara que a Corte IDH tem o condão de realizar uma função de

¹⁰⁷¹ BOGDANDY, Armin von; VENZKE, Ingo. **¿En nombre de quién?: una teoría de derecho público sobre la actividad judicial internacional**. Trad. Paola Andrea Acosta Alvarado; rev. Pedro Villarreal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 22. Em desafio a esta tese, ver: TORRES PÉREZ, Aida. In *Nobody's Name: A Checks and Balances Approach to International Judicial Independence*. **MPIL Research Paper Series** n. 2017-03. Available at: <https://ssrn.com/abstract=2924435>. Access in: Nov. 15, 2019.

¹⁰⁷² PETERS, Anne. Humanity as the A and Ω of Sovereignty. **The European Journal of International Law**, v. 20 n. 3, 2009, p. 513-544, doi: 10.1093/ejil/chp026, p. 520, 522.

¹⁰⁷³ BOGDANDY, Armin von; VENZKE, Ingo. **¿En nombre de quién?: una teoría de derecho público sobre la actividad judicial internacional**. Trad. Paola Andrea Acosta Alvarado; rev. Pedro Villarreal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 23.

¹⁰⁷⁴ OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. O papel da Corte Interamericana de Direitos humanos na construção dialogada do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 302-363, 2019, p. 315-318.

¹⁰⁷⁵ BOGDANDY; VENZKE, *op. cit.*, p. 29-34.

¹⁰⁷⁶ OLSEN; KOZICKI, *op. cit.*, p. 318-322.

controle e legitimação dos atos estatais, tendo por parâmetro a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.¹⁰⁷⁷

O exercício dessas múltiplas funções exige da Corte IDH uma atuação imbuída de autoridade pública internacional. Por autoridade, Bogdandy, Dann e Goldmann entendem “*as the legal capacity to determine others and to reduce their freedom, i.e. to unilaterally shape their legal or factual situation*”.¹⁰⁷⁸ A autoridade pública internacional, por sua vez, é mais específica e se conecta intimamente ao exercício da autoridade com fundamento em diplomas legais internacionais, livremente ratificados pelos Estados:

*We consider as international public authority any authority exercised on the basis of a competence instituted by a common international act of public authorities, mostly states, to further a goal which they define, and are authorized to define, as a public interest. The “publicness” of an exercise of authority, as well as its international character, therefore depends on its legal basis. The institutions under consideration in this project hence exercise authority attributed to them by political collectives on the basis of binding or non-binding international acts.*¹⁰⁷⁹

Para além da necessária existência de convenções e tratados internacionais que constroem o exercício dessa autoridade pública, sua autoridade está fundada em um aspecto central. Trata-se da necessária submissão das decisões proferidas pelas cortes internacionais a rigoroso escrutínio no tocante à sua fundamentação e sua legitimidade, em virtude de o direito público internacional corresponder a um sistema de normas que garante a liberdade e a autonomia individual, bem como a autodeterminação coletiva.¹⁰⁸⁰ Os tribunais internacionais, inseridos nesse sistema de normas, têm assim o papel de salvaguardar a liberdade pessoal e a autodeterminação coletiva, razão pela qual suas decisões devem ser legítimas tanto para o indivíduo quanto para a coletividade, enquanto sujeitos de direito.¹⁰⁸¹

Uma decisão judicial proferida pela Corte IDH, nessa ordem, serve tanto para resolver uma violação de direitos humanos, fixando parâmetros de reparação, como representar a criação de padrões jurisprudenciais, que poderão ser discutidos pela via dos diálogos judiciais, podendo influenciar condutas legislativas ou administrativas nos Estados. Reconhece-se, portanto, que sentenças internacionais criam direito a partir das normas convencionais,

¹⁰⁷⁷ BOGDANDY; VENZKE, *op. cit.*, p. 35-36.

¹⁰⁷⁸ BOGDANDY, Armin von; DANN, Phillip; GOLDMANN, Mathias. Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities. **German Law Journal** v. 9, n. 11, p. 1375-1400, 2008, p. 1381-1382.

¹⁰⁷⁹ *Ibid.*, p. 1383.

¹⁰⁸⁰ BOGDANDY, Armin von; VENZKE, Ingo. ¿En nombre de quién?: una teoría de derecho público sobre la actividad judicial internacional. Trad. Paola Andrea Acosta Alvarado; rev. Pedro Villarreal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 39-40.

¹⁰⁸¹ BOGDANDY, Armin von; VENZKE, Ingo. Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Law Makers. **German Law Journal** v. 12, n. 5, p. 979-1003, 2011, p. 992.

comumente abertas e carecedoras de maior densidade normativa¹⁰⁸², razão pela qual o fornecimento de razões para tanto é essencial. Afinal, cortes internacionais ou supranacionais como a Corte IDH não dispõem de um aparato coercitivo para ordenar o cumprimento de suas decisões.¹⁰⁸³ O mecanismo de supervisão de cumprimento de sentença (artigo 69 do Regulamento da Corte IDH) prevê a possibilidade de exigência de relatórios dos Estados, bem como convocação para audiências, mas não geram efeitos imediatos, e dependem intrinsecamente da atuação dos agentes estatais responsáveis pela administração do orçamento, pela organização do Estado e pela criação ou revogação de leis. Ainda assim, é inegável que suas decisões impactam os Estados a que se dirigem, gerando custos para sua reputação internacional¹⁰⁸⁴, possibilitando a execução dos julgados supranacionais no plano interno, como decorre do disposto no artigo 69 da Convenção Americana.¹⁰⁸⁵

Sentenças como as proferidas pela Corte IDH, notadamente em virtude de seu forte caráter estrutural, demandam uma legitimidade diferenciada – já que não se encontram submetidas a uma estrutura de separação de poderes e freios e contrapesos presentes na organização dos Estados democráticos. Uma das formas de identificar essa legitimidade é reconhecer que a sua atuação está respaldada em um tratado plurilateral ao qual os Estados aderem como manifestação de sua soberania.¹⁰⁸⁶ Mais além, os Estados-parte da Convenção Americana que se submetem às decisões da Corte IDH reconheceram expressamente sua jurisdição como obrigatória e de pleno direito, com se extrai do disposto no artigo 62,1 da

¹⁰⁸² Importa enfatizar que a criação judicial do direito difere da criação legislativa por uma série de fatores: a) legisladores criam direito espontaneamente, já juízes dependem da provocação por meio de processos judiciais; b) a justificação de normas criadas legislativamente pode ser toda aquela que o Direito não proíba, já a justificação judicial deve necessariamente estar ancorada em critérios jurídicos (ainda que critérios políticos influem o processo decisório); c) uma decisão judicial deve ser coerente com o sistema normativo em que se encontra inserida, não podendo deixar de considerar decisões anteriores tomadas sobre a mesma matéria, a criação legislativa pode ser radicalmente inovadora; d) decisões judiciais internacionais devem ser fundamentadas em respeito ao disposto nos artigos 31 a 33 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, exigência que não se aplica à criação legislativa do Direito. BOGDANDY; VENZKE, 2016, *op. cit.*, p. 161-164.

¹⁰⁸³ Para Alexandra Huneus, ao contrário do que se defende, também cortes nacionais carecem de poder coercitivo pois as determinações dirigidas aos agentes estatais para a criação de políticas públicas, ou criação de leis, ficará inteiramente ao encargo de agentes que integram o Executivo ou o Legislativo. As próprias cortes não logram fazer valer suas determinações. HUNEEUS, Alexandra. Reforming the State from Afar: Structural Reform Litigation at the Human Rights Courts. *Yale Journal of International Law*, v. 40, article 2, p. 2-40, 2015. Available at: <https://pdfs.semanticscholar.org/4d5f/bed8fa90823b85873b7941a451aaef66ac49.pdf>. Access in: Nov. 4, 2019, p. 18.

¹⁰⁸⁴ BOGDANDY, Armin von; VENZKE, Ingo. *¿En nombre de quién?: una teoría de derecho público sobre la actividad judicial internacional*. Trad. Paola Andrea Acosta Alvarado; rev. Pedro Villarreal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 169.

¹⁰⁸⁵ A CADH prevê textualmente a possibilidade de execução da sentença interamericana no plano nacional a fim de determinar o pagamento do montante pecuniário a que o Estado foi condenado a título de indenização por violação a direitos humanos. A dificuldade costuma residir no cumprimento das obrigações de fazer. No Brasil, não há lei que regule especificamente esta matéria, embora Mazzuoli defenda que estas obrigações deveriam ser consideradas como estando implícitas no artigo 69.2 da CADH. PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 360.

¹⁰⁸⁶ HUNEEUS, Alexandra. Reforming the State from Afar: Structural Reform Litigation at the Human Rights Courts. *Yale Journal of International Law*, v. 40, article 2, p. 2-40, 2015. Available at: <https://pdfs.semanticscholar.org/4d5f/bed8fa90823b85873b7941a451aaef66ac49.pdf>. Access in: Nov. 4, 2019, p. 24.

CADH. Todavia, na medida em que a Corte tem assumido um mandato transformador que originalmente não estaria claro e expresso na Convenção, é necessário buscar sua legitimidade em outras fontes.

Afinal, especialmente em virtude dos parâmetros lançados pelo constitucionalismo transformador presente no ICCAL, é preciso considerar que a atividade jurisdicional desempenhada pela Corte IDH elege sentidos mais protetivos às normas de direitos humanos e determina aos Estados que adotem condutas voltadas para a sua realização, em certa medida interferindo em escolhas políticas dos Estados. Diante de uma sentença interamericana que determine o treinamento dos agentes de segurança pública para o respeito aos direitos humanos, podem os Estados desenhar a extensão do programa, sua operacionalidade e seu custo. Mas é inegável que a realização do treinamento escapa à sua discricionariedade. Em se tratando de uma corte ideologicamente comprometida com a maior eficácia dos direitos humanos, do Estado de Direito e da democracia, suas decisões carecem de um tipo especial de legitimação (o que pode ser encontrado em uma atuação mais dialogada com os Estados).¹⁰⁸⁷

Uma das formas de tentar solucionar a questão é tratar as cortes internacionais de direitos humanos como cortes constitucionais. Ainda que não se pretenda esgotar o tema, é válido posicionar que a existência de um mandato constitucional por parte da Corte IDH não a torna equivalente a uma corte constitucional *stricto sensu*.

Na medida em que a Corte IDH é intérprete autorizada da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, com poder de orientar as ações estatais e inclusive afirmar se a legislação ou constituições nacionais estariam em conformidade com as normas convencionais, poder-se-ia cogitar um papel constitucional exercido pela Corte.¹⁰⁸⁸ Essa foi a posição defendida por Burgorgue-Larsen, a partir da analogia entre o controle de constitucionalidade realizado no âmbito interno dos Estados e o controle de convencionalidade, pelo qual realizaria interpretação e verificação de compatibilidade do direito interno à luz do *corpus iuris* interamericano. No caso das opiniões consultivas, elas

¹⁰⁸⁷ Torres Pérez procura oferecer uma solução que se distancia do aval a essa ação política das cortes internacionais, para conclamar uma espécie de independência judicial e sua submissão a mecanismos de freios e contrapesos. Essa independência se verifica tanto na imparcialidade exigida dos juizes em um dado processo, como também na sua estrutura e funcionamento institucional livre dos constrangimentos provenientes de outras esferas dotadas de autoridade política. Neste último caso, a doutrina dos freios e contrapesos deveria oferecer mecanismos para evitar que as Cortes ultrapasassem suas competências. Torres Pérez sugere a atuação dos próprios Estados como sujeitos à atuação da Corte enquanto forma de controle dos abusos realizados. TORRES PÉREZ, Aida. In *Nobody's Name: A Checks and Balances Approach to International Judicial Independence*. **MPIL Research Paper Series** n. 2017-03. Available at: <https://ssrn.com/abstract=2924435>. Access in: Nov. 15, 2019, p. 3, 14-16. Sem retornar a um *state centered approach* do Direito Internacional dos Direitos Humanos, essa perspectiva pode ser encontrada em uma teoria de deferência.

¹⁰⁸⁸ BOGDANDY, Armin von; VENZKE, Ingo. **¿En nombre de quién?: una teoría de derecho público sobre la actividad judicial internacional**. Trad. Paola Andrea Acosta Alvarado; rev. Pedro Villarreal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 189-191.

corresponderiam a um controle de convencionalidade abstrato prévio ou posterior das normas criadas pelos Estados, equiparável ao controle de constitucionalidade.¹⁰⁸⁹

A proximidade da Convenção Americana sobre Direitos Humanos a uma constituição pode ser dedutível da previsão normativa de direitos humanos como limites e orientações para a atuação dos Estados e todos os agentes internos. Seu caráter eminentemente humanista que coloca os Estados a serviço da pessoa humana pode levar a essa conclusão. Mas existem outros fatores essenciais que não se encontram imediatamente presentes, como a participação direta e democrática dos jurisdicionados – dos cidadãos, ou a previsão clara de mecanismos de freios e contrapesos. Uma atuação que pode assumir natureza constitucional pelo objeto da jurisdição não é suficiente para conferir à Corte IDH o *status* jurídico de uma corte constitucional em toda a sua amplitude.

Vale observar que na ausência de uniformidade de propostas constitucionais no ICCAL, parece difícil atribuir à Corte IDH o *status* de corte constitucional supranacional, ainda que a Convenção Americana tenha inegável diálogo com essas constituições a partir de um viés material declarado de proteção de direitos humanos. Existem discursos constitucionais convergentes no ICCAL, os quais gravitam em torno de preocupações comuns com democracia, Estado de Direito e direitos humanos. Mas daí a usar esse transconstitucionalismo para atribuir um *status* de corte constitucional à Corte IDH parece um projeto centralizador não condizente com a preservação do pluralismo.

Nesse sentido já se manifestou o magistrado da Corte Humberto Sierra Porto: “*cabe recordarle a la mayoría que la Corte Interamericana es un tribunal internacional, no un tribunal constitucional, y que la Convención Americana es un tratado internacional, y no una constitución nacional*”.¹⁰⁹⁰ Em virtude do seu caráter subsidiário, ela não tem competência para invalidar, por si mesma, normas produzidas pelos legislativos nacionais – dependerá para tanto da cooperação dos órgãos internos.¹⁰⁹¹

¹⁰⁸⁹ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Tribunal Constitucional. In: FIX FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; BOGDANDY, Armin von. **Ius Constitutionale Commune en América Latina**. Rasgos, potencialidades y desafíos. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014, p. 412-457. No tocante à função consultiva da Corte, este caráter constitucional é problemático, pois inexistente poder de invalidação do direito interno pela Corte IDH, como ressaltado por Roa e também reconhecido por Burgorgue-Larsen (*Ibid.*, p. 426). Ademais, a função consultiva costuma ultrapassar os limites do *corpus iuris* interamericano para tratar de normas internacionais ou tratados que não versam expressamente sobre direitos humanos (como a Convenção de Viena). Não poderia pensar em um controle de constitucionalidade (convencionalidade) em que o parâmetro de contraste não seja a constituição (*corpus iuris* interamericano). ROA ROA, Jorge Ernesto. **La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2015, p. 143-145.

¹⁰⁹⁰ CORTE IDH. **Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349. Voto concurrente Juez Sierra Porto.

¹⁰⁹¹ BOGDANDY, Armin von; VENZKE, Ingo. **¿En nombre de quién?: una teoría de derecho público sobre la actividad judicial internacional**. Trad. Paola Andrea Acosta Alvarado; rev. Pedro Villarreal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, p.193.

Nesse sentido, é válida a contribuição de Bogdandy e Venzke:

Aun cuando ninguna corte internacional posee funciones constitucionales de acuerdo con sus estatutos, estas pueden maniobrar para adquirir progresivamente dicho rol al perseguir una determinada línea de actividad judicial. Como ya lo mencionamos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos [...] han emitido sentencias en este sentido. Pero tales decisiones son solo el primer paso hacia un rol constitucional. Es el derecho interno el que determina el rango interno y los efectos de las normas y decisiones internacionales [...]. En consecuencia, el desarrollo de un rol constitucional por las cortes internacionales depende de su reconocimiento por los órganos nacionales pertinentes.¹⁰⁹²

Para os Estados cujas constituições se abriram ao sistema interamericano, o direito comum que emerge da comunhão das normas constitucionais e convencionais de direitos humanos poderia autorizar o reconhecimento de um mandato constitucional no sentido de atribuir à Corte IDH jurisdição sobre esses direitos, inclusive determinando obrigações a serem cumpridas pelos Estados.¹⁰⁹³ No caso brasileiro, essa premissa poderia ser deduzida a partir do artigo 4º, da Constituição, que determina a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais, e do artigo 5º, parágrafos 2º e 3º, segundo os quais normas de tratados internacionais de direitos humanos (como a Convenção Americana) devem ser interpretados como normas constitucionais. Agregadas ao reconhecimento brasileiro da jurisdição da Corte IDH mediante aprovação do Congresso Nacional (Decreto Legislativo n. 93 de 1998) e promulgação de decreto presidencial (Decreto n. 4463 de 1998), a função constitucional da Corte IDH no tocante à interpretação e aplicação das normas de direitos humanos se justifica.

Todavia, não se pode perder de vista que o exercício dessa função não a transforma, automaticamente, em um tribunal hierarquicamente superior em razão da própria concepção de harmonização do pluralismo defendida na presente tese. A crítica à equiparação da Corte IDH a uma corte constitucional se justifica na medida em que assim ela assumiria o ápice de um sistema jurídico hierarquizado e escalonado, perspectiva que já foi afastada desde o primeiro capítulo quando se afastou a proposta de uniformização.

Ademais, a partir da proposta de um diálogo judicial cooperativo entre a Corte IDH e as cortes superiores e constitucionais dos Estados, em que podem surgir influências *bottom-up*, ou seja, concepções desenvolvidas na seara nacional que podem ser encampadas pela corte supranacional, a ideia de supremacia e hierarquia necessárias à configuração de uma

¹⁰⁹² *Ibid.*, p. 193-194.

¹⁰⁹³ É o que se depreende do artigo 93 da Constituição da Colômbia de 1991: “*Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.*” COLOMBIA. **Constitución Política de Colombia 1991.** Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html. Acceso en: 2 agosto 2019.

corte constitucional supranacional se diluem.¹⁰⁹⁴ Como salientou Victor Bazán, “*la cooperación entre los tribunales internos e los tribunales internacionales no apunta a generar una relación de jerarquización formalizada entre éstos y aquéllos, sino a trazar una vinculación de cooperación en la interpretación ‘pro homine’ de los derechos humanos*”.¹⁰⁹⁵ A Convenção Americana é formada por normas abertas de direitos humanos cujo sentido e significado é construído oportunamente por todos os atores do sistema. Assim, a Corte IDH não tem o condão de encerrar o debate e dar a “última palavra” a respeito da interpretação dessas normas. Ainda que ela solucione um determinado litígio em sentença irrecorrível e definitiva, não se fecham as portas para o diálogo que discute e promove o sentido das normas em questão, em respeito à pluralidade possível de sentidos.¹⁰⁹⁶

É a partir dessa perspectiva dialógica que se pode pensar a legitimação da Corte IDH, a reforçar sua autoridade pública no ICCAL. As sentenças interamericanas muitas vezes se dirigem às mais altas autoridades estatais, sejam do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário. Na subsidiariedade cooperativa presente nesse sistema, nenhum ato estatal goza de imunidade frente ao escrutínio dos órgãos interamericanos, a fim de verificar a ocorrência de violação a direitos humanos. Nessa ordem, a Corte IDH inclusive já determinou que ficasse sem efeito uma decisão judicial transitada em julgado em virtude de violação de direitos humanos incrustados na Convenção, no caso *Fontevicchia e D’Amico vs. Argentina*. Todavia, como salienta Abramovich ao analisar o caso, essa decisão não precisa desencadear imediato cumprimento por parte das autoridades locais, mas poderia se submeter a um processo de revisão, mediante fundamentação jurisdicional, perante a própria corte doméstica a espelho do que se verifica na Colômbia:

En el derecho comparado, por ejemplo, en Colombia, la normativa establece un proceso de revisión de sentencias de los tribunales nacionales cuando un tribunal internacional aceptado por Colombia, como la Corte Interamericana, determinara que esa sentencia se dictó en violación del debido proceso o con incumplimiento grave del deber de investigar. Los tribunales tramitan el recurso de revisión y deciden revocar salvo que encuentren obstáculos insalvables para ello. El deber de cumplir con la sentencia no implica en ningún caso la imposición de un acatamiento

¹⁰⁹⁴ Na melhor das hipóteses, poder-se-ia falar em hierarquias entrecruzadas. DELMAS-MARTY, Mireille. *Ordering Pluralism*. Max Weber Lecture Series 2009/06. **European University Institute**, Florence. ISSN 1830-7736. 2009, Available at: https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/14274/MWP_LS_2009_06.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Access in: Dec. 03, 2018.

¹⁰⁹⁵ BAZÁN, Victor. *Hacia un diálogo crítico entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes supremas o tribunales constitucionales latinoamericanos*. In: Eduardo Ferrer Mac-Gregor; Alfonso Herrera Garcia (Coord). **Diálogo jurisprudencial en derechos humanos: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 569-598, p. 591.

¹⁰⁹⁶ Essa também é a posição adotada por Daniel Sarmento, para quem não deve haver a última palavra pois os diferentes níveis jurisdicionais do sistema estão voltados à proteção dos direitos humanos, o que gera um processo contínuo e recíproco de aprendizado. A ninguém deve ser dado “errar por último”. SARMENTO, Daniel. *O Direito Constitucional e o Direito Internacional: diálogos e tensões*. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (coord.). **Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 133; 136.

*ciego de la decisión interamericana, sino la implementación de buena fe de un proceso serio y efectivo de revisión que permita darle a esa decisión final de un caso contencioso internacional un efecto útil.*¹⁰⁹⁷

Nessa perspectiva, ainda que se reconheça uma função ou um mandato constitucional à Corte IDH, resta afastada sua equiparação a corte constitucional, pois sua autoridade “*nunca es final, ni tampoco es suprema, sino que es complementada por los mecanismos nacionales*”.¹⁰⁹⁸

Permanece, não obstante, a pendência de sua legitimidade democrática. É certo que seu desenho institucional, ainda que se pretenda aberto à participação dos Estados, não corresponde ao de um órgão representativo. Embora seus juízes sejam eleitos pela Assembleia Geral da OEA (artigos 52 e 53, CADH), sabe-se que não há participação ativa dos cidadãos latino-americanos nesse processo, pois a indicação dos nomes dos juízes pelos Estados muitas vezes é feita sem a publicidade adequada nos espaços públicos domésticos, o que acaba deixando a formação do corpo jurisdicional para os agentes diplomáticos.¹⁰⁹⁹

Nesse diapasão, um dos primeiros pontos a se observar na legitimidade democrática das cortes é a sua formação. Sem defender a politização da Corte IDH, advoga-se uma maior transparência e participação democrática (notadamente dos corpos legislativo e judiciário nacionais) nessa indicação, tendo em vista que as decisões supranacionais costumam afetar diretamente a produção legislativa e jurisdicional nos Estados.¹¹⁰⁰

Apesar desse deficit, contudo, é possível buscar a legitimação da Corte IDH na sua forma de atuação, tanto no processo judicial quanto na formação da decisão. Essa análise se desenrola dentro da perspectiva de uma democracia dual defendida por Bogdandy e Venzke, já que a jurisdição interamericana se dirige à proteção dos direitos das vítimas – indivíduos ou grupos – dentro de uma concepção de cidadania cosmopolita, sem perder de vista a

¹⁰⁹⁷ ABRAMOVICH, Víctor. Comentarios sobre “Fontevecchia”, la autoridad de las sentencias de la corte Interamericana y los principios de derecho público argentino. *Pensar en Derecho*, v. 10, 2017, p. 9-25. Disponible em: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/10/comentarios-sobre-fontevecchia-la-autoridad-de-las-sentencias-de-la-corte-interamericana-y-los-principios-de-derecho-publico-argentino.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2019, p. 9.

¹⁰⁹⁸ *Ibid.*, p. 14. A atuação das cortes nacionais em diálogo com as cortes internacionais inclusive pode ser apontada como uma forma de garantir a independência institucional desses órgãos jurisdicionais, que cooperam entre si porém mantém preservadas suas competências em uma subsidiariedade cooperativa.

¹⁰⁹⁹ Para Torres Pérez, o fato de os Estados serem responsáveis pelo apontamento dos juízes que integram as cortes internacionais é uma forma de controlar e legitimar a atuação desses órgãos jurisdicionais, em uma perspectiva de freios e contrapesos. Outros mecanismos seriam a atuação dialógica de outros órgãos internacionais, como se verifica na relação entre a Corte IDH e a Comissão Interamericana, e o controle orçamentário. TORRES PÉREZ, Aida. In Nobody's Name: A Checks and Balances Approach to International Judicial Independence. *MPIL Research Paper Series* n. 2017-03. Available at: <https://ssrn.com/abstract=2924435>. Access in: Nov. 15, 2019, p. 17-18.

¹¹⁰⁰ BOGDANDY, Armin von; VENZKE, Ingo. *¿En nombre de quién?: una teoría de derecho público sobre la actividad judicial internacional*. Trad. Paola Andrea Acosta Alvarado; rev. Pedro Villarreal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 230.

importância dos Estados, na medida em que seus atos se revistam, por si mesmos, de qualidade democrática, ou seja, façam justiça à diversidade social, política e cultural.¹¹⁰¹

No tocante aos processos judiciais, a transparência é um quesito fundamental. Não só o procedimento judicial deve ser transparente para os Estados jurisdicionados, e para as vítimas e seus representantes, como para o público em geral, que se pode ver afetado indiretamente pela sentença. Nesse sentido, é preciso ressaltar a prática adotada pela Corte IDH de realizar sessões extraordinárias em diferentes Estados-parte da Convenção, mediante sua aquiescência e convite, como uma estratégia itinerante que aproxima seus juízes dos jurisdicionados, das circunstâncias dos casos concretos, da realidade econômica, política e social de cada sociedade. Ainda, as sessões itinerantes promovem encontros entre os juízes da Corte IDH e membros dos legislativos e executivos nacionais, assim como defensores públicos, permitindo uma maior participação desses órgãos na atividade jurisdicional.¹¹⁰²

Mais além, a transparência deve se refletir na multiplicidade de atores processuais, notadamente as vítimas que tiveram seus direitos violados. Em função de reforma no Regulamento Interno da Corte IDH, passou-se a admitir a participação direta das vítimas (para além da Comissão Interamericana que denuncia a violação e os representantes dos Estados), por meio de representantes por elas escolhidos, a fim de acompanharem todos os atos processuais (artigo 25 do Regulamento). Sob o prisma da democracia deliberativa, Niembro Ortega ainda resalta que a qualidade democrática de uma decisão interamericana depende da sua habilidade em envolver todos os seus destinatários, como pessoas livres consideradas como iguais tanto política quanto moralmente.¹¹⁰³ Essa ampla participação se viabiliza pelo dever de as decisões interamericanas ponderarem os argumentos que lhe foram apresentados como igualmente válidos, para acolhê-los ou rechaçá-los fundamentadamente. Contribuem ainda para essa legitimação os *amici curiae* que intervêm nos processos judiciais e na emissão de opiniões consultivas junto à Corte IDH. Tendo em vista que as sentenças

¹¹⁰¹ *Ibid.*, p. 211-212.

¹¹⁰² SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo; PACHECO ARIAS, Gabriela. Las sesiones “itinerantes” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un largo y fecundo caminar por América. In: GARCÍA RODRIGUEZ, Sérgio; CASTAÑEDA HERNANDEZ, Mireya (ed.). **Recepción Nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Admisión de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana**. México: Universidad Autónoma de México, 2009, p. 37-73, p. 41-42; 60-63.

¹¹⁰³ NIEMBRO ORTEGA, Roberto. Sobre la legitimidad democrática del diálogo entre jueces nacionales y internacionales tratándose de derechos fundamentales. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. **Estudios avanzados de Derechos Humanos**. Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo Direito Público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 112-140, p. 119.

interamericanas são multifuncionais, extrapolando a solução do caso concreto, essa participação aporta valor democrático ao processo decisório, tornando-o mais deliberativo.¹¹⁰⁴

Para além da forma de escolha dos juízes e do processo judicial em si, é essencial que a decisão judicial também apresente ingredientes capazes de identificar sua legitimidade.¹¹⁰⁵ Para tanto, os diálogos judiciais contribuem significativamente pois permitem que a decisão interamericana considere o pluralismo jurídico em toda sua riqueza, especialmente na medida em que exerce uma função harmonizadora. Ademais, é importante que a Corte IDH desenvolva uma sensibilidade a fim de verificar os momentos e os graus de ingerência demandados em razão da subsidiariedade cooperativa, e as hipóteses ou graus de deferência. Nesse modelo de subsidiariedade, a dimensão do contexto que envolve o caso concreto e os sentidos das normas de direitos humanos jurisprudencialmente consolidados são mais determinantes que uma presunção inicial em favor do local. Para tanto, a proporcionalidade assumirá especial relevância, o que será objeto de análise no último capítulo.

Nesse quadro, o ponto central da legitimação da corte interamericana, segundo a teoria desenvolvida por Bogdandy e Venzke, se encontra na figura do destinatário de suas decisões, ou seja, em nome de quem julgam. Suas decisões devem ser compreendidas para além da fórmula clássica do direito internacional, sem desprezá-la por completo: as cortes internacionais decidem em nome dos Estados, que elaboram os tratados que as criam e que reconhecem sua competência jurisdicional expressamente. Nesse caso, todos os Estados, e não somente aqueles que se submetem à sua jurisdição em um caso específico. Contudo, a Corte IDH promove sentenças que harmonizam o pluralismo jurídico, criam direitos, incentivam e orientam transformações estruturais nas sociedades – ações que não se voltam exatamente às estruturas de governo dos Estados, mas sim aos indivíduos e grupos sociais cuja liberdade determinam.¹¹⁰⁶ É em nome das pessoas e povos como sujeitos de direito no sistema interamericano que as decisões da Corte IDH muitas vezes se dirigem aos refugiados, aos apátridas e a aqueles que não logram ser representados democraticamente.¹¹⁰⁷

¹¹⁰⁴ BOGDANDY, Armin von; VENZKE, Ingo. *¿En nombre de quién?: una teoría de derecho público sobre la actividad judicial internacional*. Trad. Paola Andrea Acosta Alvarado; rev. Pedro Villarreal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 256-257.

¹¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 267.

¹¹⁰⁶ BOGDANDY, Armin von; VENZKE, Ingo. *¿En nombre de quién?: una teoría de derecho público sobre la actividad judicial internacional*. Trad. Paola Andrea Acosta Alvarado; rev. Pedro Villarreal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 299-305.

¹¹⁰⁷ Bogdandy e Venzke defendem que as cortes decidem em nome dos povos e dos cidadãos em uma concepção mais restrita, pois ainda que a pessoa possa ser considerada sujeito de direitos no plano internacional, as cortes internacionais não poderiam estar fundadas em um conceito de cidadania cosmopolita tão ampla e ao mesmo tempo tão fraca, já que desprovida de qualquer vínculo jurídico-político. Não afastam, contudo, a possibilidade de extensão dessa ideia. *Ibid.*, p. 305.

Essa compreensão ampla dos destinatários das sentenças interamericanas pode ser deduzida do próprio preâmbulo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que enuncia: “os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana”.¹¹⁰⁸ Nessa mesma linha, é preciso reconhecer que o artigo 44 da CADH admite denúncia de violação de direitos humanos por qualquer pessoa à Comissão Interamericana, denúncia esta que poderá se materializar em ação perante a Corte caso não haja solução eficaz no processo que se desenvolve perante aquele órgão. Ao lado da Comissão Interamericana que oferece a denúncia, e dos Estados-parte da Convenção, também as vítimas atuam no processo jurisdicional supranacional. É em nome delas e dos Estados que atua a Corte IDH, e nessa função protetora dos direitos humanos de grupos e indivíduos que reside o fundamento de sua legitimidade democrática, bem como sua autoridade pública.

4.2.2 A doutrina do controle de convencionalidade na perspectiva dialógica

No segundo capítulo, a abordagem do princípio da subsidiariedade no sistema interamericano salientou um importante mecanismo de atuação da Corte IDH: o controle de convencionalidade. Trata-se de uma categoria criada e desenvolvida pela jurisprudência interamericana e que se submete a constante labor hermenêutico tanto de juízes quanto de doutrinadores em um processo de construção dinâmica e, especialmente, dialógica.¹¹⁰⁹ A criação, desenvolvimento e aplicação da doutrina, contudo, não seguiu um percurso necessariamente linear. Como observou Miriam Henríquez, nos primeiros anos as sentenças se prestaram a definir os elementos conceituais do instituto, mas a maior intensidade de sua aplicação se deu entre os anos de 2010 e 2012. Segundo Henríquez, de 2012 a 2017 ter-se-ia verificado um declínio do uso do controle de convencionalidade.¹¹¹⁰ A função desse controle é precisamente viabilizar o *Ius Constitutionale Commune*, orientado pela proteção da vítima de violações de direitos humanos.¹¹¹¹

¹¹⁰⁸ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. San Jose, Costa Rica, 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 20 fev. 2019.

¹¹⁰⁹ Nesse sentido ressalta Eduardo Ferrer Mac-Gregor, juiz da Corte IDH, que a construção teórica do controle de convencionalidade se deu a partir das cláusulas de abertura das constituições latino-americanas, de modo que o autor afirma que o controle de convencionalidade emergiu de um diálogo entre a Corte IDH e os Estados-parte do sistema. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. What Do We Mean When We Talk About Judicial Dialogue? Reflections of a Judge of the Inter-American Court of Human Rights. **Harvard Human Rights Journal**, v. 30, 2017, p. 113.

¹¹¹⁰ HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam. Cimientos, auge y progresivo desuso del control de convencionalidad interno: veinte interrogantes. **Revista Chilena de Derecho**, vol. 45 No 2, p. 337-361, 2018, p. 339.

¹¹¹¹ Sobre o controle de convencionalidade como uma particularidade do sistema interamericano, não previsto nos mesmos moldes no sistema europeu: BURGORGUE-LARSEN, Laurence. Crónica de una teoría de moda en América Latina –

As primeiras aparições da expressão “controle de convencionalidade” surgiram em votos apartados, como aquele proferido pelo juiz Sergio García Ramírez no caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, em 2003, em que o termo estava associado à responsabilidade internacional dos Estados pelos atos de seus órgãos e prepostos.¹¹¹² No caso *Tibi vs. Equador*, em 2004, García Ramírez traçou um paralelo entre a atividade de controle de constitucionalidade exercida por cortes domésticas com o controle de convencionalidade a ser exercido pela Corte IDH.¹¹¹³ Importante salientar que o voto ressaltou o caráter subsidiário e complementar do referido controle, o qual não poderia prescindir da cooperação dos Estados na implementação das normas convencionais mediante a intermediação do direito interno e dos critérios jurisdicionais domésticos. Como colocou García Ramírez, “*es esto – un poder de influencia, reconstrucción, orientación, información – lo que explica y justifica, a la postre, una jurisdicción internacional [...]*”.¹¹¹⁴

Uma vez lançada a ideia do controle, foi na sentença proferida no caso *Almonacid Arellano vs. Chile* que o instituto ganhou um delineamento mais preciso. Em declaração de incompatibilidade das leis de autoanistia com a Convenção Americana, a sentença definiu o instituto do controle de convencionalidade convocando os Estados a assumir seu papel na realização dos direitos humanos:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también

descifrando el discurso doctrinal sobre el control de convencionalidad. In: BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Ius Constitutionale Commune na América Latina**. Vol. III. Diálogos Jurisdicionais e Controle de Convencionalidade. Curitiba: Juruá, 2016, p. 11-47, p. 11-12. Em uma perspectiva mais global, Geir Ulfstein salienta que organismos internacionais podem eventualmente desenvolver “poderes implícitos” essenciais para o desempenho das funções para as quais foram criados. Essa ideia fora desenvolvida pela Corte Internacional de Justiça, na Opinião Consultiva sobre a Legalidade do Uso de Armas Nucleares em Conflitos Armados: “[...] the necessities of international life may point to the need of organizations, in order to achieve their objectives to possess subsidiarity powers which are not expressly provided for in the basic instruments which govern their activities. It is generally accepted that international organizations can exercise such powers, known as ‘implied’ powers.” ULFSTEIN, Geir. Institutions and Competences, In: KLABBERS, Ian; PETERS, Anne; ULFSTEIN, Geir. **The Constitutionalization of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 45-80, p. 74. Nesse sentido, o controle de convencionalidade seria um “poder implícito” da Corte Interamericana.

¹¹¹² CORTE IDH. **Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala**. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C-101. Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez.

¹¹¹³ CORTE IDH. **Caso Tibi vs. Ecuador**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114. Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez.

¹¹¹⁴ CORTE IDH. **Caso Tibi vs. Ecuador**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114. Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, párrafo 6.

*la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.*¹¹¹⁵

Assim, caso o legislador afrontasse as normas convencionais, caberia ao juiz interno invalidar a respectiva lei, aplicando diretamente o controle de convencionalidade.¹¹¹⁶ A dinâmica desse controle se daria no mesmo formato em que se verifica o controle de constitucionalidade no plano interno, ou seja, para além do parâmetro constitucional, caberia aos juízes internos verificar também a compatibilidade das leis com as normas convencionais, alçando assim a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, bem como as demais Convenções Interamericanas, ao patamar de fundamento de validade de leis e atos administrativos.¹¹¹⁷ Mais tarde, no julgamento do caso *Gelman vs. Uruguai*, em 2011, a Corte IDH estendeu a responsabilidade pelo controle de convencionalidade a todas as autoridades internas atuantes na administração da Justiça.¹¹¹⁸

Um aspecto da decisão no caso *Almonacid Arellano* que merece atenção é o autorreconhecimento da Corte IDH como “intérprete última” da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Essa ideia precisa ser compreendida à luz das ideias já lançadas na presente tese, de modo que se a posição da Corte IDH seria mais propriamente de intérprete autorizada das normas convencionais, as quais mantêm seu sentido aberto a futuras discussões pela via do diálogo judicial cooperativo. Dessa forma, a análise de compatibilidade a ser feita entre normas e atos administrativos internos à luz da Convenção deve levar em consideração a jurisprudência interamericana tanto no sentido vertical, de um diálogo cooperativo entre a Corte IDH e a corte superior do Estado, como no sentido horizontal, dos diálogos mantidos com outras cortes constitucionais integrantes do sistema. É precisamente essa perspectiva dialógica que confere importante elemento de legitimidade ao controle de convencionalidade.

Os fundamentos do controle de convencionalidade podem ser encontrados, num primeiro momento, em uma interpretação extensiva da própria normativa presente nos artigos 1.1 e 2 da CADH, segundo os quais os atos normativos estatais deveriam ser compatíveis com a Convenção, no sentido de não violar mas proteger e promover os direitos humanos nela enunciados.¹¹¹⁹ O artigo 2 da CADH, em especial, determina expressamente a obrigação dos

¹¹¹⁵ CORTE IDH. **Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 124.

¹¹¹⁶ *Ibid.*, párrafo 123.

¹¹¹⁷ CORTE IDH. **Caso Boyce y otros vs. Barbados**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007, párrafo n. 77-80.

¹¹¹⁸ CORTE IDH. **Caso Gelman vs. Uruguay**. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C-221, párrafo 193.

¹¹¹⁹ A ideia de compatibilidade entre direito interno e normas convencionais foi expressa no caso *Gomes Lund*. CORTE IDH. **Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de octubre de 2014, párrafo 49.

Estados de suprimir quaisquer práticas que possam afrontar os direitos humanos, bem como expedir normas e adotar práticas que os protejam e promovam.¹¹²⁰ Mais além, outro fundamento pode ser encontrado no princípio da boa-fé nas relações internacionais, a justificar o ingresso dos Estados no diálogo destinado à interpretação e aplicação das normas convencionais com a pré-disposição a efetivamente cumprir internamente as obrigações assumidas.¹¹²¹ É o que determina o artigo 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969: “Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé”. Nessa mesma linha o disposto no artigo 27 da Convenção determina a impossibilidade de Estados alegarem a vigência de normas jurídicas internas para se furtar ao cumprimento das obrigações convencionais.¹¹²² Ainda, a Corte IDH fundamenta o controle de convencionalidade no “efeito útil” da Convenção Americana, extraído do artigo 29, segundo o qual o intérprete das normas convencionais não pode adotar sentidos que limitem o gozo ou exercício de quaisquer liberdades e direitos nela previstas.¹¹²³ Essa fundamentação foi explicitada no caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, em que a Corte ressaltou a obrigação de os Estados adotarem medidas efetivas para adequar o sistema jurídico interno às normas convencionais de direitos humanos, prezando portanto pelo “efeito útil” dos instrumentos internacionais.¹¹²⁴

A partir da evolução jurisprudencial que tratou do controle de convencionalidade, é possível identificar os seguintes elementos configuradores do instituto: (i) seu objetivo é a análise da compatibilidade entre normas jurídicas criadas pelos Estados com a CADH, a jurisprudência da Corte IDH e tratados de direitos humanos de que o Estado seja parte; (ii) essa atribuição incumbe a todas as autoridades domésticas, em consonância com seu feixe de competências constitucional ou legalmente atribuídas; (iii) o marco referencial de controle é o *corpus iuris interamericano*, formado pela CADH, a jurisprudência da Corte IDH e os tratados internacionais ratificados do Estado; (iv) pode ser feito *ex officio* e, (v) pode

¹¹²⁰ BAZÁN, Victor. Control de convencionalidad, puentes jurisdiccionales dialógicos y protección de los derechos humanos. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coord.). **Estudios Avanzados de Derechos Humanos**. Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 590-616, p. 601.

¹¹²¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 65.

¹¹²² SAGÜÉS, Néstor Pedro. El “control de convencionalidad” como instrumento para elaboración de un ius commune interamericano. In: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.), **La justicia constitucional y su internacionalización**. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?, IJ-UNAM, IIDC, 2010, p. 449-468, p. 452.

¹¹²³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 67. No mesmo sentido: CORTE IDH. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006, párrafo n. 128.

¹¹²⁴ CORTE IDH. **Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párrafo 180.

determinar a invalidação de normas inconventionais ou sua interpretação conforme a convenção, segundo o espectro de competências do agente estatal.¹¹²⁵ Alguns desses elementos merecem uma análise mais detida.

Inicialmente, o objeto do controle de convencionalidade são normas jurídicas estatais¹¹²⁶, podendo ser normas jurídicas concretas, como decisões judiciais¹¹²⁷, ou normas internas abstratas, inclusive as constitucionais.

Caso emblemático de controle de convencionalidade de normas constitucionais se deu no caso *A Última Tentação de Cristo vs. Chile*, de 2001. Todavia, quando a Corte IDH assinalou que a norma constitucional chilena se encontrava em dissonância com a proteção da liberdade de expressão e de pensamento, não a declarou imediatamente sem efeito, mas demandou do Estado que promovesse sua alteração, inclusive enaltecendo o fato de que a mesma já era objeto de projeto de emenda constitucional em trâmite no Congresso.¹¹²⁸ Nesse caso, a doutrina do controle de convencionalidade se enquadrou na perspectiva de uma subsidiariedade cooperativa, na medida em que a Corte supranacional procurou corrigir os rumos constitucionais a serem adotados pelo Estado, ressaltando a importância de se preservar a liberdade de expressão livre de censura fundada em critérios religiosos. A efetiva mudança constitucional e seus moldes específicos, contudo, couberam à manifestação do poder reformador chileno, dentro da esfera de autodeterminação daquele povo.

Os parâmetros a serem utilizados para o controle de convencionalidade vão além das normas da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua interpretação proferida por sentenças interamericanas, para abarcar outros tratados interamericanos de que os Estados sejam parte. Esse entendimento foi consagrado no caso *Gudiel Álvarez e outros vs. Guatemala*, incorporando taxativamente ao parâmetro de controle de convencionalidade a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado, a Convenção Interamericana para

¹¹²⁵ CORTE IDH. Control de Convencionalidad. **Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos** n. 7. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf>. Acceso en: 10 oct. 2019, p. 6.

¹¹²⁶ Miriam Henríquez Viñas enfatiza que “el control de convencionalidad es un control entre normas”. HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam. La naturaleza del control interno de convencionalidad y su disímil recepción en la jurisprudencia de las cortes chilenas. *Revista Derecho del Estado* n. 43, mayo-agosto 2019, p. 131-159, p. 136.

¹¹²⁷ Nesse sentido importa ressaltar que o controle de convencionalidade não implica transformar a Corte IDH em uma quarta instância revisora: “no otorgan competencia absoluta a la Corte IDH para revisar en cualquier caso y condición la actuación de los jueces nacionales a la luz de la propia legislación interna, toda vez que ello implicaría examinar nuevamente los hechos, valorar las pruebas y emitir una sentencia que eventualmente pudiera tener por efecto confirmar, modificar o revocar el veredicto nacional; cuestión que claramente excedería la competencia propia de esa jurisdicción internacional al sustituirse a la jurisdicción interna y violentar el carácter subsidiario y complementario esencial de aquélla.” CORTE IDH. **Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220. Voto concurrente de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párrafo 9.

¹¹²⁸ CORTE IDH. **Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001, párrafos 85-89.

Prevenir e Punir a Tortura e a Convenção Belém do Pará.¹¹²⁹ Ainda, esses elementos formam um “bloco de convencionalidade” que passou a integrar também opiniões consultivas¹¹³⁰, conforme se depreende da Opinião Consultiva n. 21 de 2014, solicitada por Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai a respeito dos direitos das crianças em contexto migratório. Tendo em vista que opiniões consultivas, assim como sentenças, estão orientadas pelo objetivo de proteção e promoção dos direitos humanos, deveriam também fixar parâmetros para o controle de convencionalidade.¹¹³¹

Esse alargado parâmetro de controle pode ser operado por um extenso rol de atores. A atribuição desse mister às autoridades judiciais domésticas foi declarada no caso *Trabajadores Demitidos do Congreso vs. Peru*, fosse em virtude de pedido formulado nos processos, fosse de ofício.¹¹³² Tal extensão foi taxativamente prevista em respeito às competências jurisdicionais fixadas pela legislação doméstica, o que implica a possibilidade de o controle de convencionalidade ser exercido diferentemente nos Estados que integram o sistema.¹¹³³ Via de regra, o controle de convencionalidade pela via jurisdicional é realizado por aquelas autoridades judiciais competentes para realizar o controle de constitucionalidade, na modalidade difusa ou concentrada, seguindo o desenho institucional doméstico.¹¹³⁴ Como salienta Mazzuoli, nos sistemas jurídicos integrantes do sistema interamericano (e mais propriamente do ICCAL), não cabe ao juiz interno deixar de aplicar as normas convencionais de direitos humanos a pretexto de não haver sobre elas interpretação proferida pela Corte IDH ou de se tratar de normas estrangeiras.¹¹³⁵ Essas normas integram o *corpus iuris* de um direito

¹¹²⁹ CORTE IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No. 253, párrafo 330. Antes disso, em 2011, a Corte IDH já havia se pronunciado sobre a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado como parâmetro para o controle de convencionalidade no caso *Gómes Palomino vs. Peru*, em 2005. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 69.

¹¹³⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 343. No mesmo sentido, Valério Mazzuoli chega a afirmar como parâmetro do controle de convencionalidade um “bloco de convencionalidade”, integrado por costumes e tratados internacionais, regionais, sentenças e opiniões consultivas dos tribunais. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 60-61.

¹¹³¹ CORTE IDH. **Opinião Consultiva n. 21/14 de 19 de agosto de 2014**, solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Serie A-21, párrafo 31.

¹¹³² CORTE IDH. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006, párrafo n. 128. No mesmo sentido, CORTE IDH. **Caso Boyce y otros vs. Barbados**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169.

¹¹³³ CAROZZA, Paolo G.; GONZÁLEZ, Pablo. The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A reply to Jorge Contesse. **I•CON**, v. 15 N. 2, 2017, p. 436-442, p. 439.

¹¹³⁴ SAGÜÉS, Néstor Pedro. El “control de convencionalidad” como instrumento para elaboración de un ius commune interamericano. In: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.), **La justicia constitucional y su internacionalización**. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?, IJ-UNAM, IIDC, 2010, p. 449-468, p. 454.

¹¹³⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 41.

comum, incorporado aos sistemas nacionais como normas constitucionais ou supralegais, de modo que todo ator jurisdicional tem um papel a cumprir a fim de cooperar para a maior efetividade desse sistema.¹¹³⁶

Esse modelo difuso do controle de convencionalidade foi abordado no voto apartado apresentado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor no caso *Cabrera García e Montiel Flores vs. México*, de 2010: um controle aberto a todos os magistrados nacionais, bem como órgãos vinculados à administração da justiça, independentemente de sua posição na estrutura jurisdicional do Estado.¹¹³⁷ Mais adiante, a partir do caso *Gelman vs. Uruguai*, de 2011, a responsabilidade pela realização do controle de convencionalidade foi estendida a todas as autoridades nacionais, inclusive administrativas, dentro de seu plexo de competências.¹¹³⁸ Já o controle concentrado de convencionalidade seria aquele realizado pela própria Corte IDH, sempre que os Estados não lograssem promover e proteger os direitos humanos no âmbito interno.¹¹³⁹ Importante esclarecer que a Convenção Americana não prevê textualmente a possibilidade de a Corte IDH invalidar normas internas, até porque tal previsão implicaria uma competência hierárquica incompatível com sua natureza supranacional. A Corte IDH pode reputar sem efeito as normas internas contrárias à Convenção e deixar de aplicá-las, mas não tem competência para aboli-las.¹¹⁴⁰

O controle difuso converte todo juiz integrante dos sistemas jurídicos nacionais em um “juiz interamericano”, ou seja, um intérprete autorizado e um “guardião” da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, representando a linha de frente na proteção desses

¹¹³⁶ Em contraposição ao que afirma Sagüés, entende-se que o controle de convencionalidade não tem exatamente a mesma premissa que o controle de constitucionalidade: não se trata de dar prevalência à norma hierarquicamente superior. Na medida em que se compreende o ICCAL como um sistema jurídico multinível, não há propriamente a figura hierárquica da validade kelseniana na figura das normas convencionais, mas sim o dever de seus atores promoverem a harmonização de sistemas diversos a luz de um objetivo comum. SAGÜÉS, *op. cit.*, p. 462.

¹¹³⁷ CORTE IDH. **Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220. Voto Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párrafos 21-22. O autor menciona a “supremacia convencional” e o papel da Corte IDH como “intérprete última” da Convenção Americana, concepções que precisam ser lidas sob as lentes do diálogo judicial cooperativo. A supremacia em questão é dos direitos humanos, e não propriamente das normas convencionais (especialmente tendo em vista o princípio da interpretação *pro homine*), e a Corte IDH tem definitividade na interpretação das normas convencionais para um dado caso concreto, porém os sentidos das normas de direitos humanos devem ser construídos de forma dialógica.

¹¹³⁸ CORTE IDH. **Caso Gelman vs. Uruguay**. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C-221, párrafo 69.

¹¹³⁹ Segundo Sagüés, seria o mesmo que tratar de um controle de convencionalidade externo ou internacional, em que a própria Corte IDH declara que uma dada norma (como as leis de autoanistia) é contrária à Convenção Americana e não deve surtir efeitos, bem como um controle interno ou nacional, praticado pelos juízes domésticos. SAGÜÉS, Néstor Pedro. El control de convencionalidad y la problemática de sus topes. *In: Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Argentina, 21, 22, 23 mayo 2019. Disponible en: http://aadconst.org.ar/revistadigital/wp-content/uploads/2019/05/Nestor_Pedro_Sagues.pdf. Acceso en: 9 nov. 2019, p. 2-3.

¹¹⁴⁰ SAGÜÉS, Néstor Pedro. El “control de convencionalidad” como instrumento para elaboración de un *ius commune* interamericano. *In: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.), La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un *ius constitutionale commune* en América Latina?, IJ-UNAM, IIDC, 2010, p. 449-468, p. 468; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 59.

direitos segundo uma distribuição de competências orientada pela subsidiariedade cooperativa:

*Los jueces nacionales se convierten en los primeros intérpretes de la normatividad internacional, si se considera el carácter subsidiario, complementario y coadyuvante de los órganos interamericanos con respecto a los previstos en el ámbito interno de los Estados americanos y la nueva “misión” que ahora tienen para salvaguardar el corpus juris interamericano a través de este nuevo “control”.*¹¹⁴¹

Na medida em que se verifica essa abertura do exercício do controle de convencionalidade aos Estados, desdobram-se internamente várias formas de exercício desse controle¹¹⁴², o que poderá depender de condições jurídicas favoráveis a serem estabelecidas pela própria constituição, como o *status* constitucional dos tratados de direitos humanos e o princípio da interpretação *pro homine*. Mais que isso, há uma condição de natureza política determinante no compromisso de efetivação do controle de convencionalidade interno: o reconhecimento da força vinculante da jurisprudência interamericana, o que é em si problemático e será abordado na próxima seção.¹¹⁴³ Em resumo, a efetividade do controle de convencionalidade depende da auto compreensão do juiz nacional como parte integrante dessa “cadeia do direito” ampliada e multinível.¹¹⁴⁴ Depende, em última análise, do seu reconhecimento como um interlocutor válido no diálogo judicial cooperativo – o que também implica essa consideração por parte da Corte IDH.

No caso brasileiro, o controle de convencionalidade guarda algumas particularidades que merecem ser observadas, seja em razão do *status* supralegal reconhecido à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, seja em virtude das modalidades de controle de constitucionalidade existentes. No que diz respeito ao caráter vinculante da jurisprudência, a posição tradicionalmente resistente dos tribunais brasileiros parece começar a se modificar.

Segundo a premissa de um controle de convencionalidade difuso, deveria o Supremo Tribunal Federal se pronunciar sobre a inconvenção de leis infraconstitucionais (inclusive normas das constituições dos Estados federados), tendo em vista que esses tratados

¹¹⁴¹ CORTE IDH. **Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220. Voto Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párrafos 24.

¹¹⁴² HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam. Cimientos, auge y progresivo desuso del control de convencionalidad interno: veinte interrogantes. **Revista Chilena de Derecho**, vol. 45 No 2, p. 337-361, 2018, p. 342.

¹¹⁴³ *Ibid.*, p. 352-353.

¹¹⁴⁴ Aqui empresta-se a ideia de “cadeia do direito” idealizada por Ronald Dworkin, porém com ciência de que a mesma foi pensada para um sistema jurídico nacional. A possibilidade de extensão dessa categoria já havia sido sugerida por Venzke e Bogdandy. BOGDANDY, Armin von; VENZKE, Ingo. **¿En nombre de quién?: una teoría de derecho público sobre la actividad judicial internacional**. Trad. Paola Andrea Acosta Alvarado; rev. Pedro Villarreal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.

gozam de constitucionalidade material à luz do artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição.¹¹⁴⁵ Nessa toada, normas constitucionais e convencionais “se unem para servir de obstáculo às normas infraconstitucionais que violem os preceitos ou da Constituição ou dos tratados de direitos humanos em que o Brasil seja parte”¹¹⁴⁶, operando na esfera de validade dessas normas, que podem continuar a ser vigentes, porém serão consideradas inválidas.¹¹⁴⁷

Embora o controle difuso de convencionalidade praticado no Brasil ainda seja tímido, ele começa a se manifestar.¹¹⁴⁸ Vale o exemplo da sentença proferida pelo Juiz Alexandre Morais da Rosa, em Florianópolis, 2015, para declarar que desacato não poderia ser considerado crime à luz da Convenção Americana. Não obstante a sentença progressista, o tema chegou à análise do Superior Tribunal de Justiça que proferiu duas decisões diferentes sobre o mesmo tema. Em 2016, a Quinta Turma entendeu que a norma penal brasileira estava em desconformidade com a Convenção Americana, para em 2017 a Terceira Seção firmar o entendimento do Tribunal pela convencionalidade da medida.¹¹⁴⁹

Na primeira decisão, o STJ fundamentou seu entendimento na superioridade hierárquica da Convenção Americana sobre as leis penais brasileiras, seu compromisso com o controle de convencionalidade, em recomendações da Comissão IDH, bem como diversos casos analisados pela Comissão IDH, dentre os quais Palamare Iribarne, que depois foi julgado pela Corte IDH para dar prevalência à norma convencional que protege a liberdade de expressão.¹¹⁵⁰ Na decisão proferida no ano seguinte¹¹⁵¹, contudo, o voto vencedor se baseou no caráter “instrutório ou cooperativo” das recomendações da Comissão IDH, não vinculantes para outros Estados, bem como na ausência de uma sentença interamericana sobre a matéria que vinculasse o Brasil (ainda que tenha citado o caso Palamare Iribarne, reconhecendo o

¹¹⁴⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 10 nov. 2019. Nesse sentido: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 175-176.

¹¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 183.

¹¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 188.

¹¹⁴⁸ Para análise de como o controle de convencionalidade é desempenhado em cortes de outros Estados-membros do sistema, ver BAZÁN, Victor. Control de convencionalidad, puentes jurisdiccionales dialógicos y protección de los derechos humanos. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coord.). **Estudos Avançados de Direitos Humanos**. Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 590-616. p. 603-608; HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam. La naturaleza del control interno de convencionalidad y su disímil recepción en la jurisprudencia de las cortes chilenas. **Revista Derecho del Estado** n. 43, mayo-agosto 2019, p. 131-159.

¹¹⁴⁹ GUERRA, Gustavo Rabay; MARCOS, Henrique Jerônimo Bezerra. O drible continental: a margem de apreciação nacional na decisão de convencionalidade do crime de desacato pelo Superior Tribunal de Justiça. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 63, n. 2, p. 169-189, ago. 2018. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/59194>. Acesso em: 30 nov. 2019, p. 174.

¹¹⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.640.084-SP**. Relator Min. Ribeiro Dantas. Julgado em 15 dez. 2016.

¹¹⁵¹ Não houve unanimidade, e o relator do caso, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, favorável ao controle de convencionalidade e à incompatibilidade do crime de desacato com a CADH, restou vencido.

entendimento supranacional pela incompatibilidade das leis de desacato com a CADH, mas afastando sua incidência pois adotado em “circunstâncias diferentes”). O acórdão ainda afirmou – sem demonstrar – que a restrição à liberdade de expressão prevista no tipo penal de desacato não violava os requisitos convencionais previstos no artigo 30.¹¹⁵² Os dois acórdãos chegaram a posições opostas partindo do mesmo controle de convencionalidade em virtude de concepções diversas da força jurídica do *corpus iuris* interamericano.

No ano seguinte, o tema chegou ao Supremo Tribunal Federal, para que a Segunda Turma novamente discutisse o controle concreto de convencionalidade com o julgamento do Habeas Corpus n. 141.949/RJ. Mais uma vez, restou declarada a compatibilidade do crime em questão com a Constituição e a Convenção Americana.¹¹⁵³ Tratava-se da condenação de um civil pela Justiça Militar em virtude da prática do crime de desacato, previsto no artigo 299 do Código Penal Militar, pois chamara um sargento no exercício de suas funções de “palhaço”. Mesmo diante da suprallegalidade da Convenção Americana, o STF a reconheceu como parâmetro de validade das normas domésticas infraconstitucionais:

Assim, se os tratados de direitos humanos podem ser (i) equivalentes às emendas constitucionais (nos termos do art. 5o, § 3o, da Constituição Federal), se aprovados pelo Legislativo após a EC 45/2004, ou ainda (ii) supralegais (segundo o entendimento atual do STF RE 349.703/RS), se aprovados antes da referida Emenda, o certo é que, estando acima das normas infraconstitucionais, não de ser também paradigma de controle da produção normativa doméstica. Destarte, para além do controle de constitucionalidade, o modelo brasileiro atual comporta, também, um controle de convencionalidade das normas domésticas.¹¹⁵⁴

Diante do cotejo da norma legal nacional com o artigo 13 da Convenção Americana, o STF reputou compatível o tipo penal com a possibilidade de exceção legal à proteção da liberdade de expressão inserida no parágrafo 2 do artigo 13, desde que a responsabilidade pela manifestação se devesse à proteção dos direitos e da reputação das demais pessoas. Como colocou o acórdão: “O exercício abusivo das liberdades públicas não se coaduna com o Estado democrático. A ninguém é lícito usar de sua liberdade de expressão para ofender, espezinhar, vituperar a honra alheia”.¹¹⁵⁵ O acórdão ainda citou jurisprudência da Corte IDH em que se admitia restrições à liberdade de expressão, porém, assim como o STJ, deixou de enfrentar e discutir o disposto no caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, em que a pena atribuída ao

¹¹⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 379.269-MS**. Min. Relator Reynaldo Sares Fonseca. Relator para Acórdão Min. Antônio Saldanha Palheiro. Julgado em 24 mai. 2017.

¹¹⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 141.949/RJ**. Segunda Turma. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 13 mar. 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14700730>. Acesso em: 15 nov. 2019.

¹¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 8.

¹¹⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 141.949/RJ**. Segunda Turma. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 13 mar. 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14700730>. Acesso em: 15 nov. 2019, p. 10.

crime de desacato foi considerada desproporcional.¹¹⁵⁶ Ainda que se possa criticar o resultado do julgamento, vale reconhecer o avanço do Supremo Tribunal Federal ao efetivar o controle de convencionalidade de forma fundamentada.¹¹⁵⁷

Outro exemplo que merece menção foi decisão adotada em sede de Medida Cautelar na ADPF n. 347, que aplicou textualmente o artigo 7.5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos a fim de determinar a apresentação pessoal dos presos a uma autoridade jurisdicional (a audiência de custódia). A fundamentação convencional esteve presente no acórdão.¹¹⁵⁸ Ainda, é possível citar o caso do Habeas Corpus n. 82.959 também julgado pelo Supremo Tribunal Federal, a respeito do controle de constitucionalidade de dispositivo da Lei de Crimes Hediondos que proibia a progressão do regime de cumprimento da pena nos casos de condenações por crimes de elevado potencial ofensivo. O voto do Ministro Cesar Peluso integrou a maioria de 6 votos que declarou a inconstitucionalidade da referida proibição, com significativo amparo na Convenção Americana, e em expressa referência ao disposto no artigo 5, itens 2 e 6.¹¹⁵⁹

Mais complexa seria a possibilidade de se desencadear um controle de convencionalidade diretamente perante o Supremo Tribunal Federal, na modalidade de controle de convencionalidade concentrado e abstrato. Essa modalidade não foi originalmente prevista pela Corte IDH, como observou Henríquez Viñas, pois o controle de convencionalidade foi idealizado como um controle concreto de normas, atrelado à aplicação da norma a um dado quadro fático.¹¹⁶⁰ Nesse mesmo sentido, Victor Bazán defende que se

¹¹⁵⁶ O caso tratava da proibição da condenação da vítima Humberto Antônio Palamara Iribarne por um tribunal militar por crime de desacato em função de uma palestra conferida. A análise da restrição à liberdade de expressão em face de bens públicos protegidos pelo Estado foram analisadas nos parágrafos 81 a 86. CORTE IDH. **Caso Palamare Iribarne vs. Chile**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.

¹¹⁵⁷ Para análise do tema do desacato a partir das decisões tomadas pelo Superior Tribunal de Justiça: GUERRA, Gustavo Rabay; MARCOS, Henrique Jerônimo Bezerra. O dribble continental: a margem de apreciação nacional na decisão de convencionalidade do crime de desacato pelo Superior Tribunal de Justiça. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 63, n. 2, p. 169-189, ago. 2018. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/59194>>. Acesso em: 30 ago. 2019.

¹¹⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF**. Relator Min. Marco Aurélio, julgado em 09 set. 2015. Em um apartado, o Ministro Lewandowski ainda lembrou um “entendimento com a Comissão Interamericana de Justiça [sic], que elaborará um curso à distância para todos os juízes brasileiros, conscientizando-os em relação aos direitos fundamentais e com foco também no sistema prisional.”

¹¹⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 82.959-7**, São Paulo. Relator Min. Marco Aurélio. Julgado em 23 de fevereiro de 2006. Publicado no DJ 02 de setembro de 2006. Em análise do voto mencionado, ver SALDANHA, Jania Maria Lopes; MORAIS, José Luiz Bolzán de; VIEIRA, Lucas Pacheco. Reenvio Prejudicial Interamericano: um novo mecanismo processual para o desenvolvimento do direito internacional dos Direitos Humanos. *In*: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flavia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coord). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica**: avançando no diálogo constitucional e regional. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011, p. 601-623, p. 617

¹¹⁶⁰ HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam. La naturaleza del control interno de convencionalidad y su disímil recepción en la jurisprudencia de las cortes chilenas. **Revista Derecho del Estado** n. 43, p. 131-159, mayo-agosto 2019, p. 139-140.

trata de um controle concreto tanto na esfera regional como na interna.¹¹⁶¹ Todavia, na Opinião Consultiva n. 14, a Corte IDH já se pronunciou sobre a possibilidade do controle de convencionalidade de leis de efeitos imediatos e concretos, ou seja, leis cuja mera publicação já fere direitos humanos de pessoas determinadas ou grupos sociais, como aquelas que restringem direitos em razão de raça, credo, gênero, etc. Em se tratando de leis abstratas, contudo, a Corte reiterou a impossibilidade de realizar um controle abstrato de convencionalidade das leis.¹¹⁶²

Poder-se-ia cogitar, contudo, como o fizeram Mazzuoli e Leal, da possibilidade de um controle abstrato de convencionalidade a se realizar no âmbito interno jurisdicional de cada estado, como o brasileiro, de modo que o desenho institucional de cada Estado poderia ampliar as condições de controle de convencionalidade a fim de gerar um efeito mais benéfico na proteção dos direitos humanos dos jurisdicionados.¹¹⁶³ Uma norma reputada inconveniente no controle abstrato seria definitivamente invalidada pela via jurisdicional. O elastecimento da abrangência desse controle para uma verificação em abstrato, no caso brasileiro, e por analogia às hipóteses do controle abstrato de constitucionalidade, dependem do *status* material e formal da norma convencional enquanto parâmetro de controle. Segundo Mazzuoli, na medida em que essa espécie de controle (abstrato) demanda que a norma parâmetro seja equivalente à norma constitucional (norma originária ou derivada, como as emendas constitucionais), não caberia a propositura da ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade para se aferir a compatibilidade com normas de direitos humanos que não cumpriram com o rito previsto no artigo 5º, parágrafo 3º e, portanto, não foram formalmente incorporadas no sistema jurídico brasileiro como emendas constitucionais. O único tratado que atualmente se encaixa nessa exigência é a Convenção Internacional sobre as Pessoas com Deficiência, incorporado em 2008.¹¹⁶⁴ Não obstante essa

¹¹⁶¹ BAZÁN, Victor. Control de convencionalidad, puentes jurisdiccionales dialógicos y protección de los derechos humanos. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coord.). **Estudios Avanzados de Derechos Humanos**. Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 590-616, p. 594.

¹¹⁶² CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994**. Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), párrafos n. 42, 43, 49.

¹¹⁶³ Em análise jurisprudencial, Henríquez Viñas observou que a partir do caso Radilla Pacheco vs. México, de 2009, a especificação de que o controle de convencionalidade seria sobre leis aplicáveis a casos concretos deixou de ser apresentada. O mesmo se repetiu em vinte e duas sentenças posteriores. HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam. Cimientos, auge y progresivo desuso del control de convencionalidad interno: veinte interrogantes. **Revista Chilena de Derecho**, vol. 45 No 2, p. 337-361, 2018, p. 341.

¹¹⁶⁴ No sentido do descabimento do uso das ações de controle concentrado e abstrato porque a Convenção Americana sobre Direitos Humanos não goza de caráter constitucional formal, ver MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 189. Para uma posição divergente, que entende cabível a propositura da arguição de descumprimento de preceito fundamental em caso de tratados internacionais de direitos humanos, ainda que não sejam formalmente emendas constitucionais, ver LEAL, Mônia Clarissa Hennig. O controle de convencionalidade e o Judiciário brasileiro: a sua aplicação pelo Tribunal

realidade, nada impede que o constituinte reformador atribua novas competências ao Supremo Tribunal Federal, quiçá inclusive um controle abstrato de convencionalidade nas hipóteses de normas supralegais.

Ao orientarem o conteúdo da produção legislativa, da confecção de políticas públicas, ou mesmo no exercício da prerrogativa do veto legislativo pelo Poder Executivo, verifica-se um controle de convencionalidade preventivo. É na falha desse controle, gerando normas jurídicas ou atos administrativos violadores das normas convencionais que entra em cena a jurisdição nacional a fim de realizar um controle de convencionalidade repressivo.¹¹⁶⁵ Nessa seara, observadas as competências definidas internamente, o controle difuso se dirige à correção dos rumos no âmbito interno. Em vista da subsidiariedade procedimental, somente se esgotados esses recursos, poder-se-ia chegar à Corte IDH, cuja atuação implica um controle concentrado de convencionalidade que se pode dirigir a atos administrativos e normas jurídicas de todos os patamares hierárquicos, inclusive normas constitucionais.

A modalidade repressiva pode assumir uma feição radical quando o controle de convencionalidade determina a substituição ou retirada de uma dada norma jurídica doméstica em virtude de sua incompatibilidade com as normas convencionais. Nesse âmbito, pode surgir uma resistência por parte do Estado autor da norma, o que sugere que a análise da convencionalidade de uma norma interna parta sempre da presunção de que a Convenção foi respeitada, como uma presunção de boa-fé do Estado-membro do sistema.¹¹⁶⁶ Nesse sentido, mais produtivo do que invalidar a norma pode ser submetê-la a um controle construtivo de convencionalidade, em que as autoridades nacionais são convidadas a interpretar as normas jurídicas internas em conformidade com a Convenção Americana. Trata-se da figura da “interpretação conforme”: dentre as diversas interpretações possíveis para a norma jurídica interna, deve ser escolhida aquela que melhor se compatibiliza com as normas convencionais.¹¹⁶⁷ É o que determinou a sentença proferida no caso *Radilla Pacheco vs. México*, de 2009:

Superior do Trabalho como forma de proteger a dignidade da mão-de-obra (vedação de terceirização de atividade-fim) no case *Carneiro Távora v. Telemar Norte Leste e Contax*. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 109-128, jan./abr. 2017, p. 117-118.

¹¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 113-114.

¹¹⁶⁶ SAGÜÉS, Néstor Pedro. El “control de convencionalidad” como instrumento para elaboración de un ius commune interamericano. *In*: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.), **La justicia constitucional y su internacionalización**. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?, IJ-UNAM, IIDC, 2010, p. 449-468, p. 466.

¹¹⁶⁷ SAGÜÉS, Néstor Pedro. El control de convencionalidad y la problemática de sus topes. **Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional**. Buenos Aires, Argentina, 21, 22, 23 mayo 2019. Disponível em: http://aadconst.org.ar/revistadigital/wp-content/uploads/2019/05/Nestor_Pedro_Sagues.pdf. Acesso em: 9 nov. 2019, p. 7.

*Para este Tribunal, no sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención. En términos prácticos, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana.*¹¹⁶⁸

Essa modalidade de controle de convencionalidade construtivo pode implicar, para além da interpretação conforme, uma modalidade de interpretação modificativa, em que se agregam ou subtraem sentidos às normas internas, sem modificar sua redação, a fim de gerar a compatibilização com as normas convencionais¹¹⁶⁹ por meio de uma interpretação “conciliadora”.¹¹⁷⁰ Segundo Ferrer Mag-Gregor, trata-se de uma espécie de “interpretação convencional” voltada para a harmonização entre direito nacional e regional, que permite que mesmo naqueles sistemas em que os juízes não tenham competência para afastar a aplicação de uma norma nacional em virtude de sua incompatibilidade com a CADH, possam atribuir-lhe uma interpretação que melhor promova os direitos humanos convencionalmente previstos.¹¹⁷¹

Nessa seara, Sagüés defende que o controle de convencionalidade acabaria por sugerir a revisão do próprio conceito de constituição jurídica, que deixa de ser a lei máxima e isolada a determinar a validade das demais leis de um Estado, para se tornar uma “constituição convencionalizada”: a constituição cujas normas são afastadas, reformadas ou reinterpretadas à luz da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.¹¹⁷² Essa poderia ser a realidade nos casos em que a própria constituição prevê uma cláusula de interpretação conforme, de modo que o controle de convencionalidade se torna uma exigência de harmonização do bloco de constitucionalidade, desde que não represente um processo unidirecional em que a jurisprudência emana da Corte IDH como um ato de autoridade hierárquica que comanda obediência. Como salienta Ferrer Mac-Gregor, existem intensidades variáveis do controle de

¹¹⁶⁸ CORTE IDH. **Caso Radilla Pacheco vs. México**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párrafo 338.

¹¹⁶⁹ SAGÜÉS, *op. cit.*, p. 9.

¹¹⁷⁰ HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam. La naturaleza del control interno de convencionalidad y su disímil recepción en la jurisprudencia de las cortes chilenas. **Revista Derecho del Estado** n. 43, mayo-agosto 2019, p. 131-159, p. 141.

¹¹⁷¹ CORTE IDH. **Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, voto concurrente de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párrafos 35-36.

¹¹⁷² SAGÜÉS, *op. cit.*, p. 13.

convencionalidade, sendo a mais fraca aquela que se resolve pela interpretação conforme, e a mais forte a que autoriza as autoridades competentes a declarar a inconvenção da norma, e declarar sua invalidade.¹¹⁷³

De todo modo, não se pode perder de vista as particularidades que marcam a identidade jurídica de cada Estado, e da sua constituição como uma expressão dessa identidade. Ainda que a proteção e promoção dos direitos humanos reconhecidos na Convenção Americana sejam um objetivo comum a todos os Estados integrantes do *Ius Constitutionale Commune*, é necessário preservar os processos constituintes democráticos que elegem os melhores caminhos para a realização desses objetivos e, mais além, inserem especificidades na própria concepção desses direitos humanos.¹¹⁷⁴

A subsidiariedade cooperativa comanda um controle de convencionalidade no sistema interamericano que promove direitos humanos nos espaços em que os Estados falham, orientando a sua atuação. A atuação da Corte IDH, ainda que transformadora pela via do controle de convencionalidade, não pode tomar o lugar nem anular os processos políticos internos. É nesse sentido que García Ramirez reconheceu que a batalha pela realização dos direitos humanos deve ser travada e vencida no âmbito interno dos Estados, sendo a atuação dos órgãos regionais coadjuvantes e complementárias, mas não substitutas.¹¹⁷⁵

Nesse sentido, o controle de convencionalidade deve ser compreendido em uma dimensão dialógica, como enfatizou Eduardo Ferrer Mac-Gregor:

*Se produce un interesante influjo entre la Corte IDH y las jurisdicciones nacionales que propicia el “diálogo jurisprudencial”. Diálogo que incide en la debida articulación y creación de estándares en materia de protección de los derechos humanos en el continente americano o, por lo pronto, en latinoamérica. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos se conjuga con el Derecho Constitucional o, si se prefiere, se enlazan el Derecho Constitucional Internacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; lo anterior implica, necesariamente, una capacitación y actualización permanente de los jueces nacionales sobre la dinámica de la jurisprudencia convencional.*¹¹⁷⁶

¹¹⁷³ CORTE IDH. **Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220. Voto concurrente de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párrafos 69.

¹¹⁷⁴ Com um tom mais severo, Sagüés afirma que não seria honroso para um Estado ratificar a Convenção Americana e se submeter à jurisdição da Corte IDH para depois se furtar a cumprir suas determinações em respeito à normas constitucionais domésticas. A alternativa para o Estado em desacordo seria retirar-se do sistema, de resto como fizeram Trinidad y Tobago e Venezuela. SAGÜÉS, *op. cit.*, p. 458. Esse radicalismo de tudo ou nada não necessariamente contribui para a maior proteção dos direitos humanos, na medida em que o Estado que se retira acaba por privar seus cidadãos dos mecanismos de proteção inerentes ao sistema.

¹¹⁷⁵ CORTE IDH. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú**. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C-158, párrafo 11.

¹¹⁷⁶ CORTE IDH. **Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220. Voto concurrente de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párrafo 31.

Esse diálogo judicial advindo do controle de convencionalidade é pautado pelo princípio da interpretação *pro homine* e o respeito ao pluralismo. Como ressalta Victor Bazán, o caráter dialógico do controle de convencionalidade chega a ser uma expressão necessária e constitutiva de um sistema de direitos humanos que se apresente multinível, pois é a partir dos recursos judiciais que chaves hermenêuticas como a interpretação *pro homine* e *pro actione* podem chegar ao âmbito interno.¹¹⁷⁷

Os juízes envolvidos no controle de convencionalidade devem se atentar para os diversos sentidos possivelmente atribuíveis às normas interpretadas, a fim de eleger aquela que potencializa a realização dos direitos humanos, diminuindo as restrições e ingerências no âmbito normativo. Na mesma seara, o juiz interamericano também pode colher das decisões judiciais nacionais sentidos mais favoráveis para as normas de direitos humanos, respeitando particularidades locais que justificam referida compreensão no plano interno. No que for possível, essas influências nacionais podem se comunicar a outros tribunais nacionais pela via do diálogo judicial vertical, significa dizer, um diálogo intermediado pela Corte IDH, ou um diálogo propriamente horizontal, em que tribunais superiores partilham e aprendem com suas experiências na interpretação e aplicação das normas de direitos humanos. Como reconheceu Ferrer Mac-Gregor: “*some courts and tribunals at the national level have provided a wide range of protection of rights through their own interpretations, twshus providing judicial examples for their colleagues in the region as well as for the same Inter-American Tribunal*”.¹¹⁷⁸

Essa dinâmica enseja precisamente os processos de cooperação entre os diversos atores do *Ius Constitutionale Commune* latino-americano, e nesse caso os diálogos judiciais se tornam vinculados ao objetivo de gerar *standards* para a proteção dos direitos humanos. Ainda que os diálogos judiciais sejam comumente marcados pela espontaneidade, como restou analisado no primeiro capítulo, nos casos envolvendo controle de convencionalidade no sistema interamericano eles assumem uma intensidade maior em razão da força vinculante da própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos e da aceitação dos Estados integrantes da competência jurisdicional da Corte IDH.¹¹⁷⁹

¹¹⁷⁷ BAZÁN, Victor. Control de convencionalidad, puentes jurisdiccionales dialógicos y protección de los derechos humanos. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coord.). **Estudos Avançados de Direitos Humanos**. Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 590-616, p. 602.

¹¹⁷⁸ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. What Do We Mean When We Talk About Judicial Dialogue? Reflections of a Judge of the Inter-American Court of Human Rights. **Harvard Human Rights Journal**, v. 30, 2017, p. 108-109.

¹¹⁷⁹ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. What Do We Mean When We Talk About Judicial Dialogue? Reflections of a Judge of the Inter-American Court of Human Rights. **Harvard Human Rights Journal**, v. 30, 2017, p. 110.

A temática envolvendo o pluralismo, contudo, tem sido pouco teorizada quando se trata de controle de convencionalidade. Não sem razão, existe o temor de que autoridades estatais se escondam sobre a capa da diversidade para se furtar ao cumprimento de suas obrigações convencionais.

Nesse sentido, Ferrer Mac-Gregor admite que as autoridades nacionais se distanciem dos padrões estabelecidos pela Corte IDH sempre que as posições adotadas forem mais favoráveis à proteção da vítima, na esteira do princípio da interpretação *pro homine*.¹¹⁸⁰ Todavia, dentro da proposta do diálogo judicial cooperativo, é preciso reconhecer que as autoridades nacionais podem defender um sentido diferenciado das normas convencionais, que não seja considerado mais benéfico pelas lentes da Corte IDH. Diante da realidade doméstica, as autoridades nacionais muitas vezes colocam em disputa o que significa ser “mais benéfico” e pretendem que suas razões sejam reconhecidas pela Corte IDH. Os diálogos judiciais capazes de legitimamente criar *standards* de direitos humanos podem ser críticos. Assim, haveria razões de segunda ordem capazes de autorizar uma releitura dos padrões jurídicos para o controle de convencionalidade? Ou ainda, poder-se-ia admitir restrições a direitos humanos não originalmente consideradas pela Corte IDH quando da definição do âmbito de proteção do direito humano pelas cortes domésticas?

Na medida em que o ICCAL se adensa na proteção dos direitos humanos, é natural que as relações dialógicas entre os diversos atores ganhem complexidade e nem sempre a definição das obrigações referentes a direitos humanos estará tão clara. Como já ressaltaram Nogueira, García Roca e Bustos Gilbert, a atuação da Corte IDH deve respeitar a maleabilidade e a flexibilidade inerente ao *corpus iuris* que opera.¹¹⁸¹ Enfrentar a temática da deferência para buscar traçar elementos que permitam identificar com maior clareza seu espaço tem a vantagem de também trazer à baila uma argumentação dialógica e racional sobre os pontos nevrálgicos de proteção do sistema que não podem ser vulgarizados ou enfraquecidos. Esse é o tema a ser discutido no quarto capítulo.

4.3 A HARMONIZAÇÃO EM TORNO DE *STANDARDS* COMUNS NO *IUS CONSTITUCIONALE COMMUNE* LATINO-AMERICANO

¹¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 121.

¹¹⁸¹ GARCÍA ROCA, Javier; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; BUSTOS GISBERT, Rafael. La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo. In: GARCÍA ROCA, Javier; et. al. (editores). **El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos**. Pamplona: Thomson Reuters, p. 65-107, p. 70.

O *Ius Constitutionale Commune* corresponde a uma proposta de harmonização do pluralismo jurídico latino-americano. Materialmente focado na promoção e preservação dos direitos humanos, do Estado de Direito e da democracia, corresponde a discurso e prática jurídicos pautados no intercâmbio normativo entre tratados regionais de direitos humanos (sobretudo a Convenção Americana sobre Direitos Humanos) e normas constitucionais dos Estados. A partir de um diálogo judicial cooperativo, espera-se que as jurisdições busquem a celebração de *standards* comuns, ainda que não unificadores.¹¹⁸² Como definiram Saldanha, Silva e Melo, as pretensões comuns universais são aquelas que são enriquecidas pelas trocas.¹¹⁸³

Como apresentado no primeiro capítulo, a proposta deve ser harmonizadora no sentido proposto por Mireille Delmas-Marty¹¹⁸⁴, porque está comprometida com um sentido comum para as ordens jurídicas, fundado em patamares que viabilizem a promoção incremental dos compromissos constitucionais e regionais com a dignidade da pessoa humana e a inclusão social. Esse é o viés aglutinador de efeito centrípeto para o qual contribui o diálogo judicial cooperativo que se materializa a partir do controle de convencionalidade: as sentenças proferidas pela Corte IDH voltadas para a identificação de responsabilização dos Estados por violação de direitos humanos devem fixar sentidos para as normas convencionais em consideração dos argumentos também produzidos por sentenças nacionais, e assim moldar o *corpus iuris* interamericano. Para além das sentenças, também a função consultiva desempenhada pela Corte IDH na qualidade de intérprete autorizada das normas regionais de direitos humanos contribui para essa formação.

Paralelamente à fixação de *standards* comuns, a proposta harmonizadora permite a convivência (fluida, dinâmica) de projetos plurais de sociedade, que sejam cultural, social, política e economicamente abertos a fim de encontrar um espaço de diálogo entre o isolamento impossível e a unificação autoritária. Segundo Delmas-Marty, o conceito chave da harmonização é a ideia de “margem” no sentido de deixar espaços variáveis de autonomia para os interlocutores do sistema.¹¹⁸⁵ Nesta tese, essa ideia se materializa no princípio da

¹¹⁸² DELMAS-MARTY, Mireille. Ordering Pluralism. Max Weber Lecture Series 2009/06. **European University Institute**, Florence. ISSN 1830-7736. 2009, Available at: https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/14274/MWP_LS_2009_06.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Access in: Dec. 03, 2018.

¹¹⁸³ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; SILVA, Maria Beatriz Oliveira da; MELLO; Rafaela da Cruz. Novas geometrias jurídicas e a construção de um direito comum pluralista: uma análise da aplicação da margem nacional de apreciação pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. **Revista Culturas Jurídicas**, v. 2, n. 3, p. 157-181, 2015, p. 161.

¹¹⁸⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. **Les Forces Imaginantes Du Droit: Le Pluralisme Ordonné 2**. Paris: Seuil, 2006, p. 71-81. Vide primeiro capítulo, seção 2.2.

¹¹⁸⁵ DELMAS-MARTY, Mireille. **Les Forces Imaginantes Du Droit: Le Pluralisme Ordonné 2**. Paris: Seuil, 2006, p. 78.

subsidiariedade em sentido cooperativo, segundo o qual os Estados podem exercer graus variáveis de autonomia, em virtude de circunstâncias e requisitos racionais em cada caso.¹¹⁸⁶

Nesse sentido, é inegável que as decisões produzidas pela Corte IDH assumem em grande medida esse papel catalizador, ao lado das próprias normas de direitos humanos. A cooperação entre os interlocutores nas diversas jurisdições não pode ser deixada a um mero exercício da vontade, como se fora uma seara diplomática de livre negociação. A essencialidade da pauta exige doses de implementação vinculante, e mesmo coercitiva, para que padrões comuns em direitos humanos sejam respeitados. É nessa perspectiva que se deve verificar qual a eficácia jurídica de sua jurisprudência e das opiniões consultivas¹¹⁸⁷, na medida em que o *Ius Constitutionale Commune* certamente fomenta uma integração em torno do respeito aos direitos humanos.

O necessário espaço de maleabilidade desse sistema, de modo a torná-lo arejado e plural, pressupõe que se adote mecanismos capazes de gerar *standars* comuns abertos à discussão mas que gravitem em torno de um núcleo mínimo essencial e irreduzível¹¹⁸⁸, capaz de gerar proteção aos direitos humanos de modo coerente e incremental.

4.3.1 A força jurídica das sentenças: *res judicata* e *res interpretata*

Uma sentença produzida pela Corte IDH em um processo contencioso é, por força de determinação normativa da própria Convenção Americana (artigo 67), definitiva e inapelável. A única manifestação cabível para os jurisdicionados em um determinado caso é o pedido de interpretação da sentença, previsto no artigo 68 do Regulamento da Corte Interamericana, em que se pode solicitar que a Corte declare de forma expressa sua posição a respeito de certos pontos que porventura não tenham sido esclarecidos.¹¹⁸⁹

Nesse relacionamento entre a Corte IDH e a corte superior nacional, o diálogo judicial assume um caráter vinculante e obrigatório. Em casos em que está em pauta a definição dos contornos do alcance normativo dos direitos humanos, a Corte IDH deve analisar as razões apresentadas pela corte superior doméstica, a partir de uma “*cooperación ascentendente*” inclusive para verificar se haveria algum espaço para deferência.¹¹⁹⁰ Assim, o diálogo entre as

¹¹⁸⁶ Uma perspectiva de deferência capaz de arejar o sistema ao mesmo tempo em que preserva os direitos é o tema do quarto capítulo.

¹¹⁸⁷ Notadamente as decisões interamericanas que realizam controle de convencionalidade (nas sentenças) ou verificam a compatibilidade do direito interno com a convenção pela via consultiva.

¹¹⁸⁸ Esse núcleo será analisado no quarto capítulo.

¹¹⁸⁹ CORTE IDH. **Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Aprovado pela Corte no seu LXXXV Período Ordinário de Sessões celebrado de 19 a 28 de novembro de 2009. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf. Acesso em: 10 ago. 2019, artigo 68.

¹¹⁹⁰ Tema abordado no primeiro capítulo.

cortes nacional e regional acaba por se revelar como um elemento intrínseco do próprio princípio da subsidiariedade, já que a matéria sobre a qual é invocada a jurisdição regional necessariamente teve de ser esgotada perante a jurisdição doméstica.¹¹⁹¹ Em contrapartida, proferida a sentença interamericana, cabe ao órgão jurisdicional interno considerá-la, o que não significa que essa decisão regional substitua a decisão nacional. Nesse sentido, em conformidade com o quanto já foi asseverado, é preciso ter em conta que o sistema interamericano de direitos humanos – e mais propriamente o *Ius Constitutionale Commune* – não se estrutura segundo critérios hierárquicos, mas segundo critérios dialógicos que visam um processo de harmonização. É evidente que a partir do prisma cooperativo proposto, cabe à corte doméstica reconhecer e implementar as orientações firmadas pela corte supranacional.

Também por força de norma convencional (artigo 68.1, CADH), essa sentença interamericana produz coisa julgada para as partes, ou seja, vincula seus destinatários tornando obrigatórias as determinações nela contidas, inclusive podendo ser executada perante autoridades jurisdicionais nacionais a fim de determinar o pagamento das indenizações pecuniárias (artigo 68.2, CADH).¹¹⁹² A coisa julgada, enquanto autoridade especial que recai sobre decisões judiciais das quais não caiba recurso, conferindo-lhe coercibilidade, imutabilidade e irreversibilidade, sempre foi amplamente reconhecida no direito internacional, não sendo diferente com a Corte IDH.¹¹⁹³ Assim, a *res judicata* vincula diretamente o Estado submetido à sentença, que deve adotar todas as suas determinações por imperativo de boa-fé nas relações internacionais. Nessa seara, não poderá o Estado invocar razões de caráter interno para não cumprir com as obrigações fixadas em sentença, inclusive normas constitucionais ou decisões judiciais, em respeito ao que determinam os artigos 26 e 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.¹¹⁹⁴

Note-se que a própria Corte IDH teve oportunidade de asseverar essa posição na Opinião Consultiva n. 14/94, sobre responsabilidade internacional pela expedição e aplicação de leis violadoras da Convenção, a qual tinha por pano de fundo mudança constitucional no Peru, que ampliava as hipóteses de pena de morte:

¹¹⁹¹ SAIZ ARNAIZ, Alejandro. La interacción entre los tribunales que garantizan derechos humanos: razones para el diálogo. In: SAIZ ARNAIZ, Alejandro (Director); SOLANES MULLOR, Joan; ROA ROA, Jorge Ernesto. **Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**. Valência: Tirant lo Blanch, 2017, p. 29-43, p. 39-42.

¹¹⁹² FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Hacia la formación jurisprudencial interamericana de un *Ius Constitutionale Commune Americanum*: eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay). In: BOGDANDY, Armin von; FIX-FERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. **Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos**. Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional; Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2014, p. 329-382, p. 341.

¹¹⁹³ *Ibid.*, p. 343-344.

¹¹⁹⁴ UNITED NATIONS. **Viena Convention on the Law of the Treaties**. Viena, 1969. Treaties Series, n. 1155, p. 331, 2005.

*Una cosa diferente ocurre respecto a las obligaciones internacionales y a las responsabilidades que se derivan de su incumplimiento. Según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno [...].*¹¹⁹⁵

Nessa perspectiva, como assinala Ferrer Mac-Gregor, tão logo tenham as partes sido notificadas do conteúdo da sentença interamericana, esta produz efeitos obrigatórios, cabendo aos seus destinatários promoverem seu integral cumprimento. Saliente-se que são destinatários da sentença todas as autoridades estatais com competência para cumprir referidas obrigações, e não apenas o Estado enquanto pessoa jurídica de direito público. Por meio do controle de convencionalidade, a Corte IDH toca diretamente as autoridades dentro das estruturas da organização do Estado, enquanto agentes das funções estatais, como administradores, membros do Judiciário, funcionários públicos civis e militares.¹¹⁹⁶ Na medida em que as sentenças visam tratar da integralidade da violação dos direitos humanos no plano concreto, determinando para além do reconhecimento da responsabilidade do Estado e o pagamento de indenização, a criação de regulações, medidas administrativas e políticas públicas, ela só poderá alcançar eficácia se todas as autoridades estatais estiverem a elas vinculadas.

No caso brasileiro, a análise das sentenças de supervisão de cumprimento permitem verificar que muitas das obrigações foram cumpridas pelas autoridades nacionais, demonstrando que, em que pese o Estado brasileiro, e notadamente o Supremo Tribunal Federal, ser considerado resistente ao sistema¹¹⁹⁷, ele em verdade cumpre em alguma medida com o determinado nas sentenças, mostrando-se comprometido com os efeitos da coisa julgada.¹¹⁹⁸

No caso Ximenes Lopes foram cumpridas as obrigações de publicação da sentença no Diário Oficial, pagamento de indenização por danos materiais e morais, pagamento das custas e desenvolvimento de programas de capacitação de profissionais da saúde mental, a fim de

¹¹⁹⁵ CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994**. Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A No. 14, párrafo n. 35.

¹¹⁹⁶ FERRER MAC-GREGOR, *op. cit.*, p. 343-345.

¹¹⁹⁷ BOGDANDY, Armin von. O mandato transformador do Sistema Interamericano: Legalidade e Legitimidade de um processo jurigenético extraordinário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 232-252, 2019, p.238.

¹¹⁹⁸ Embora não haja ainda uma lei específica que discipline a implementação das decisões interamericanas no sistema jurídico brasileiro, houve a iniciativa de lei do então deputado federal José Eduardo Cardozo, Projeto de Lei n. 4667/2004, o qual foi arquivado em 18/03/2019. BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 4667/2004**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?odProposicao=273650>. Acesso em: 27 nov. 2019. O Projeto de Lei do Senado n. 220 de 2016, de autoria do senador Randolfe Rodrigues, ainda está em trâmite e se encontra com a relatoria desde fevereiro de 2019. BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n. 220 de 2016**. Atividade Legislativa. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materia/-/125951>. Acesso em: 27 nov. 2019.

evitar que os maus tratos que levaram ao falecimento da vítima se perpetrassem. Embora tenha ainda iniciado o processo de investigação e punição dos culpados pela morte, os processos em 2010 ainda estavam pendentes de recurso.¹¹⁹⁹ As obrigações firmadas no caso *Escher e outros*, que tratou da violação de direitos de integrantes do Movimento sem Terra, foram integralmente cumpridas (pagamento de indenizações e custas, publicação da sentença e investigação e punição dos responsáveis), gerando o arquivamento do feito.¹²⁰⁰ O pagamento de indenizações e custas, bem como a realização de investigações a respeito da morte de Sétimo Garibaldi também foi determinado pela Corte IDH no caso *Garibaldi*. O Brasil chegou a desencadear uma investigação, que gerou denúncia perante à jurisdição penal de um acusado, e promoveu a indenização das vítimas.¹²⁰¹ Finalmente, no caso *Gomes Lund*, que tratou das vítimas da Guerrilha do Araguaia durante os anos da ditadura militar no Brasil, parte das obrigações foram cumpridas, como a publicação da sentença, o ingresso de familiares de vítimas nos processos de indenização previstos na Lei n. 9140/95 e a criação da Comissão Nacional da Verdade. Em parte, o Estado vem cumprindo com as diligências de busca dos desaparecidos e publicação das informações, bem como o pagamento das indenizações. O ponto nevrálgico da sentença é o obstáculo plantado pela Lei de Anistia no Brasil, considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal e nessa seara amplamente aplicada para impedir a investigação e a responsabilização dos agentes estatais que causaram as violações de direitos humanos.¹²⁰²

Uma forma de solucionar esse impasse, sugerida por Carvalho Ramos, seria a teoria do duplo controle, em que se separam as áreas de atuação: enquanto caberia à Corte IDH realizar o controle de convencionalidade, caberia ao Supremo Tribunal Federal realizar o controle de constitucionalidade. Desse modo, autoridades judiciais brasileiras poderiam autorizar o processamento de autoridades militares pelas violações de direitos humanos ocorridas na Guerrilha do Araguaia com suporte direto na sentença interamericana, a despeito da posição do STF, já que a Lei da Anistia brasileira foi declarada violadora da Convenção

¹¹⁹⁹ CORTE IDH. **Caso Ximenes Lopes vs. Brasil**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2 mayo de 2008; CORTE IDH. **Caso Ximenes Lopes vs. Brasil**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de septiembre 2009; CORTE IDH. **Caso Ximenes Lopes vs. Brasil**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de mayo 2010.

¹²⁰⁰ CORTE IDH. **Caso Escher y otros vs. Brasil**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de mayo 2010; CORTE IDH. **Caso Escher y otros vs. Brasil**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 19 de junio de 2012.

¹²⁰¹ CORTE IDH. **Caso Garibaldi vs. Brasil**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de febrero de 2012; CORTE IDH. **Caso Garibaldi vs. Brasil**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de febrero de 2011.

¹²⁰² CORTE IDH. **Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de octubre de 2014.

Americana sobre Direitos Humanos pela Corte IDH.¹²⁰³ Como destinatários da sentença interamericana, as autoridades poderiam deixar de aplicar o entendimento do Supremo Tribunal Federal. O problema da proposta, contudo, é descuidar do fato de que mesmo as normas constitucionais devem ser interpretadas à luz do *corpus iuris* interamericano, sendo que cabe a todos os órgãos jurisdicionais, inclusive e especialmente o Supremo Tribunal Federal, realizarem o controle de convencionalidade. Ainda que não necessariamente se chegue à “constituição convencionalizada” proposta por Néstor Pedro Sagüés, é preciso que a interpretação das normas constitucionais relativas a direitos humanos dialogue com os padrões regionais decorrentes das normas convencionais e da jurisprudência interamericana. É essa também a posição de Gonzalo Aguilar Cavallo ao asseverar que os controles de convencionalidade e de constitucionalidade se realizem de forma simultânea e harmônica, considerando Constituição e normas regionais de direitos humanos como instrumentos jurídicos complementários.¹²⁰⁴

Outro aspecto importante da coisa julgada é que ela abrange não apenas a parte dispositiva da sentença interamericana, mas também as razões de decidir. O Estado não pode descuidar dos motivos que levaram a Corte à definição das obrigações dirigidas à proteção e promoção dos direitos humanos. Significa reconhecer, como enalteceu a Corte IDH desde o caso inaugural *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, em 1989, que a sentença em sua integralidade vincula o Estado.¹²⁰⁵ Importa salientar que essa concepção não é entendimento isolado da Corte IDH, mas foi bem recebida pela *Suprema Corte de Justicia de la Nación de México*. Em virtude da sentença proferida no caso *Radilla Pacheco*, de 2009, esta Suprema Corte realizou um controle de convencionalidade de ofício, observando que “*para el Poder Judicial son vinculantes no solamente los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en la sentencia mediante la cual se resuelve [el] litigio*”.¹²⁰⁶

Ao proferir uma sentença definitiva, a Corte IDH encerra um litígio, a ele atribuindo um resultado específico com interpretação e aplicação das normas convencionais e fixação de

¹²⁰³ RAMOS, André de Carvalho. Realizando a convergência entre o nacional e o internacional: os círculos concêntricos da pluralidade das ordens jurídicas no Brasil. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (coord.). **Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 437-468, p. 466-467.

¹²⁰⁴ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. ¿Quién es el guardián de la Convención Americana sobre Derechos Humanos? In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (coord.). **Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 706-743, p. 731.

¹²⁰⁵ CORTE IDH. **Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras**. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C-7, párrafo n. 35. No mesmo sentido: HITTERS, Juan Carlos. Un avance en el control de convencionalidad: el efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana. **La Ley**, Buenos Aires, Argentina 27 mayo 2013, p. 2.

¹²⁰⁶ MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. **Tesis del Tribunal Pleno aprobada el 28 de noviembre de 2011**, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro III, diciembre de 2011, tomo 1, p. 556.

obrigações. Somente nesse único sentido se poderia cogitar da expressão “última palavra”. O discurso normativo que integra a sentença, contudo, corresponde a um momento de fala, que pela via do diálogo judicial cooperativo pode sempre se abrir a novos argumentos, a novos vieses, em casos futuros. Essa também é a compreensão de Saiz Arnaiz:

Es evidente que en cada litigio, para cada caso, se podrá identificar una última autoridad que resolverá sobre la pretensión iusfundamental planteada, pero la construcción del contenido de los derechos en juego, la identificación de sus posibles límites, las técnicas de la ponderación que en su caso haya de llevarse a cabo, en suma, la interpretación de los derechos fundamentales es ya, en le presente y en nuestros continentes, el resultado de la actuación, ciertamente diacrónica, asimétrica y desigual, pero en todo caso conjunta, de los jueces y de los legisladores [...].¹²⁰⁷

É certo que em diversos casos de graves violações a direitos humanos, inclusive equiparados a crimes contra a humanidade, a Corte IDH assume uma postura menos disposta a dialogar com outras posições defendidas por cortes nacionais a respeito da definição dessas violações.¹²⁰⁸ Contudo, pode mostrar-se mais aberta e dialógica no exercício da subsidiariedade remedial, ou seja, na fixação das obrigações do Estado, como na fixação dos critérios para indenização no caso *Cepeda Vargas vs. Colômbia*.¹²⁰⁹ Aliás, é precisamente na etapa da supervisão do cumprimento de sentença, previsto no artigo 69 do Regulamento da Corte, que se abre um debate entre todos os envolvidos no processo a fim de promover o cumprimento das obrigações. Se a abertura da Corte IDH deve estar presente para a realidade doméstica na interpretação dos sentidos dos direitos humanos, mais ainda o deve na fixação das obrigações decorrentes de uma violação.

No caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, a dificuldade de implementação de uma das obrigações determinada pela Corte IDH na sentença – regulação da fertilização *in vitro* naquele Estado¹²¹⁰ – acabou gerando intensa discussão entre Estado, vítimas e a Corte IDH na etapa de supervisão de cumprimento de sentença, inclusive alterando o conteúdo da coisa julgada. Em que pese a sentença interamericana não ter expressamente determinado a criação de lei para a regulação do procedimento de fertilização, o sistema jurídico nacional exigia que tal espécie de medida passasse pelo Poder Legislativo. Diante da tramitação exangue de diversos projetos de lei, o Poder Executivo editara um decreto autorizando a fertilização *in*

¹²⁰⁷ SAIZ ARNAIZ, Alejandro. La interacción entre los tribunales que garantizan derechos humanos: razones para el diálogo. In: SAIZ ARNAIZ, Alejandro (Director); SOLANES MULLOR, Joan; ROA ROA, Jorge Ernesto. **Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**. Valência: Tirant lo Blanch, 2017, p. 29-43, p. 34.

¹²⁰⁸ CAROZZA, Paolo G.; GONZÁLEZ, Pablo. The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A reply to Jorge Contesse. **I•CON**, v. 15 N. 2, 2017, p. 436-442, p. 440.

¹²⁰⁹ CORTE IDH. **Caso Cepeda Vargas vs. Colombia**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213.

¹²¹⁰ CORTE IDH. **Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257, párrafo 337.

in vitro e regulando seu procedimento.¹²¹¹ A Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça da Costa Rica, contudo, invalidou o decreto por violar a reserva de lei prevista na Constituição. A regulação da fertilização *in vitro* não poderia descuidar das exigências constitucionais de uma lei formal, uma exigência republicana.¹²¹² Diante do impasse, a Corte IDH afirmou que a garantia de que as pessoas na Costa Rica pudessem fazer uso da fertilização *in vitro* dispensaria uma lei específica do Estado nesse sentido, pois poderiam ser “*la normativa, regulaciones técnicas, protocolos y estándares de salud, médicos y cualquier otra normativa que resultara aplicable.*”¹²¹³ Todavia, foi além a Corte IDH na pretensão de possibilitar a fruição do direito (fertilização *in vitro*) e decidiu por determinar que se considerasse válido o decreto executivo que fora invalidado pela Sala Constitucional, o qual não fora objeto do processo num primeiro momento.¹²¹⁴ A preocupação com a máxima eficácia da sentença, nesse caso específico, passou a garantia do devido processo legal a papel secundário.

Se em virtude do caráter de *res judicata* a sentença interamericana gera uma vinculação direta e obrigatória a seus destinatários, outros são os efeitos por ela produzidos para os demais Estados-membros do sistema. Essa sentença estaria acobertada por uma eficácia interpretativa denominada *res interpretata*, gerando especialmente para todos os Estados submetidos à competência jurisdicional da Corte IDH o dever de considerar a sentença como elemento do *corpus iuris* interamericano, a pautar suas condutas na promoção e proteção dos direitos humanos¹²¹⁵, inclusive a partir da compatibilização do seu conteúdo com o enquadramento e a tradição jurídica doméstica.¹²¹⁶ Esse efeito é canalizado prioritariamente pela via dos diálogos judiciais verticais, no caso da interação entre os

¹²¹¹ CORTE IDH. **Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de febrero de 2016, párrafos 16, 17.

¹²¹² *Ibid.*, párrafo 19.

¹²¹³ *Ibid.*, párrafo 36.

¹²¹⁴ *Ibid.*, párrafo 36.

¹²¹⁵ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Hacia la formación jurisprudencial interamericana de un *Ius Constitutionale Commune Americanum*: eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay). In: BOGDANDY, Armin von; FIX-FERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. **Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos**. Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional; Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2014, p. 329-382, p. 350. No mesmo sentido, HITTERS, Juan Carlos. Un avance en el control de convencionalidad: el efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana. **La Ley**, Buenos Aires, Argentina 27 mayo 2013, p. 4; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016., p. 71; BOGDANDY, Armin von. O mandato transformador do Sistema Interamericano: Legalidade e Legitimidade de um processo jurígenético extraordinário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 232-252, 2019, p. 235.

¹²¹⁶ GABRIEL MAINO, Carlos Alberto. Los derechos humanos: baluarte y socavo de las instituciones. Hacia un adecuado equilibrio entre el control judicial de convencionalidad y la representación política de los procesos democráticos. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, v. 22, ano 2016, p. 357-380. Bogota: Fundación Konrad Adenauer. Programa de Estado de Derecho para Latinoamérica, p. 370. O autor é um crítico da aplicação de uma doutrina de *stare decisis* no sistema interamericano, entendendo que ela ultrapassaria o compromisso assumido pelos Estados ao ratificarem a Convenção Americana. Ainda que a doutrina do *stare decisis* não seja necessariamente aplicada, a vinculação dos Estados às orientações da Corte IDH, naquilo que lhes for pertinente, parece, todavia, uma questão de boa-fé.

tribunais domésticos e a Corte IDH, a partir de sua jurisprudência. Entretanto, também no diálogo entre cortes nacionais essa eficácia se pode manifestar, na medida em que uma corte pode incorporar razões adotadas por outra, as quais, por sua vez, materializam a influência direta dos julgados interamericanos.

Essa eficácia interpretativa tem por objetivo firmar a existência de *standards* mínimos em matéria de definição dos direitos humanos e, assim, contribuir para a eficácia transversal das normas convencionais e das conquistas que o sistema vem amalhando a partir da formação de sua jurisprudência. Essa compreensão derivou de uma interpretação evolutiva do disposto no artigo 2 da Convenção Americana, o qual determina que os Estados estão obrigados a adotar medidas legislativas “ou de outra natureza” a fim de garantir a efetividade dos direitos humanos previstos no tratado. Precisamente na expressão “de outra natureza” passou-se a incluir as interpretações das normas convencionais feitas pela Corte IDH, a fim de efetivar os direitos humanos.¹²¹⁷

Significaria reconhecer que as sentenças interamericanas espraiam seus efeitos para além de seus destinatários diretos. Essa concepção foi desenvolvida originalmente no sistema europeu de direitos humanos, a partir da aplicação do princípio do efeito útil ao disposto nos artigos 1, 19 e 32.1 da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos, o que gerou a Resolução n. 1226, de 2000:

*The principle of solidarity implies that the case-law of the Court forms part of the Convention, thus extending the legally binding force of the Convention erga omnes (to all the other parties). This means that the states parties not only have to execute the judgments of the Court pronounced in cases to which they are party, but also have to take into consideration the possible implications which judgments pronounced in other cases may have for their own legal system and legal practice.*¹²¹⁸

O sistema interamericano não dispõe da referida normativa, de modo que é a construção doutrinária e jurisprudencial que fortalece o efeito interpretativo das sentenças proferidas pela Corte IDH. Na medida em que as sentenças determinam que os Estados promovam adequações em seus sistemas jurídicos internos a fim de compatibilizá-los com a jurisprudência interamericana – e não exclusivamente com os ditames expressamente fixados na sentença do caso contencioso em questão – resta evidenciada a pretensão de efeitos *erga omnes* dos padrões fixados nas sentenças interamericanas.¹²¹⁹

¹²¹⁷ FERRER MAC-GREGOR, *op. cit.*, p. 351-354.

¹²¹⁸ COUNCIL OF EUROPE. Parliamentary Assembly. **Resolution 1226**. Execution of judgments of the European Court of Human Rights, 2000.

¹²¹⁹ Esse entendimento foi expressamente adotado na supervisão de cumprimento de sentença do caso *Gelman vs. Uruguai*: “*De tal manera, es posible observar dos manifestaciones distintas de esa obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad, dependiendo de si la Sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no.*”

O mesmo se pode extrair do caso *Radilla Pacheco vs. México*, em que a Corte IDH aplicou entendimento jurisprudencial já consolidado no sentido de que violações de direitos humanos de civis não poderiam ser julgadas por tribunais militares.¹²²⁰ A proibição mencionada não se encontrava taxativamente expressa na Convenção Americana, mas foi construída pela Corte IDH à luz dos direitos a um juiz imparcial e independente (artigo 8.1, CADH), considerando um histórico frequente latino-americano em que as corporações militares se protegem diante da acusação de violações de direitos humanos.¹²²¹ Diversos outros casos foram julgados nesse sentido consolidando esse entendimento jurisprudencial a fim de vincular todos os Estados submetidos à jurisdição da Corte IDH.

Ademais, no Caso *Norín Catrimán e outros (Povo Mapuche) vs. Chile*, ao tratar do interrogatório de testemunhas, do direito a recurso de sentença penal condenatória e de prisão preventiva, a sentença reiterou que as autoridades estatais estariam vinculadas não só às normas convencionais mas também aos padrões estabelecidos pela própria Corte sobre a matéria.¹²²²

Nessa seara, na sentença adotada no caso *Cabrera García e Motiel Flores vs. México*, a Corte IDH demonstrou que diversos tribunais nacionais já reconhecem a força vinculante de seus julgados, o que pode sugerir que a própria doutrina do controle de convencionalidade teria se estruturado com a cooperação das cortes nacionais.¹²²³ Essa é uma expressão do diálogo judicial cooperativo. A Sala Constitucional da Corte Suprema de Costa Rica afirmou textualmente que a força dos julgados e resoluções produzidos pela Corte IDH a respeito das normas convencionais de direitos humanos “*tendrá – de principio – el mismo valor de norma interpretada*”. Já o *Tribunal Constitucional de Bolívia* reconheceu que as decisões proferidas pela Corte integram o seu bloco de constitucionalidade, e a *Corte Suprema de Justicia de República Dominicana* atestou: “*es de carácter vinculante para el Estado dominicano, y, por ende, para el Poder Judicial, no sólo la normativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sino sus interpretaciones dadas por los órganos jurisdiccionales*”. A

Lo anterior debido a que a que la norma convencional interpretada y aplicada adquiere distinta vinculación dependiendo si el Estado fue parte material o no en el proceso internacional.” CORTE IDH. **Caso Gelman vs. Uruguay**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, párrafo n. 67.

¹²²⁰ CORTE IDH. **Caso Radilla Pacheco vs. México**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párrafos 273, 274.

¹²²¹ PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 123.

¹²²² CORTE IDH. **Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párrafos n. 436, 461, 464.

¹²²³ GÓNGORA-MERA, Manuel. El control de convencionalidad en órdenes jurídicos de tradición continental: el valor de la jurisprudencia interamericana a la luz de la experiencia del Tribunal Constitucional Alemán. In: HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. **El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile**. Santiago: DER Ediciones, 2017, p. 147-212, p. 168.

sentença ainda dialoga com decisões do Tribunal Constitucional do Peru; da *Corte Suprema de Justicia de la Nación* da Argentina, e da Corte Constitucional da Colômbia, a fim de enfatizar a permeabilidade do *corpus iuris* interamericano.¹²²⁴

Essa eficácia de *res interpretata* das sentenças interamericanas visa precisamente consolidar padrões de proteção de direitos humanos, a partir da interpretação feita pela Corte IDH das normas convencionais em atenção aos contextos latino-americanos. Tendo em vista que esses padrões constituem “*una pauta hermenéutica fundamental e imprescindible de mínimos en materia de derechos humanos*”¹²²⁵, devem ser criados em uma perspectiva de diálogos judiciais verticais na modalidade cooperativa, como enfatizado pela própria Corte:

*Lo anterior significa que, como consecuencia de la eficacia jurídica de la Convención Americana en todos los Estados Parte en la misma, se ha generado un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí. Así, la jurisprudencia de la Corte muestra casos en que se retoman decisiones de tribunales internos para fundamentar y conceptualizar la violación de la Convención en el caso específico. En otros casos se ha reconocido que, en forma concordante con las obligaciones internacionales, los órganos, instancias o tribunales internos han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que dio origen al caso; ya han resuelto la violación alegada; han dispuesto reparaciones razonables, o han ejercido un adecuado control de convencionalidad.*¹²²⁶

Esse caráter dialógico foi enfatizado também por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, ao reconhecer a possibilidade de as autoridades nacionais se afastarem da jurisprudência interamericana desde que o façam de foram arrazoada e fundamentada, visando gerar para a norma convencional um padrão ainda superior de proteção, em aplicação do princípio da norma mais favorável.¹²²⁷

Ainda assim, o efeito *erga omnes* da jurisprudência interamericana não deixa de fomentar discussões importantes no tocante ao seu alcance.

Seria possível defender a eficácia vinculante das sentenças interamericanas a todos os Estados signatários da Convenção Americana, inclusive aqueles que não reconheceram a

¹²²⁴ CORTE IDH. **Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párrafos 226 a 232.

¹²²⁵ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Hacia la formación jurisprudencial interamericana de un *Ius Constitutionale Commune Americanum*: eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay). In: BOGDANDY, Armin von; FIX-FERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. **Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos**. Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional; Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2014, p. 329-382, p. 357.

¹²²⁶ CORTE IDH. **Caso Gelman vs. Uruguay**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, párrafo n. 71.

¹²²⁷ FERRER MAC-GREGOR, *op. cit.*, p. 357.

jurisdição da Corte, em virtude da própria norma convencional que reconhece na Corte IDH uma intérprete autorizada da Convenção. Suas decisões, assim, integrariam o *corpus iuris* interamericano, devendo ser ao menos consideradas argumentativamente. Esse não seria o caso para os Estados que não ratificaram a Convenção, como Estados Unidos e Canadá. Todavia, mesmo no caso de Estados-parte da Convenção, mas que ainda titubeiam em reconhecer hermeneuticamente sua força constitucional (como o Brasil), a jurisprudência que aplica essas normas convencionais deveria se sobrepor à interpretação feita pelas próprias autoridades jurisdicionais domésticas?

Segundo Miriam Henríquez, a vinculação da atuação das autoridades estatais às normas convencionais interpretadas pela Corte IDH precisaria ser resolvida em âmbito constitucional.¹²²⁸ Dessa forma, Estados como a Colômbia e a Argentina, que expressamente atribuem *status* Constitucional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ou ainda a Bolívia, que lhe reconhece *status* supraconstitucional, a vinculação à jurisprudência interamericana seria facilitada, inclusive pela aplicação da ideia de bloco de constitucionalidade. O Tribunal Constitucional do Peru, por sua vez, na sentença proferida no caso Arturo Castillo Chiritos, pronunciou-se no sentido de declarar sua vinculação aos julgados interamericanos precisamente em função da abertura deixada pela própria Constituição:

*[...] La vinculatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o ratio decidendi, con el agregado de que, por imperio de la Cuarta Disposición Final y Transitoria CDFI de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la Corte Interamericana, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFI de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal [...]*¹²²⁹

¹²²⁸ HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam. Cimientos, auge y progresivo desuso del control de convencionalidad interno: veinte interrogantes. **Revista Chilena de Derecho**, vol. 45 No 2, p. 337-361, 2018, p. 356-357. Mais além, Galindo afirma que os juízes nacionais estão necessariamente vinculados ao disposto nas Constituições de seus Estados, de modo que o controle de convencionalidade, a fim de determinar a invalidação de uma norma nacional por contrariedade à normas convencionais, e, mais, por contrariedade à jurisprudência da Corte IDH, somente poderiam ser dele exigidas em virtude de previsão constitucional. GALINDO, George Rodrigo Bandeira. El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Trad. Carlos Cernado Carrera. **Protección Multinivel de Derechos Humanos**. Capítulo 9. Barcelona: Universidad Pompeu Fabra, 2015, p. 264.

¹²²⁹ PERU. Tribunal Constitucional en el caso “Arturo Castillo Chirinos”, Expediente N° 2730-06-PA/TC, del 21 de julio de 2006, párrs. 12 y 13, *apud* HITTERS, Juan Carlos. Un avance en el control de convencionalidad: el efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana. **La Ley**, Buenos Aires, Argentina 27 mayo 2013, p. 1-2.

O Brasil ainda não demonstrou seu pleno comprometimento com um *Ius Constitutionale Commune* em virtude da posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal a respeito da hierarquia supralegal de tratados de direitos humanos ratificados antes da reforma constitucional de 2004, dentre os quais a própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Trata-se de interpretação equivocada que quiçá um dia possa ser revista, por força da abertura aos tratados internacionais de direitos humanos prevista no artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição, que incluiu os tratados internacionais de direitos humanos no rol de direitos e garantias fundamentais. Não obstante, em 2014, o Governo Brasileiro, por meio do Ministério da Justiça, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos organizaram um volume de jurisprudência interamericana sobre o direito à vida, as leis de anistia e o direito à verdade. Tratava-se de documento emblemático que buscava demonstrar a intenção do Estado Brasileiro de dar cumprimento ao conteúdo da sentença proferida no caso Gomes Lund, em que pese o Supremo Tribunal Federal ter anteriormente considerado constitucional a lei de anistia. Extrai-se da apresentação daquele volume o expreso comprometimento do Estado Brasileiro com a jurisprudência criada pela Corte IDH:

Mas este cenário está em mudança. Quase duas décadas depois de reconhecida a competência da Corte, pode-se afirmar que os Tribunais brasileiros, em especial o Supremo Tribunal Federal, vêm ampliando as citações à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em suas decisões, a exemplo do caso sobre prisão do depositário infiel, do duplo grau de jurisdição, do uso de algemas, da individualização da pena, da presunção de inocência, do direito de recorrer em liberdade e da razoável duração do processo. Afinal, são mais de 160 sentenças já emitidas pela Corte IDH em distintos casos e cuja aplicabilidade vincula a todos os países aderentes da Convenção.¹²³⁰

Em que pese a iniciativa, é preciso considerar que ao longo dos anos o Brasil sempre teve uma atuação deficitária em termos de proteção dos direitos humanos. Como narra o relatório das observações preliminares em virtude de visita feita ao Brasil em 2018, a situação do país representou uma melhora em relação à visita anterior (em 1997), porém a Comissão IDH observou “com preocupação a diminuição de intensidade no processo de fortalecimento institucional na área dos direitos humanos”.¹²³¹ O país ainda enfrenta graves problemas de violência no campo, tanto relativa a demarcação de terras indígenas e quilombolas, como atendimento da população sem-terra; violência dirigida a afrodescendentes, que também correspondem à população economicamente mais vulnerável; escravidão contemporânea e

¹²³⁰ SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA (BRASIL), COMISSÃO DE ANISTIA (BRASIL), CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014, p. 6.

¹²³¹ COMISSÃO IDH. **Observações preliminares da visita in loco da CIDH ao Brasil**. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/238OPport.pdf>. Acesso em: 9 jan. 2020, p. 6.

tráfico de pessoas; extrema pobreza em áreas urbanas; violência e condições precárias de sobrevivência nos estabelecimentos prisionais; discriminação de populações migrantes em termos de direitos trabalhistas; violência contra mulheres e população LGBT, entre outros.¹²³²

Em anos recentes, contudo, o deficit em termos de proteção aos direitos humanos tem se agigantado. É preciso reconhecer que o momento político vivido pelo Brasil a partir do início de 2019 tem desafiado o reconhecimento da força vinculante das decisões interamericanas pela jurisprudência regional.

Ainda, além do efeito vinculante dos julgados proferidos pela Corte IDH não ser unanimemente aceito pelos Estados integrantes do sistema, ele foi um dos pontos abordados pela já mencionada Declaração ao Sistema Interamericano apresentada por Argentina, Brasil, Chile, Colômbia e Paraguai. Dentre os focos de oposição ao sistema, esses Estados afirmaram que não reconheceriam efeitos às resoluções ou à jurisprudência interamericana que ultrapassem as partes em litígio: “*recuerdan que las resoluciones y sentencias de los órganos del sistema interamericano sólo tienen efectos para las partes del litigio*”.¹²³³

Como bem observou Galindo, reduzir os efeitos das decisões proferidas pela Corte IDH da forma proposta significa tolher a capacidade do sistema interamericano fazer frente a questões de alta complexidade, que exigem “*respuestas vigorosas y de alcance muy amplio*”.¹²³⁴ Isso se verifica especialmente quando normas de direitos humanos são frontalmente violadas por legislação nacional, como se verificou nas hipóteses das leis de anistia na América Latina. A própria eficácia cogente das normas convencionais seria enfraquecida se a posição adotada pela Corte IDH no sentido de reputar ditas normas contrárias à Convenção Americana não influenciasse a aplicação de normas idênticas dentro do sistema interamericano.¹²³⁵

Diante desse quadro, se torna necessário avaliar se o alcance da eficácia vinculante da jurisprudência interamericana poderia ser equiparado aquele de precedentes regionais.

¹²³² *Ibid.*.

¹²³³ ARGENTINA, BRASIL, COLOMBIA, CHILE, PARAGUAY. Declaración sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. 2 abril 2019. Considerando n. 4. In: **ALDHU**, Facebook, publicação de 4 julho 2019. Disponível em: <https://www.facebook.com/pg/ALDHU1980/posts/>. Acesso em: 30 set. 2019.

¹²³⁴ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Traducción Carlos Cernado Carrera. **Protección Multinivel de Derechos Humanos**. Capítulo 9. Barcelona: Universidad Pompeu Fabra, 2015, p. 265.

¹²³⁵ *Ibid.*, p. 266. Discorda-se, contudo, do autor quando ele afirma que a posição adotada pela Corte IDH tende a um monismo de prevalência do direito regional (*Ibid.*, p. 267). Como já exposto, em virtude da categoria do diálogo cooperativo, a discussão entre monismo e dualismo estaria vencida, notadamente no *Ius Constitutionale Commune Latino-americano*.

4.3.1.1 Precedentes no *Ius Constitutionale Commune* Latino Americano?

Os Estados Latino-americanos, especialmente em virtude da colonização ibérica dos séculos XVI e XVII, tradicionalmente adotaram o regime jurídico da *civil law*. Contudo, em função de sua adesão ao sistema interamericano, da formação dos blocos de constitucionalidade e da doutrina do controle de convencionalidade, acabaram irremediavelmente se aproximando de uma teoria sobre precedentes e sobre a criação jurisdicional do Direito, próprios da *common law*.¹²³⁶

Precedentes correspondem à “prática de decidir casos com base nas decisões tomadas em casos similares no passado por meio de mecanismos que identificam a experiência comum ou questões semelhantes entre os casos”.¹²³⁷ Nessa ótica, a prática jurisprudencial desenvolvida pela Corte IDH não se encaixaria nessa proposta se tomada rigidamente, pois muitas vezes a Corte aproveita um caso emblemático de violação de direitos humanos para firmar seu entendimento de forma inaugural, pretendendo com isso orientar julgados futuros. Dificilmente há um largo arcabouço jurisprudencial a partir do qual ela poderia firmar precedentes, o que decorre da própria estrutura institucional enxuta que a Corte sustenta, a pequena quantidade de casos julgados por ano. Nesse diapasão, cada caso é tratado como uma oportunidade para discutir e firmar os sentidos dos direitos humanos.

Ainda assim, a Corte IDH frequentemente referencia seus próprios julgados a fim de legitimar as posições sustentadas e, nesse sentido, visa atuar de forma coerente. Essa prática auto referencial poderia se aproximar de uma doutrina do *stare decisis* horizontal, em que se espera que o órgão jurisdicional siga seus próprios precedentes¹²³⁸, ainda que o que seja considerado por ela como precedente corresponda a uma sentença inaugural a respeito de uma determinada matéria.¹²³⁹ Dessa forma, necessário se investigar se os padrões normativos firmados em sentenças interamericanas de fato corresponderiam a precedentes – e em que sentido se poderia fazer uso dessa categoria – na medida em que a partir deles se verifica um efeito harmonizador do pluralismo jurídico.

¹²³⁶ GÓNGORA-MERA, Manuel. El control de convencionalidad en órdenes jurídicos de tradición continental: el valor de la jurisprudencia interamericana a la luz de la experiencia del Tribunal Constitucional Alemán. In: HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. **El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile**. Santiago: DER Ediciones, 2017, p. 147-212.

¹²³⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 198.

¹²³⁸ *Ibid.*, p. 199

¹²³⁹ Importante notar que essa prática vem se consolidando sem qualquer previsão normativa, seja da Convenção Americana, seja do Estatuto ou do Regulamento da Corte IDH.

O uso de precedentes nos processos jurisdicionais internacionais é particularmente desenvolvido no Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em que a referência a casos anteriores a fim de determinar a orientação do julgado é frequente. Inclusive os Estados europeus internalizaram que uma decisão adotada pelo TEDH pode se tornar um precedente para casos futuros. Esses precedentes derivam, em primeiro lugar, da intenção da corte internacional formar uma jurisprudência consolidada, constante e coerente a respeito de determinados assuntos.¹²⁴⁰ E essa prática pode ser identificada na atuação da Corte IDH em diversos temas.

Em 2001, no caso *Barrios Altos vs. Peru*, a Corte IDH inaugurava o entendimento de que as leis de anistia não poderiam ser consideradas válidas a fim de impedir a investigação e punição dos responsáveis pelas graves violações de direitos humanos praticadas durante os anos das ditaduras militares ou conflitos armados.¹²⁴¹ Em 2006, no julgamento do caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, a sentença anterior foi expressamente mencionada, para confirmar o entendimento de que as leis de anistia não poderiam ser consideradas válidas à luz da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.¹²⁴² Ainda em 2006, no caso *La Cantuta vs. Peru*, a sentença do caso *Barrios Altos* voltou a ser invocada.¹²⁴³ Em 2010, no caso *Guerrilha do Araguaia vs. Brasil*, as três sentenças anteriores foram mencionadas para fundamentar a incompatibilidade das leis de anistia com a Convenção Americana.¹²⁴⁴ O caso *Gelman vs. Uruguai*, aproveitando-se do terreno já percorrido pelas sentenças anteriores e sem delas se desviar, foi além para acrescentar mais uma relevante consideração acerca das leis de anistia: elas não seriam reputadas válidas ainda que aprovadas pela maioria popular.¹²⁴⁵

Ao fazer uso desses julgados anteriores para fundamentar suas próprias decisões, estaria a Corte IDH se apropriando da doutrina do *stare decisis*? O fundamento sem dúvida parece ser o mesmo: tratar igualmente casos iguais – o que pode se aplicar a partir de diversas decisões anteriores ou apenas de uma delas.¹²⁴⁶

¹²⁴⁰ LUPU, Yonatan; VOETEN, Erik. Precedent in International Courts: A Network Analysis of Case Citations by the European Court of Human Rights. *British Journal of Political Science*, n. 42, March 2012, p. 413–439, p. 416.

¹²⁴¹ CORTE IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C-75, párrafo 41.

¹²⁴² CORTE IDH. *Caso Almonacid-Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C 154. Serie C 154. Voto Juez Antônio Cançado Trindade, párfas 2, 11.

¹²⁴³ CORTE IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párrafo 188.

¹²⁴⁴ CORTE IDH. *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Sentencia 24 noviembre 2010. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 148.

¹²⁴⁵ CORTE IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C-221, párfas 196, 239.

¹²⁴⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 199.

Ao tratar da justiciabilidade do artigo 26 da Convenção Americana no tocante aos direitos econômicos, sociais e culturais, a Corte IDH usou expressamente o termo “precedente” no caso *Lagos del Campo vs. Peru*:

*Finalmente, cabe señalar que la Corte ha establecido previamente su competencia para conocer y resolver controversias relativas al artículo 26 de la Convención Americana, como parte integrante de los derechos enumerados en la misma, respecto de los cuales el artículo 1.1 confiere obligaciones generales de respeto y garantía a los Estados (supra párr. 142). Asimismo, la Corte ha dispuesto importantes desarrollos jurisprudenciales en la materia, a la luz de diversos artículos convencionales. En atención a estos precedentes, con esta Sentencia se desarrolla y concreta una condena específica por la violación del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dispuesto en el Capítulo III, titulado Derechos Económicos, Sociales y Culturales de este tratado.*¹²⁴⁷

Da leitura do acórdão extrai-se que o julgado a que se teria referido seria *Acevedo Buendía vs. Peru* (2009)¹²⁴⁸. Entretanto, os parágrafos mencionados não chegaram a fornecer razões e argumentos que pudessem justificar a conclusão exarada pela Corte IDH, no sentido de fundamentar uma pretensão a proteção de direitos econômicos, culturais e sociais diretamente a partir do artigo 26 da CADH. Não existe no caso de 2009 uma explanação de fatos e argumentação jurídica que se mostre coercitiva para o caso *Lagos del Campo*, a fim de demonstrar que a sentença só poderia ter chegado ao resultado em virtude da decisão anterior.¹²⁴⁹ Assim, embora a Corte IDH tenha se referido a precedentes, parece não ter utilizado devidamente a teoria do *stare decisis*.

Ainda, nem sempre a coerência é a marca das decisões interamericanas. Os casos de desaparecimento forçado fornecem um bom exemplo de como a Corte pode se desviar de seus próprios julgados anteriores, gerando um processo evolutivo na jurisprudência por vezes confuso. As sentenças que trataram originalmente da matéria foram proferidas no chamado “bloco hondurenho” (casos *Velásquez Rodríguez*, *Godínez Cruz*, *Fairén Garbi y Solís Corrales*, de 1988), e serviram de substrato normativo não só para decisões futuras como para a própria elaboração da Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado, de 1994, o que eleva a outro patamar a ideia de criação jurídica jurisprudencial.¹²⁵⁰ Nesses primeiros casos, a Corte se ocupou de definir o desaparecimento forçado como uma violação complexa e contínua de direitos humanos, em que autoridades estatais ou terceiros a seu mando ou com

¹²⁴⁷ CORTE IDH. **Caso Lagos del Campo vs. Perú**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340, párrafo 154.

¹²⁴⁸ CORTE IDH. **Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198, párrafos 16 e 17.

¹²⁴⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 208.

¹²⁵⁰ SOLEY, Ximena. La desaparición forzada de personas en la jurisprudencia de la Corte IDH. In: RUI VEGA, Luis Efrén; SPIGNO, Irene. **Estudios de casos líderes interamericanos y europeos**. Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2016, p. 183-201.

sua convivência prendem a vítima e ela jamais volta a ser vista, sendo que os responsáveis negam tanto a prisão quanto negam informações sobre seu paradeiro.¹²⁵¹

No tocante ao caráter permanente do desaparecimento forçado, a Corte IDH parece ter elaborado um precedente firme e consistente para afirmar que os efeitos desse delito só se exaurem com a apresentação da vítima ou de seus restos mortais, o que tem permitido à Corte afastar exceções preliminares *ratione temporis*, apresentadas pelos Estados, as quais tomam por base a data de reconhecimento da jurisdição interamericana como marco inaugural para sua competência. Se o desaparecimento forçado teve início em momento anterior a esse reconhecimento, mas a vítima segue desaparecida, ou seus restos mortais foram apresentados e seu paradeiro esclarecido em momento posterior ao reconhecimento, como no caso *Blake vs. Guatemala*, a Corte IDH estende sua jurisdição por todos os fatos envolvidos no delito.¹²⁵²

Com relação aos direitos humanos violados em razão do desaparecimento forçado, a evolução jurisprudencial foi coerente, porém com nítido caráter evolutivo. Se num primeiro momento se reconheceu a violação aos direitos à vida, à integridade pessoal e à liberdade, progressivamente foram reconhecidos outros direitos como direito à personalidade jurídica, direito às garantias processuais e à proteção judicial, direito à verdade, direito à proteção familiar, direito à liberdade de expressão e de associação e à proteção familiar.¹²⁵³ Essas ampliações se deveram às circunstâncias de cada caso concreto, em que os contextos apresentavam características especiais a serem consideradas a fim de determinar a reparação integral das vítimas. As primeiras sentenças acabaram servindo de trampolim para uma evolução jurisprudencial contextualizada em que os níveis de proteção se definiram de forma incremental.

Como demonstra o caso *Isaza Uribe vs. Colômbia*, de 2018, a Corte IDH acabou avançando na qualificação do desaparecimento forçado para rever um elemento essencial de sua caracterização – a prisão da vítima por autoridades estatais ou que agissem com sua convivência. Naquele caso a vítima, Victor Manuel Isaza Uribe, um líder sindical vinculado à SUTIMAC, da região do Madalena Medio, fora preso em 1987 sob a acusação de homicídio de um dirigente da empresa que atuava na região. Foi subtraído da prisão em um contexto

¹²⁵¹ CORTE IDH. **Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras**. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párrafo 155.

¹²⁵² CORTE IDH. **Caso Blake vs. Guatemala**. Excepciones Preliminares. Sentencia de 2 de julio de 1996, Serie C N. 27, párrafo n. 39-40. No sentido de afirmação do precedente, ver CORTE IDH. **Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilla do Araguaia”) vs. Brasil**. Sentencia 24 noviembre 2010. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 104.

¹²⁵³ SOLEY, Ximena. La desaparición forzada de personas en la jurisprudencia de la Corte IDH. In: RUI VEGA, Luis Efrén; SPIGNO, Irene. **Estudios de casos líderes interamericanos y europeos**. Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2016, p. 194-195.

político social que permitiu à Corte presumir a atuação de grupos guerrilheiros chamados de *auto-defensa*, e nunca mais foi visto. As autoridades, nesse caso, não negaram a prisão, mas negaram sua participação no sequestro da vítima. Para fundamentar que a natureza da prisão não interferiria na qualificação do desaparecimento forçado, a Corte IDH invocou outros julgados (Blanco Romero e outros vs. Venezuela, Munárriz Escobar e outros vs. Peru). A fim de configurar a responsabilidade estatal pelo desaparecimento forçado ter ocorrido enquanto a vítima se encontrava sob a custódia do Estado, a Corte IDH citou os casos “*Niños de la Calle*” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala, Juan Humberto Sánchez vs. Honduras e Mendoza e outros vs. Argentina.¹²⁵⁴ A partir da análise dos parágrafos dos casos citados, é possível verificar que a Corte IDH buscou fundamentar sua *ratio decidendi* a partir do mesmo princípio usado anteriormente (a responsabilidade do Estado por pessoas que se encontram sob sua guarda), mas a situação fática dos casos em questão não seria exatamente a mesma.

Assim, não é possível asseverar com clareza que a Corte IDH adote uma teoria de precedentes quando se refere aos seus próprios julgados. É certo que ela os referencia a fim de fundamentar suas decisões, assim como uma certa preocupação com coerência parece se depreender de seus arrazoados. Contudo, a atuação estratégica desempenhada pela Corte IDH para a solução das violações de direitos humanos dentro das perspectivas materiais do *Ius Constitutionale Commune* acaba favorecendo a pauta transformadora em detrimento da fidelidade a um dado sistema jurídico. O caso Lagos del Campo parece demonstrar isso: a preocupação maior foi tornar justiciáveis os direitos humanos econômicos, sociais e culturais e, para tanto, a ideia de precedente foi invocada mais pela autoridade argumentativa do que pelo efetivo uso da doutrina. Ainda, para além da fundamentação em julgados anteriores, a Corte IDH se preocupa em fundamentar suas decisões em normas regionais e internacionais de direitos humanos.¹²⁵⁵ Em algumas situações, a Corte se distancia de julgados anteriores sem necessariamente apresentar os fundamentos para esse *distinguishing*, e quando se refere a julgados anteriores, nem sempre está diante da mesma situação fática, mas realiza interpretações extensivas e analógicas (como na citação dos casos “*Niños de la Calle*” vs. Guatemala). Por essas razões, pode-se reconhecer que sua atuação não se prende necessariamente ao uso da teoria dos precedentes para vinculação interna, nem se filia propriamente a um sistema de *common law* ou de *civil law*.

¹²⁵⁴ CORTE IDH. **Caso Isaza Uribe vs. Colombia**. Sentencia de 20 de noviembre de 2018. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 363, párrafos 86; 90.

¹²⁵⁵ Essa prática pode ser vista inclusive no caso Lagos del Campo vs. Perú, parágrafos 144 a 154.

Em que pese o asseverado, é certo que a autoridade dos julgados da Corte IDH muito teria a ganhar com uma adesão clara à teoria dos precedentes. Como salienta Miriam Henríquez, as decisões proferidas em sede de controle de convencionalidade deveriam ao menos ter o caráter de “auto precedente” a fim de vincular os próprios juízes interamericanos em casos sucessivos.¹²⁵⁶ Nesse mesmo sentido opina Bogdandy, alertando que a Corte IDH deve ser fiel aos seus próprios julgados.¹²⁵⁷ Assim, o uso de precedentes não seria prerrogativa de um sistema jurídico hierárquico. Sua justificativa estaria na invocação das razões jurídicas fornecidas em julgados anteriores para conferir maior autoridade à decisão do caso *sub judice*, proporcionando maior coerência e isonomia à jurisprudência interamericana bem como favorecendo sua legitimidade dentro de um sistema jurídico multinível e plural.¹²⁵⁸ Para tanto, a construção desses precedentes a partir de um diálogo *bottom-up* certamente contribuiria para sua legitimidade.

Analisando o comportamento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, Lupu e Voeten observam que o uso de precedentes pode ser coerente com a pretensão dos juízes internacionais de gerar um mais elevado grau de *compliance* entre os juízes domésticos. Trata-se do “modelo estratégico” de decisões, em que os juízes acreditam que suas decisões serão mais facilmente incorporadas aos sistemas jurídicos domésticos – ultrapassando os limites dos destinatários diretos da sentença – se forem coerentes no tempo e no espaço. Ainda que se considere os Estados-parte no processo, imediatamente vinculados à decisão, esse comportamento estratégico implicaria que o grau de fundamentação de uma decisão facilita a aceitação por parte do vencido.¹²⁵⁹ Na medida em que a Corte IDH tem pretensões que muitas vezes ultrapassam a análise de violações de direitos humanos em casos concretos, buscando estrategicamente impulsionar mudanças estruturais nos Estados jurisdicionados, reconhece-se que o uso de precedentes teria o poder de angariar estrategicamente a *compliance* do Estado destinatário da decisão.

Outra é a perspectiva quando se analisa a adoção de uma teoria de precedentes em sentido vertical, concebidos a partir de uma teoria de *stare decisis*, de modo que as decisões da Corte IDH tenham uma força coercitiva em relação às cortes nacionais, podendo

¹²⁵⁶ HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam. Cimientos, auge y progresivo desuso del control de convencionalidad interno: veinte interrogantes. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 45 No 2, p. 337-361, 2018, p. 339.

¹²⁵⁷ BOGDANDY, Armin von; VENZKE, Ingo. *¿En nombre de quién?: una teoría de derecho público sobre la actividad judicial internacional*. Trad. Paola Andrea Acosta Alvarado; rev. Pedro Villarreal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 235.

¹²⁵⁸ BOGDANDY, Armin von; VENZKE, Ingo. *¿En nombre de quién?: una teoría de derecho público sobre la actividad judicial internacional*. Trad. Paola Andrea Acosta Alvarado; rev. Pedro Villarreal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 171.

¹²⁵⁹ LUPU, Yonatan; VOETEN, Erik. Precedent in International Courts: A Network Analysis of Case Citations by the European Court of Human Rights. *British Journal of Political Science*, n. 42, March 2012, p. 413-439, p. 417-419.

desencadear uma sanção jurídica caso não sejam aplicadas.¹²⁶⁰ Em que pese a pretensão vinculante da jurisprudência interamericana (efeito *res interpretata*), a equiparação a um autêntico sistema de *stare decisis* parece implicar um passo muito adiante dos limites existenciais do próprio *Ius Constitutionale Commune* latino-americano.¹²⁶¹

Em primeiro lugar, é válido recordar que a ordenação do pluralismo jurídico latino-americano não se faz por meio de um sistema hierárquico encabeçado por uma corte de cassação com poderes para invalidar decisões domésticas tal como uma corte constitucional. Ela deve estar focada na harmonização desse pluralismo com vistas à proteção e à promoção dos direitos humanos a partir de um diálogo judicial cooperativo. Ainda que as decisões da Corte IDH sejam tratadas como precedentes na esfera jurídica regional, elas não têm a coercitividade capaz de determinar a automática responsabilização internacional dos Estados alheios ao caso, cujas cortes não os aplicarem diretamente na interpretação das normas convencionais. Essa responsabilização está necessariamente ligada a condutas estatais que tenham, por ação ou omissão, violado direitos humanos. A doutrina de precedentes exige uma adequação importante para um sistema multinível: no lugar da autoridade hierárquica da sentença interamericana, sua eficácia de *res interpretata* e sua postura de precedente jurisprudencial se viabiliza em função da autoridade persuasiva.

Para Bogdandy e Venzke, essa autoridade independe da vinculação do sistema doméstico ao modelo da *common law*, ou mesmo da ausência de uma teoria de *stare decisis* no direito internacional.¹²⁶² Nesse caso,

[...] se espera que la argumentación legal futura se construya sobre las decisiones relevantes anteriores. El uso del precedente no es en ninguna medida discrecional para las cortes, las partes y otros participantes en el discurso legal, pues si ellos no usan el precedente pertinente se descalifican a sí mismos y afectan su causa. En esta medida, una decisión judicial publicada moldea el orden legal al establecer un

¹²⁶⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 199-201.

¹²⁶¹ Mesmo Juan Carlos Hitters, que reconhece amplo valor vinculante às sentenças e mesmo às recomendações proferidas pelos órgãos interamericanos, afirmou que para os Estados que não integraram um dado caso sentenciado pela Corte, a decisão deve surtir efeito de doutrina legal. HITTERS, Juan Carlos. ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad). **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, n. 10, julio-diciembre 2008, p. 131-156.

¹²⁶² Em sentido contrário, em análise do sistema europeu de direitos humanos, García Roca afirma que a força jurídica das sentenças proferidas pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos é precisamente de precedente judicial, com a “lógica do *stare decisis*”. GARCÍA ROCA, Javier. El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo. UNED, **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 30, p. 183-224, 2012. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.30.2012.7005>. Acceso en: 19 feb. 2019, p. 212. Aplicando a mesma lógica ao controle de convencionalidade praticado pela Corte IDH, Néstor Pedro Sagüés afirma que se teria criado uma doutrina de *stare decisis* no sistema interamericano, da mesma forma como essa doutrina de precedentes teria sido criada pela Suprema Corte Norte-Americana. Para este autor, a Corte IDH corresponde a uma autêntica “*Corte de Casación supranacional en derechos humanos*”. SAGÜÉS, Néstor Pedro. Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad. **Estudios Constitucionales**, Año 8, No 1, 2010, p. 117 – 136, p. 126.

*punto de referencia para los discursos jurídicos posteriores; esto es lo que frecuentemente se denomina jurisprudencia internacional.*¹²⁶³

Significaria reconhecer, portanto, que a sentença proferida pela Corte IDH molda o direito regional de forma a repercutir no direito interno, tornando-se uma referência a ser considerada (ainda que circunstâncias concretas possam autorizar seu afastamento).¹²⁶⁴ Para os juízes domésticos, as decisões interamericanas têm o condão de (i) reforçar um determinado sentido das normas de direitos humanos, (ii) revesti-lo de uma dose de autoridade regional, (iii) integrá-lo ao *Ius Constitutionale Commune* e (iv) atender às expectativas de harmonização do corpo jurídico dos Estados-membros do sistema. Quando a Corte IDH decide um determinado caso, comunica à comunidade interamericana de juízes a posição adotada a respeito daquelas situações, devendo tais julgados representar um convite ao diálogo.

O caso brasileiro do julgamento da ADPF n. 153, sobre a constitucionalidade da Lei de Anistia, evidencia a dificuldade que muitas vezes as sentenças interamericanas enfrentam para de fato se fazerem ouvir dentro das cortes nacionais. Ainda que o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal tenha sido anterior à publicação da sentença do caso Gomes Lund, os ministros tinham conhecimento da jurisprudência interamericana adotada em casos anteriores, a fim de reconhecer que a lei de anistia seria considerada contrária à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Como observou Patrícia Mello, esse dado mereceu um simples parágrafo no acórdão, sem nenhuma argumentação jurídica a respeito. Provocados sobre o caso Gomes Lund pela via dos embargos de declaração, datado de 10 de agosto de 2010, o processo ainda se encontra pendente de julgamento, assim como nova ação, a ADPF n. 320, que provoca a Corte Brasileira a se pronunciar sobre a coisa julgada proferida no caso Gomes Lund.¹²⁶⁵

Em que pese a dificuldade de os órgãos jurisdicionais brasileiros efetivamente aplicarem os parâmetros interamericanos em suas decisões¹²⁶⁶, existem sinais de mudança. A título de ilustração, no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) n.

¹²⁶³ BOGDANDY, Armin von; VENZKE, Ingo. *¿En nombre de quién?: una teoría de derecho público sobre la actividad judicial internacional*. Trad. Paola Andrea Acosta Alvarado; rev. Pedro Villarreal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 170.

¹²⁶⁴ *Ibid.*, p. 170.

¹²⁶⁵ MELLO, Patrícia Perrone Campos de. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina tem uma contribuição a oferecer? **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 2 p. 253-285, 2019, p. 273-274.

¹²⁶⁶ Nesse sentido apontou Marcia Nina Bernardes, ao revelar que a maior parte das condenações brasileiras na Corte IDH dizem respeito à violação dos artigos 1.1 (dever de respeito e garantia dos direitos humanos), 8 (garantias judiciais) e 25 (proteção jurisdicional). BERNARDES, Márcia 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. 134-156, 2011. Disponível em: <https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2017/11/sur15-port-marcia-nina-bernardes.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2019, p. 146.

43, 44 e 54, que discutiam a possibilidade de prisão como cumprimento da pena após decisão condenatória proferida por órgão colegiado de segundo grau, os votos dos Ministros Rosa Weber e Luiz Edson Fachin trouxeram à baila decisões interamericanas para reforçar seus argumentos. Como nenhuma delas se pronunciava explicitamente sobre essa matéria, ou seja, na ausência de um inequívoco *standard* comum interamericano, as diversas decisões foram articuladas para fornecer argumentos em sentidos opostos, ora defendendo a prisão após julgamento colegiado de segunda instância, ora defendendo o parâmetro textualmente previsto na Constituição Brasileira, de que a prisão só poderia ocorrer após o trânsito em julgado.¹²⁶⁷

Esse caso demonstra que as sentenças interamericanas também podem ser usadas a *contrario sensu*, para enfatizar que o caso sob análise não se enquadraria nas situações enfrentadas por determinada sentença, justificando uma decisão nacional em sentido divergente, que reconheça outros sentidos possíveis aos direitos humanos. Assim como interpretam as normas abertas dos tratados internacionais, os juízes das cortes nacionais interpretam as razões jurídicas fornecidas pelas decisões que as aplicam, de modo que a jurisprudência acaba por assumir o papel de fonte do direito.¹²⁶⁸

Mais além, reconhecer nas decisões interamericanas precedentes dotados de autoridade argumentativa implica verificar que a comunidade regional de juízes integrantes do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina poderia adequar-se à ideia de cadeia de direito pensada originalmente por Ronald Dworkin para a jurisdição interna.¹²⁶⁹ Essa é a proposta sugerida por Bennoît Frydman, para quem a cadeia de direito poderia sugerir uma cadeia de precedentes em que um juiz ou uma corte logra justificar sua posição a partir de um conjunto coerente de princípios veiculados em outras decisões judiciais – sejam elas de cortes constitucionais de outros Estados integrantes do sistema, sejam oriundas de jurisdições internacionais¹²⁷⁰, como a Corte IDH. O raciocínio da cadeia do direito permite que a corte se sinta segura para confirmar direitos humanos já reconhecidos – mesmo quando forças

¹²⁶⁷ Os acórdãos não haviam sido publicados até a data final de entrega da presente tese. MARINO, Thiago Fuchs. A prisão após segunda instância, o STF e os tratados internacionais. **Justificando**, 11 de novembro de 2019. Disponível em: <https://www.justificando.com/2019/11/11/a-prisao-apos-segunda-instancia-o-stf-e-os-tratados-internacionais/>. Acesso em: 13 nov. 2019.

¹²⁶⁸ BOGDANDY, Armin von; VENZKE, Ingo. **¿En nombre de quién?:** una teoría de derecho público sobre la actividad judicial internacional. Trad. Paola Andrea Acosta Alvarado; rev. Pedro Villarreal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 171.

¹²⁶⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo, Revisão Técnica Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

¹²⁷⁰ FRYDMAN, Benoît. Diálogo internacional dos juízes e a perspectiva ideal de justiça universal. Trad. Mara Beatriz Krug. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (coord.). **Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 15-31, p. 24-25.

políticas ditam caminhos contrários; ou mesmo fornece-lhe munição argumentativa para fundamentar uma mudança na interpretação do direito em vigor.¹²⁷¹

Nesse diapasão, é possível deduzir da lógica do discurso sobre o direito advindo dos diálogos judiciais que atribuir especial autoridade argumentativa às decisões internacionais implica agregar uma nova dimensão à ideia temporal materializada na noção de precedente. Como coloca Frydman, não apenas o direito que veio antes, percorrendo a história (*precedente*), mas também o direito que se confirmou em outros espaços, proveniente de outras jurisdições (*extra-cedente*): “o juiz não fundamenta mais somente sua decisão sobre *precedentes*, ou seja, sobre *antecedentes*, mas igualmente, se ousarmos dizê-lo, sobre *excedentes*, ou antes, sobre *extra-cedentes*”.¹²⁷²

Portanto, é possível compreender que as sentenças interamericanas representam precedentes (ou extra cedentes, na linguagem de Frydman) para os juízes nacionais a partir de uma reconfiguração do conceito desse instituto, que se libertaria da concepção hierárquica presente nos sistemas jurídicos encabeçados por uma constituição e por cortes dotadas de competência constitucional. Na dinâmica multinível do *Ius Constitutionale Commune*, essas decisões incorporam o direito comum permitindo sua discussão por parte das autoridades jurisdicionais dos Estados, inclusive em virtude do compromisso constitucional que cada uma delas assume.

Para tanto, a subsidiariedade em sentido cooperativo visa promover um equilíbrio entre espaços de autonomia para os Estados e a atuação complementar dos órgãos interamericanos a fim de prevenir e remediar violações a direitos humanos. Nesse sentido, o grau de vinculação de um sistema jurídico nacional aos precedentes decorre em primeiro lugar do compromisso com o sistema, materializado na adesão à Convenção Americana e no reconhecimento soberano da jurisdição da Corte IDH. Em casos em que as constituições trazem cláusulas de interpretação conforme, os precedentes interamericanos integram o bloco de constitucionalidade desses Estados, e inclusive o bloco de convencionalidade, gerando a obrigação convencional e constitucional de serem considerados pela jurisdição interna.

Cláusulas de abertura como a presente na Constituição Brasileira inequivocamente apontam para uma integração jurisdicional com as fontes regionais, das quais as sentenças interamericanas fazem parte. Nesse diapasão, não obrigam com a mesma força apontada no caso das cláusulas de interpretação conforme, mas invocam o diálogo judicial cooperativo como uma demonstração do princípio da boa-fé com a qual todo Estado adere a

¹²⁷¹ *Ibid.*, p. 25.

¹²⁷² *Ibid.*, p. 25, grifos no original.

compromissos internacionais. Para o Brasil, vale frisar, a aplicação dos precedentes interamericanos e um diálogo cooperativo mais intenso com os demais interlocutores do ICCAL tem muito a aportar especialmente em tempos recentes, em que a teia de proteção dos direitos humanos tem sido esgarçada por investidas legislativas monopolizadas pelo Executivo.¹²⁷³ Como sugere Patrícia Mello:

[...] Os *standards* construídos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e pelas demais cortes da região, bem como os precedentes protetivos produzidos por outras cortes internacionais e supremas cortes constituem um corpus iuris ou paradigmas objetivos que se encontram alheios às paixões domésticas do momento. [...] As cortes brasileiras precisam buscar engajar-se em um diálogo sério com os demais países da região e com os órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Devem se preocupar em cumprir suas decisões ou, em situações excepcionalíssimas, se desincumbir de um ônus argumentativo robusto e explicitar razões relevantes para se afastarem das suas orientações. Devem buscar conhecer os entendimentos da Comissão IDH e os precedentes da Corte IDH, reconhecer-lhes uma eficácia diferenciada, se comprometer a aplicá-los *prima facie* e desenvolver o controle de convencionalidade, de forma a que seus juízes passem a adequar suas próprias decisões aos *standards* da Corte IDH.¹²⁷⁴

A proposta de engajamento com o ICCAL, mediante um “diálogo sério”, nos moldes sugeridos por Rosalind Dixon¹²⁷⁵ e Patrícia Mello¹²⁷⁶, servem bem ao sistema jurídico brasileiro, e ao próprio sistema interamericano, que se verá fortalecido e enriquecido.

4.3.2 A força jurídica das opiniões consultivas

No ICCAL, as opiniões consultivas têm representado um veículo para importantes avanços na agenda normativa, seja para definir o alcance da atuação dos órgãos interamericanos, seja para interpretar as normas de direitos humanos previstas na Convenção Americana a partir de uma ótica inclusiva e comprometida com o combate à discriminação. Nessa ótica, assume especial importância se verificar a vinculação que elas podem desencadear para os Estados-membros do sistema interamericano.

A função consultiva no sistema interamericano foi prevista no artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹²⁷⁷, correspondendo à faculdade atribuída à Corte IDH

¹²⁷³ Haja vista as investidas legislativas autoritárias do Chefe do Executivo, que via decreto aumentou as hipóteses de porte e posse de armas no Brasil, extinguiu Conselhos de Proteção de Direitos e Minorias, e por meio de Medidas Provisórias extinguiu garantias sociais como o seguro contra acidentes automobilísticos (DPVAT), criou contratos de trabalho com possibilidade de discriminação salarial e por idade. Todas estas medidas foram judicializadas perante o Supremo Tribunal Federal.

¹²⁷⁴ MELLO, Patrícia Perrone Campos de. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina tem uma contribuição a oferecer? **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 253-285, 2019, p. 276.

¹²⁷⁵ DIXON, Rosalind; POSNER, Eric A. The limits of constitutional convergence. Law School of University of Chicago. **Public Law and Legal Theory**. Working Paper n. 329. November 2010. Available at: <http://ssrn.com/abstract=1677634>. Access in: Mar. 2, 2019. Também ver primeiro capítulo, seção 2.4.2.1.

¹²⁷⁶ MELLO, *op. cit.*, 2019.

para responder a consultas a respeito da interpretação de normas da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e outros tratados regionais ou internacionais pertinentes à proteção dos direitos humanos, desde que deles sejam signatários Estados-membros do sistema.¹²⁷⁸ Ainda, a consulta pode se dirigir a um exame de compatibilidade entre normas internas de um Estado-membro com as referidas normas internacionais. Estão legitimados a buscar esse parecer quaisquer Estados-membros da OEA, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e os demais órgãos enumerados no Capítulo X da Carta da OEA.

Trata-se de um instituto bastante abrangente, indo além da aplicação de normas convencionais regionais de direitos humanos para abarcar inclusive convenções internacionais que não tratem especificamente de direitos humanos mas cuja aplicação lhes seja pertinente, como a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em uma consulta provocada pelo Estado do México, a respeito do direito à informação sobre assistência consular.¹²⁷⁹ Para além dos tratados, também a Declaração Americana sobre Direitos Humanos pode ser objeto de consulta, como determinou a Corte IDH na Opinião Consultiva n. 10, de 1989¹²⁸⁰, e a Carta da OEA, segundo as Opiniões Consultivas n. 16, de 1999, e n. 18, de 2003. Nessas oportunidades, a Corte explicou a relação entre as normas regionais e o sistema interamericano de direitos humanos, o que permitiu que as opiniões consultivas tocassem não apenas os Estados-membros do sistema mas também todos os Estados integrantes da OEA.¹²⁸¹

É o que se verificou na Opinião Consultiva n. 18, solicitada pelo México. A Corte IDH se pronunciou sobre a condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados, tema que interessava de perto ao Estado consulente mas também aos Estados Unidos da América, que não integram a Convenção Americana. Ao expandir sua competência consultiva para a interpretação da Carta da OEA, a Corte IDH acabou por encontrar uma forma de definir padrões jurídicos de direitos humanos que deveriam vincular todos os Estados integrantes da OEA, e não apenas os membros do sistema interamericano.¹²⁸² Diante de um grave problema de exclusão social, a Corte IDH atuou estrategicamente, a fim de definir padrões de proibição

¹²⁷⁷ ORGANIZACIÓN DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. San Jose, Costa Rica, 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 20 fev. 2019, artigo 64.

¹²⁷⁸ CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982**. "Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A No. 1.

¹²⁷⁹ CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999**. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Serie A No. 16.

¹²⁸⁰ CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989**. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Serie A No. 10.

¹²⁸¹ CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003**. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Serie A No. 18.

¹²⁸² *Ibid.*, párrafos 59-61.

de discriminação que pudessem tocar até mesmo Estados que não haviam aceito expressamente sua jurisdição (indo além das fronteiras do ICCAL) e, portanto, alcançando situações potenciais de violação de direitos humanos que por outros meios não chegariam à sua alçada.¹²⁸³

Para além da interpretação das normas regionais e internacionais concernentes a direitos humanos, a Corte IDH também pode avaliar se determinada legislação interna de um Estado-membro da OEA, seja constitucional ou infraconstitucional, se adequa a essas convenções e tratados.¹²⁸⁴ Além de normas já legisladas, também projetos de lei ou projetos de reforma constitucional podem ser submetidos ao processo consultivo, como se verificou precisamente na primeira opinião consultiva que se destinou a essa modalidade de análise, desencadeada pelo Estado da Costa Rica a respeito de proposta de modificação constitucional relativa aos critérios de nacionalidade, a Opinião Consultiva n. 4/84.

Nesses casos, se a análise da Corte IDH concluir pela incompatibilidade da norma interna, é válido ressaltar alguns aspectos que distinguem a função consultiva da contenciosa. Conforme compilou Roa, a partir de análise das opiniões consultivas que já trataram da matéria, o parecer consultivo não se presta a declarar a responsabilidade internacional do Estado em virtude da inadequação da legislação interna aos parâmetros convencionais; não pode ser provocado para finalidades puramente acadêmicas nem visar um pronunciamento que solucionaria um caso contencioso subjacente. Na medida em que analisa o direito interno, a função consultiva não deve interferir no processo político interno, nem abordar procedimentos domésticos para a criação de normas internas, pois estes correspondem a prerrogativa dos órgãos internos competentes.¹²⁸⁵ Ela serve para definir *standards* que integram o *Ius Constitutionale Commune*, contribuindo para a harmonização do pluralismo, mas não tem por função responsabilizar Estados.

Dessa forma, a função consultiva não se prestaria à realização do controle de convencionalidade propriamente dito, na interpretação de Mazzuoli, mas sim de uma

¹²⁸³ TIGROUDJA, Hélène, **The Advisory Jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights** (La Compétence Consultative de la Cour Interaméricaine des Droits de L'Homme) (French). La Fonction Consultative des Juridictions Internationales, 2009. Available at: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1720423>. Access in: Nov. 30, 2019, p. 12. Para essa autora, casos como este demonstram que a Corte IDH teria uma pretensão mais universal que regional, compreendendo-se como uma agente de um sistema global de direitos humanos (p. 14-15). Em minha visão, se trata mais propriamente de uma visão estratégica que busca alçar a maior eficácia possível à proteção dos direitos humanos no ambiente regional. Na medida em que, Nesse caso particular, as maiores vítimas de discriminação são migrantes indocumentados mexicanos que adentram os Estados Unidos, a opinião consultiva procurou a proteção desse grupo minoritário. Trata-se, isso sim, de uma interpretação das normas de direitos humanos embasada no princípio de prevalência dos interesses da vítima.

¹²⁸⁴ CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984**. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Serie A No. 4, párrafo 14.

¹²⁸⁵ ROA ROA, Jorge Ernesto. **La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2015, p. 45-46.

“aferição de convencionalidade”, pois essa análise não tem o condão de diretamente responsabilizar os Estados, já que uma sentença capaz de criar obrigações de fazer e não fazer seria prerrogativa do processo contencioso.¹²⁸⁶ Não obstante, quando a Corte IDH emite um parecer consultivo, inegavelmente demanda dos Estados integrantes do sistema e, em especial dos Estados consulentes, especial atenção à interpretação produzida.

Esse quadro explicita uma dificuldade ímpar no sistema interamericano: a distinção entre a função consultiva e contenciosa. No tocante a aspectos procedimentais, as duas funções apresentam características marcantes, já que a primeira se destina a promover uma interpretação em abstrato das normas convencionais e a segunda visa aferir a responsabilidade dos Estados por eventual violação das mesmas, inclusive determinando obrigações de fazer, não fazer ou pagar. Não é objeto da função consultiva averiguar fatos, mas sim analisar as normas convencionais com foco em uma construção multilateral de sentido, de modo que os Estados não são partes, mas consultantes que questionam ou apresentam interpretações variadas e por vezes até conflitantes, sem que a discussão tenha um viés litigioso.¹²⁸⁷

Outro aspecto relevante que distingue a função consultiva da contenciosa é que esta última depende de aceitação expressa da jurisdição da Corte IDH; já a opinião consultiva surte efeitos mesmo para Estados que não são signatários da Convenção Americana, na medida em que Estados-membros da OEA podem solicitar uma interpretação de norma da Declaração Americana sobre Direitos Humanos.¹²⁸⁸

Precisamente em virtude da espontaneidade que marca a consulta da Corte IDH por um Estado-membro, é necessário enfrentar um tema controvertido na seara dos pareceres interamericanos: qual o grau de vinculação para os Estados?

Esse tema poderia ser apreciado na seara descritiva da eficácia normativa. Nesse caso, um exemplo como o da Opinião Consultiva n. 3, de 1983, apontaria para um grau máximo de vinculação. O Estado da Guatemala provocou a função consultiva da Corte IDH a fim de declarar a compatibilidade convencional da pena de morte como legalmente prevista naquele sistema jurídico. Uma vez emitido o parecer, acatou-o integralmente abolindo a referida norma.¹²⁸⁹ Contudo, há exemplos em que as obrigações fixadas aos Estados a partir de interpretação de normas convencionais – como a Opinião Consultiva n. 5, de 1985, que

¹²⁸⁶ PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 350.

¹²⁸⁷ ROA ROA, Jorge Ernesto. **La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2015, p. 63-64.

¹²⁸⁸ HITTERS, Juan Carlos. ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad). **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, n. 10, julio-diciembre 2008, p. 131-156, p. 148.

¹²⁸⁹ *Ibid.*, p. 149.

determina a proteção da liberdade de expressão – não lograram modificar um quadro de radicais violações no continente latino-americano.¹²⁹⁰ Especificamente no tocante a essa opinião consultiva, se as obrigações materiais assinaladas ainda carecem de maior efetividade, vale reconhecer sua incorporação a diversos julgados proferidos por cortes superiores ou constitucionais latino-americanas para o fim de proibir requisitos desproporcionais e limitantes para o exercício da profissão de jornalista.¹²⁹¹ Parece haver um consenso de que os Estados que buscam a opinião consultiva da Corte, via de regra, e por medida de boa-fé, acatam o parecer (ainda que a Convenção Americana não o estabeleça expressamente).

Uma análise acurada da vinculação das opiniões consultivas a partir dos efeitos efetivamente produzidos entre os Estados latino-americanos desafiaria uma pesquisa incompatível com o escopo da presente tese. Na falta de uma norma convencional que explicita os efeitos das opiniões consultivas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ou mesmo de qualquer previsão nesse sentido no Regulamento da Corte, a questão passa a ser analisada a partir da vinculação esperada pela própria Corte, conforme arrazoados deduzidos em pareceres consultivos, que possibilitam uma análise normativa a respeito de qual vinculação seria desejável para o *Ius Constitutionale Commune*.

Na Opinião Consultiva n. 15, de 1997, a Corte IDH tocou nesse tema, mas deixou de explicitar os efeitos a serem reconhecidos ao parecer, embora tenha enfatizado a sua importância para o sistema interamericano: “*aun cuando las Opinión Consultiva de la Corte no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables*”.¹²⁹² Foi na Opinião Consultiva n. 21, de 2014, a respeito dos direitos das crianças em contexto migratório, que o tema dos efeitos foi explicitado em dois importantes aspectos: para integrar oficialmente as opiniões consultivas ao *corpus iuris* interamericano tornando-as parâmetro para o controle de convencionalidade, bem como atestando que sua relevância jurídica se estendia a todos os Estados-membros da OEA:

Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”. A su vez, a partir de la norma convencional

¹²⁹⁰ ROA ROA, *op. cit.*, p. 122-125.

¹²⁹¹ RESENDE, Ranieri L. Deliberation and Decision-Making Process in the Inter-American Court of Human Rights: Do Individual Opinions Matter? *Northwestern Journal Human Rights*, v. 17, article 2, p. 25-50, 2019. Available at: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njihr/vol17/iss1/2>. Access in: Nov. 28, 2019, p. 30. No Brasil, vide BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 511961-SP**. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgado em 17 jun. 2009. Brasília, Diário da Justiça 13 nov. 2009.

¹²⁹² CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-15/97 de 14 de noviembre de 1997**. Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A N. 15, párrafo n. 26.

*interpretada a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (artículo 3.1) y la Carta Democrática Interamericana (artículos 3, 7, 8 y 9), cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y, en particular, constituye una guía a ser utilizada para resolver las cuestiones sobre infancia en el contexto de la migración y así evitar eventuales vulneraciones de derechos humanos. Dado el amplio alcance de la función consultiva de la Corte que, como ya se expuso, involucra no sólo a los Estados Partes de la Convención Americana [...], todo lo que se señala en la presente Opinión Consultiva también tiene relevancia jurídica para todos los Estados Miembros de la OEA que han acordado la Declaración Americana, independientemente de que hayan o no ratificado la Convención Americana, así como para los órganos de la OEA cuya esfera de competencia se refiera al tema de la consulta.*¹²⁹³

Na medida em que a Opinião Consultiva n. 21 de 2014 determina que as opiniões consultivas também sejam consideradas como parâmetro de controle de convencionalidade, ganhou expressão a defesa de uma vinculação forte desses pareceres para os Estados. Caberia às autoridades domésticas, em conformidade com as competências fixadas no sistema interno, realizar o controle de convencionalidade de normas internas, de modo que o direito interno deverá ser apreciado à luz das interpretações fornecidas pelas opiniões consultivas, assim consideradas vinculantes e obrigatórias. Trata-se do que Roa denominou “força vinculante vertical” das opiniões consultivas, pois se dirige aos Estados exigindo condutas efetivas de adequação. Nessa linha, se o Estado mantivesse legislação com conteúdo contrário às interpretações formuladas nas opiniões consultivas, ou deixasse, por exemplo, de adotar medidas determinadas nesses pareceres, poderia ser eventualmente responsabilizado em um futuro processo contencioso.¹²⁹⁴ Essa vinculação forte também é defendida por Mazzuoli para quem, uma vez constatada a incompatibilidade do direito interno com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, nasceria para o Estado o dever de promover as necessárias adequações.¹²⁹⁵

Importa ressaltar que os Estados são convocados a exercer um papel determinante para a implementação das decisões adotadas nas opiniões consultivas da Corte IDH, seja porque são as autoridades estatais, pelo princípio da subsidiariedade cooperativa, as primeiras a atentar para o controle de convencionalidade da normas internas, seja porque ao fazê-lo,

¹²⁹³ CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014.** Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Serie A No. 21, párrafo n. 31, 32.

¹²⁹⁴ ROA ROA, Jorge Ernesto. **La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2015, p. 138-139. Nesse mesmo sentido, PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 347.

¹²⁹⁵ PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 350.

teriam a prerrogativa de impingir tintas locais a fim de operacionalizar os *standards* interamericanos no plano interno. Com o objetivo de orientar os Estados a aplicar as opiniões consultivas para a promoção e proteção dos direitos humanos no âmbito doméstico¹²⁹⁶, a Corte IDH assume a responsabilidade de produzir uma argumentação consistente, pois será a força de seus fundamentos que poderá justificar a vinculação dos Estados aos seus parâmetros. Como bem assinala Roa, “*será la práctica judicial nacional el indicador más importante sobre el ajuste institucional que habrá de tener la incorporación de las opiniones consultivas en el sistema de fuentes de cada uno de los Estados que hacen parte del Sistema Interamericano*”.¹²⁹⁷ Será a estrutura jurídica interna dos Estados, em nível constitucional e legal, a responsável por atribuir a máxima efetividade às opiniões consultivas produzidas pela Corte IDH.¹²⁹⁸

Diante desse quadro, no tocante à produção de efeitos, a diferença entre as sentenças e as opiniões consultivas da Corte Interamericana perde a nitidez.¹²⁹⁹ A partir dessa concepção vinculante, José E. Alvarez defende que a função consultiva da Corte acaba por ser encampada pela função jurisdicional, em virtude da expansão dos efeitos da opinião para além dos limites de casos contenciosos, promovendo um diálogo entre as normas de direitos humanos presentes nas convenções regionais e no direito interno, e permitindo a fixação de parâmetros de julgamento para casos futuros.¹³⁰⁰ Em sentido semelhante, Tigroudja defende um conceito ampliado de jurisdição, para que ele abarcasse a função consultiva da Corte IDH. Essa particularidade se verificaria precisamente no sistema interamericano, em que a preocupação com a efetiva promoção e proteção dos direitos humanos no continente acaba por moldar essa atuação parecerista, distanciando-a daquela praticada por outras cortes internacionais como a Corte Internacional de Justiça.¹³⁰¹

Mesmo antes da prolatada Opinião Consultiva n. 21, o ex-presidente da Corte IDH, Pedro Nikken, já defendia que a função consultiva da Corte IDH equivaleria a uma atuação jurisdicional, por se tratar da melhor interpretação do artigo 64 da CADH, bem como do

¹²⁹⁶ CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982**. "Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A No. 1, párrafo 39.

¹²⁹⁷ ROA ROA, *op. cit.*, p. 141.

¹²⁹⁸ TIGROUDJA, Hélène, The Advisory Jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights (La Compétence Consultative de la Cour Interaméricaine des Droits de L'Homme) (French). **La Fonction Consultative des Juridictions Internationales**, 2009. Available at: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1720423>. Access in: Nov. 30, 2019, p. 18.

¹²⁹⁹ ROA ROA, Jorge Ernesto. **La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2015, p. 140.

¹³⁰⁰ ALVAREZ, José E. International Organizations as Law-Makers, p. 521-26, 2005, *apud* RESENDE, Ranieri L. Deliberation and Decision-Making Process in the Inter-American Court of Human Rights: Do Individual Opinions Matter? **Northwestern Journal Human Rights**, v. 17, article 2, p.25-50, 2019. Available at: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njihr/vol17/iss1/2>. Access in: Nov. 28, 2019, p. 29-30.

¹³⁰¹ TIGROUDJA, *op. cit.*, p. 8.

artigo 1 do Regulamento. Para Niken, ainda que sejam dois procedimentos diferenciados, “*en ambos supuestos, la Corte interpreta la Convención y afirma cómo debe ser rectamente aplicada, como órgano competente para hacerlo, según la Convención. En tal sentido, dice el que es Derecho, o en otros términos, ejerce la juris dictio*”.¹³⁰² Nesse diapasão, as opiniões consultivas deveriam ser consideradas vinculantes para todos os Estados-membros da OEA, gerando para eles o dever de considerar seu conteúdo nas práticas internas que lidem com os direitos humanos envolvidos. As opiniões consultivas exerceriam uma vinculação idêntica a das sentenças interamericanas para os Estados que não formam parte no litígio, ou seja, teriam força de *res interpretata*.¹³⁰³

Em visão crítica da vinculação absoluta ou forte das opiniões consultivas, Roa observa que existem duas grandes fissuras que impedem a efetiva produção de efeitos: a ausência de uma previsão clara a respeito dos efeitos que a opinião consultiva deve desencadear, e a excessiva abrangência da competência consultiva. Em razão desses aspectos, defende uma vinculação relativa dos Estados às opiniões consultivas.¹³⁰⁴ Com relação à indeterminação dos efeitos, a Opinião Consultiva n. 21 de 2014 parece ter fornecido uma solução, atribuindo às opiniões consultivas o caráter de parâmetro para controle de convencionalidade, a fim de gerar uma vinculação tanto para os Estados quanto para a própria Corte IDH. No tocante à abrangência, parece que essa vinculação forte, relacionada ao controle de convencionalidade, só poderia se aplicar à interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e demais tratados interamericanos pertinentes, e aos Estados que manifestamente aceitam a jurisdição da Corte IDH, pois é sobre este *corpus iuris* e para esses atores que se poderia cogitar da materialização de futuro processo contencioso determinando e, na hipótese de violação de direitos humanos, a responsabilização dos Estados.

De qualquer forma, mesmo para aqueles que defendem uma vinculação fraca ou relativa das opiniões consultivas aos Estados-membros da OEA, seria necessário reconhecer, antes de tudo, que a opinião consultiva se pretende como um mecanismo de proteção e promoção de direitos humanos, devendo gerar para os Estados-membros do sistema, e mais

¹³⁰² NIKKEN, Pedro. La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: SISTEMA Interamericano de Protección de Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI, el. Tomo I. San José: Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos, 1999, p. 161-188. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2454/10.pdf>. Acceso en: 29 nov. 2019, p. 172-173.

¹³⁰³ NIKKEN, Pedro. La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: SISTEMA Interamericano de Protección de Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI, el. Tomo I. San José: Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos, 1999, p. 161-188. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2454/10.pdf>. Acceso en: 29 nov. 2019, p. 176.

¹³⁰⁴ ROA ROA, Jorge Ernesto. **La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2015, p. 149-150.

propriamente para o Estado que solicitou a opinião consultiva, a obrigação inegável de considerar seu conteúdo. Em sendo a Corte IDH órgão dotado de autoridade pública, como já abordado, não haveria sentido reconhecer em sua função consultiva uma tarefa hermenêutica das normas convencionais pertinentes aos direitos humanos que tivesse mero valor cosmético para o sistema interamericano.¹³⁰⁵

Para além da vinculação aos Estados, a opinião consultiva também teria eficácia vinculante para a própria Corte IDH, uma “força vinculante horizontal”, integrando sua jurisprudência a fim de determinar a interpretação das normas convencionais em futuros casos contenciosos.¹³⁰⁶ Esse uso das opiniões consultivas na fundamentação das sentenças se assemelha ao uso dos precedentes, conforme já abordado.¹³⁰⁷

A aproximação da função consultiva à função contenciosa da Corte IDH é um reflexo, na verdade, da posição proativa que este órgão regional assumiu na promoção e proteção dos direitos humanos. Uma vez que todo o sistema interamericano tem o foco centralizado na pessoa humana, os espaços de atuação abertos pela Convenção Americana passam a ser preenchidos com o objetivo de garantir o maior espectro de proteção aos direitos humanos das pessoas.¹³⁰⁸

A partir da ótica do *Ius Constitutionale Commune* que paulatinamente se erige na América Latina, a perspectiva de construção de *standards* destinados à proteção da tríade direitos humanos, democracia e Estado de Direito passou a contar com as opiniões consultivas como uma ferramenta relevante, inclusive orientando importantes mudanças estruturais nos Estados. É o que se pode verificar no caso da Opinião Consultiva n. 24 de 2017, que reconheceu às pessoas integrantes do grupo LGBT o direito humano a não discriminação em virtude de orientação sexual, ao nome social e ao reconhecimento como entidade familiar, com todos os direitos pessoais e patrimoniais dela decorrentes. A partir dessa opinião consultiva, coube a todos os Estados-membros da OEA o reconhecimento dos vínculos

¹³⁰⁵ Nesse sentido, HITTERS, Juan Carlos. ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad). **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, n. 10, julio-diciembre 2008, p. 131-156, p. 150.

¹³⁰⁶ Para uma lista de casos em que o uso das opiniões consultivas como elemento de força jurisprudencial, ver NIKKEN, Pedro. La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *In: SISTEMA Interamericano de Protección de Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*, el. Tomo I. San José: **Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos**, 1999, p. 161-188. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2454/10.pdf>. Acceso en: 29 nov. 2019, p. 174-176.

¹³⁰⁷ ROA ROA, Jorge Ernesto. **La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2015, p. 139.

¹³⁰⁸ TIGROUDJA, Hélène, The Advisory Jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights (La Compétence Consultative de la Cour Interaméricaine des Droits de L'Homme) (French). **La Fonction Consultative des Juridictions Internationales**, 2009. Available at: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1720423>. Access in: Nov. 30, 2019, p. 9.

familiares entre pessoas do mesmo sexo, aos quais deveriam ser estendidos todos os direitos internamente reconhecidos às uniões heterossexuais.¹³⁰⁹

A proposta inclusiva que marca a opinião consultiva, por força de um ideal de coerência dentro do sistema jurídico interamericano, não poderia ser vinculante exclusivamente para o Estado da Costa Rica, que a provocou, mas implica um dever de consideração por todas as autoridades dos Estados que integram a OEA.¹³¹⁰ Vale observar que dela participaram quase uma centena de *amici curiae*, diversos organismos internacionais, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e nove estados integrantes do sistema: Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, Guatemala, Honduras, México, Panamá e Uruguai. Mesmo no caso de Estados que não participaram diretamente, como o Chile, tradicionalmente resistente ao reconhecimento da isonomia em direitos humanos para a população LGBT, houve setores da sociedade que se manifestaram, como a Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Chile.¹³¹¹ Pouco sentido faria, segundo um aspecto pragmático de economia processual, que referida opinião consultiva não pudesse ser equiparada a um precedente interamericano.

Portanto, em que pese o prejuízo técnico de distinção entre a função consultiva e a função contenciosa da Corte IDH, entende-se que a função harmonizadora desempenhada pelas opiniões consultivas melhor se adequa a uma perspectiva de vinculação forte aos Estados-membros do sistema interamericano. As opiniões consultivas geram para os Estados o dever de considerar suas razões e com elas travar um diálogo cooperativo, seja para acolher integralmente suas prescrições, seja para apontar situações especiais que justificariam seu afastamento, preservando assim doses importantes do pluralismo jurídico. Todavia, em contrapartida, também a Corte IDH deverá se abrir a um diálogo cooperativo mais intenso com as cortes nacionais, a fim de angariar maior legitimidade a uma função que ela mesma expandiu.

Os espaços entre o comum e o plural são objeto do próximo capítulo.

¹³⁰⁹ CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017**. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A No. 24.

¹³¹⁰ CAMILO, Christiane de Holanda; OLIVEIRA, David de Sousa. Compliance da Opinião Consultiva n. 24/2017 da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, n. 17/18, p. 43-64, dez. 2018. Disponível em: <<https://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/374>>. Acesso em: 30 nov. 2019.

¹³¹¹ CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017**. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A No. 24, párrafos 5, 6.

5 UMA PROPOSTA DE DEFERÊNCIA NA DINÂMICA DIALÓGICA DO *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* LATINO-AMERICANO

É chegado o momento em que as categorias trabalhadas ao longo desta investigação devem ser compreendidas de forma conjunta e coordenada, a fim de viabilizar a demonstração de um espaço possível para a deferência ao pluralismo no sistema interamericano de direitos humanos, assim como o papel desempenhado pelo diálogo judicial cooperativo na harmonização do pluralismo jurídico.

Essa análise tem por pano de fundo a proposta do *Ius Constitutionale Commune* que se projeta a partir da atuação de atores nacionais e regionais como uma realidade construída progressivamente. Nessa seara, a elaboração de *standards* comuns em direitos humanos deve ser resultado de um diálogo judicial cooperativo em que tribunais nacionais e a Corte IDH se reconhecem como interlocutores válidos para as trocas argumentativas, de modo que sentenças e opiniões consultivas se tornem resultado de uma interação argumentativa.

A harmonização do sistema jurídico multinível tem duas faces complementares: o controle das ações estatais – que no caso interamericano se verifica especialmente na doutrina do controle de convencionalidade – e a deferência a decisões tomadas no âmbito interno quando essenciais para a preservação legítima das identidades. Como estudado no segundo capítulo, a deferência no sistema europeu se materializa na doutrina da margem de apreciação. Entretanto, existem particularidades muito próprias do ICCAL que desafiam a incorporação dessa categoria.

Como afirmado no terceiro capítulo, o controle de convencionalidade deve se materializar em uma perspectiva dialógica que observe a fundamentação de decisões domésticas, que aplicam o *corpus iuris* interamericano, e elabore seus precedentes em atenção às contribuições judiciais estatais. Tanto cortes nacionais devem se atentar para a jurisprudência interamericana quando realizam o controle de convencionalidade quanto a Corte IDH deve se atentar para a jurisprudência cooperativa proferida pelas cortes nacionais. Nessa linha, uma proposta de deferência deve colher os benefícios possíveis dessa mesma lógica, permitindo uma ampla troca argumentativa entre as cortes nacionais e a Corte IDH.

A deferência possível no sistema interamericano será aquela que legitimamente protege o pluralismo e concomitantemente contribui para a formação de um sistema aberto e arejado, disposto a ouvir as contribuições que podem emanar das decisões das cortes nacionais.

5.1 HÁ ESPAÇO PARA MARGEM DE APRECIACÃO NACIONAL NO *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* LATINO AMERICANO?

Conforme exposto no segundo capítulo, a doutrina da margem de apreciação foi desenvolvida originariamente pela jurisprudência do TEDH e pode apresentar múltiplos sentidos, assim como variados graus de intensidade na sua aplicação. Ela surgiu precisamente como um mecanismo de autocontenção diante de decisões tomadas na esfera doméstica que implicassem novos sentidos ou restrições às normas convencionais de direitos humanos, garantindo flexibilidade ao sistema e preservando doses de pluralismo.

Para Letsas, seu caráter substantivo acaba por se resumir na análise da proporcionalidade das medidas restritivas de liberdades individuais em função da persecução de objetivos coletivos. Por outro lado, se a margem de apreciação for compreendida em caráter procedimental, se materializa na deferência do tribunal supranacional em favor de decisões internas, notadamente quando ausente um *standard* regional a seguir ou implementar, de modo que a diversidade manifestada no âmbito doméstico deveria ser preservada. Para Letsas, essa segunda concepção estaria eivada de discricionariedade e seria prejudicial a um sistema preocupado com a efetivação de normas de direitos humanos. Já a primeira poderia implicar a redução da margem de apreciação ao princípio da proporcionalidade, tornando-a desnecessária, ou, pior, convertendo-a na máscara capaz de esconder uma escolha jurisdicional arbitrária de favorecimento político do plano doméstico.¹³¹²

Preocupado com a racionalidade da doutrina da margem de apreciação, Andrew Legg a define como um critério hermenêutico implementado pelas cortes supranacionais no processo de interpretação e aplicação das normas de direitos humanos. Nessa qualidade, ela não poderia se restringir a uma versão voluntarista que determina a contenção do Tribunal diante da proteção da soberania dos Estados, mas representaria a valorização de fatores de segunda ordem que justificariam a autocontenção da jurisdição supranacional, como a legitimidade democrática da medida estatal, a ausência de um consenso regional sobre o tema, ou ainda a maior perícia dos agentes estatais para avaliar aspectos políticos ou jurídicos envolvidos na aplicação das normas convencionais.

¹³¹² LETSAS, Gerald. Two concepts of the Margin of Appreciation. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 26, n. 4, p. 705-732, 2006.

5.1.1 Uma compatibilização problemática

A perspectiva de se aprender algo com a margem de apreciação, tal como desenvolvida e empregada no plano europeu, para a construção de uma noção de deferência no sistema interamericano representa um exercício de comparação a ser realizado com cuidado. Quando se busca verificar as contribuições de uma categoria alienígena, é imprescindível compreender de plano o contexto que a originou e que orienta sua aplicação.

Nessa ótica, Legrand adverte que qualquer investigação que vise comparar institutos jurídicos provenientes de sistemas diversos deve realizar uma “análise diferencial das jurisprudências”, segundo a qual as peculiaridades de uma cultura jurídica devem ser salientadas a fim de se evitar imediatos “transplantes jurídicos”.¹³¹³ Seguindo essa orientação, não se pode perder de vista as peculiaridades do sistema jurídico europeu pois elas fomentaram a doutrina da margem de apreciação. Essas características originais devem ser compreendidas a fim de permitir um olhar crítico sobre o próprio sistema interamericano, de modo a possibilitar a construção de uma doutrina que não seja a importação da europeia, mas uma própria.

A doutrina da margem de apreciação surgiu da necessidade de compatibilização das identidades nacionais, informadas por aspectos culturais e políticos muitas vezes particulares, com uma linguagem comum de proteção de direitos humanos e valorização da dignidade humana. A ideia central foi permitir ao TEDH a definição de *standards* comuns e mínimos de proteção de direitos, ao mesmo passo em que deixaria uma margem de discricionariedade estatal necessária à preservação de elementos culturais próprios. Para além do critério hermenêutico ressaltado por Legg, a doutrina tem inegável papel político na medida em que representa um passo atrás (autocontenção judicial) a fim de gerar maior *compliance* entre os Estados. Não se trata de reconhecer-lhes um espaço de discricionariedade livre de supervisão supranacional mas significa que especialmente em função da necessária supervisão inerente a um sistema pautado pela subsidiariedade em sentido cooperativo, pode a Corte reconhecer como válidas as razões apresentadas pelo Estado para a restrição ou definição diferenciada do sentido de um dado direito humano.

Nessa ótica, uma vez afastada a ideia de não-tutela da definição da margem de apreciação¹³¹⁴, ela pode ser objeto de análise comparativa. A premissa de cooperação entre os

¹³¹³ LEGRAND, Pierre. **Como ler o Direito Estrangeiro**. Trad. Daniel Wunder Hachem. São Paulo: Contra Corrente, 2018, p. 14-15.

¹³¹⁴ LEGG, Andrew. **The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 26

níveis nacional e regional faz parte da própria estrutura do sistema interamericano, pois o sistema visa implementar direitos humanos mediante a cooperação entre jurisdição doméstica e regional, não apenas no sentido de que as instituições regionais atuam quando as internas se mostrarem insuficientes, mas também como impulsionadoras de mudanças necessárias à realização dos compromissos assumidos pelos Estados. Desse modo, a ideia de deferência não pode significar uma regra de “não julgamento”.

Observada essa premissa, uma tentativa de compatibilização implica analisar os contextos jurídicos, estruturais e políticos presentes nos sistemas europeu e interamericano.

Em termos estruturais, os dois sistemas apresentam diferenças importantes. Para compatibilizar a demanda de casos envolvendo violações de direitos humanos com a estrutura enxuta (sete juízes) e o baixo orçamento¹³¹⁵, as demandas no sistema interamericano passam inicialmente pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão que atua na linha de frente no tratamento das violações, procurando sanar os casos antes de submetê-los à análise jurisdicional. Assim, os casos que chegam à Corte IDH costumam envolver violações graves que não puderam ser solucionados administrativamente pela Comissão, ou representam temas emblemáticos sobre os quais se torna estrategicamente oportuna a manifestação da corte supranacional. Significa afirmar que na plêiade dos menos de 400 casos julgados pela Corte IDH ao longo de sua história, sua imensa maioria resultou na responsabilidade dos Estados e na condenação a remédios que visavam atacar situações estruturais de violação de direitos humanos, para além da pretensão indenizatória das partes.

Vale lembrar que o ICCAL incentiva o exercício de uma função transformadora por parte das cortes, tanto das constitucionais quanto da Corte IDH, o que implica o aproveitamento dos casos que chegam à jurisdição supranacional para a fixação de *standards* de proteção, e o impulso a reformas estruturais. Nesse contexto, em que a Corte IDH tem chances cuidadosamente selecionadas para se manifestar, ela acaba por ser mais inflexível na fiscalização cooperativa da atuação dos Estados.

O TEDH, por sua vez, convive com ampla estrutura na qual se integram 47 magistrados, recebendo milhares de casos todos os anos em virtude do amplo acesso ao sistema gerado pelo Protocolo n. 11, de 1994. Em 2018, o TEDH julgou 1.014 casos e em 2017 julgou 1.068. Uma vez extinta a Comissão Europeia, toda pessoa pode levar uma denúncia de violação de direitos humanos ao conhecimento do TEDH, gerando assim um

¹³¹⁵ HUNEEUS, Alexandra; MADSEN, Mikael Rask. Between universalism and regional law and politics: A comparative history of the American, European, and African human rights systems. *I-CON*, v. 16, n. 1, 136–160, 2018. Available at: <https://academic.oup.com/icon/article-abstract/16/1/136/4995560>. Access in: Nov. 1, 2019, p. 153.

importante volume de casos. À parte dos casos julgados em 2018, 33.200 denúncias foram julgadas inadmissíveis por decisões singulares; em 2017 o número foi o dobro: 66.150 casos.¹³¹⁶ Nesse contexto, a fixação de *standards* vem mais em prol da garantia de segurança jurídica ao sistema do que a fim de orientar mudanças significativas nos Estados. Aqui, a margem de apreciação se presta tanto a permitir um filtro dos casos que realmente importam, o que preserva o pluralismo e as diferenças culturais nos Estados, como também valoriza sua atuação na interpretação e aplicação das normas convencionais.

Uma diferença fundamental na estrutura jurídica entre os dois sistemas capaz de influenciar uma perspectiva de transplante da margem de apreciação para o sistema interamericano é a doutrina do controle de convencionalidade. Desenvolvida pela Corte IDH com fundamento normativo especialmente no artigo 2 da Convenção Americana, ela determina a compatibilização das normas internas de cada Estado-membro com o *corpus iuris* interamericano. No sistema europeu, embora a subsidiariedade se manifeste em sentido positivo assim como no sistema interamericano, essa dimensão não assume o formato do controle de convencionalidade idealizado pela Corte IDH, inclusive pela ausência de uma previsão normativa equivalente a do mencionado artigo 2. Em contrapartida, o TEDH parece estar caminhando para uma atuação mais deferente diante da perspectiva da entrada em vigor do Protocolo n. 15, que institui expressamente a margem de apreciação a fim de reafirmar a importância dos Estados na implementação das normas convencionais assim como uma margem de discricionariedade que deve acompanhar esta função primordial. No sistema interamericano, não há previsão alguma de alteração nas normas convencionais nesse sentido.

Empoderar os Estados na realização dos direitos humanos parece ser uma preocupação não apenas jurídica mas efetivamente política do sistema europeu, atendendo a razões de ordem prática que possam fortalecer os sistemas nacionais a fim de evitar uma profusão ainda maior de casos no Tribunal¹³¹⁷, que não conta com um órgão capaz de filtrá-las como a Comissão Interamericana. A fixação de *standards* no sistema europeu tem se dado mais propriamente pelo uso de sentenças piloto¹³¹⁸, e não pelo uso do controle de convencionalidade com sentenças vinculantes, como se verifica no sistema interamericano.

¹³¹⁶ COUNCIL OF EUROPE. **Annual Report 2018 of the European Court of Human Rights**. Available at: https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2018_ENG.pdf. Access in: Jan. 3 2020, p. 161.

¹³¹⁷ SPANO, Robert. Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity. **Human Rights Law Review**, 2014, 14, 487–502. Available at: <https://academic.oup.com/hrlr/article-abstract/14/3/487/644292> Access in Jan. 28 2019, p. 491.

¹³¹⁸ BUYSE, Antoine. The Pilot Judgment Procedure at the European Court of Human Rights Possibilities and Challenges. Nomiko Vima. **Greek Law Journal**, November 2009, p. 1-15, p. 1

As sentenças-piloto são elaboradas a partir de um caso concreto com o objetivo de se tornarem *standards* com aplicação a todos os demais casos idênticos, não apenas a respeito do sentido e alcance da norma de direito humano violado, como também a respeito dos remédios a serem empregados pelos Estados responsáveis pela violação (como mudanças legislativas demandadas no caso *Lukenda vs. Eslovênia*). A decisão do TEDH a respeito de uma sentença-piloto pode suspender todos os demais casos que seriam impactados pela decisão, embora por vezes o Tribunal faça uso do elevado número de casos num mesmo sentido contra o mesmo Estado como instrumento de pressão para que as determinações da sentença-piloto sejam atendidas.¹³¹⁹ Trata-se de um provimento jurisdicional similar ao produzido pelo controle de convencionalidade interamericano. Todavia, se no sistema europeu apenas alguns casos – dentre os milhares que ingressam no TEDH todos os anos – serão tratados por “sentenças-piloto”, no sistema interamericano praticamente toda sentença interamericana, dotada de efeito vinculante, se reveste dessas características.

Afinal, a Corte IDH tem oportunidades mais reduzidas para se manifestar: nos períodos de sessões de 2018, foram 21 sentenças em casos contenciosos, 7 sentenças de interpretação, 18 resoluções de medidas provisórias, 32 resoluções de supervisão de cumprimento e 1 parecer consultivo.¹³²⁰ Nessa ótica, cada caso se revela como uma contribuição significativa para a elaboração do *corpus iuris* interamericano, bem como para a consolidação de um núcleo comum em direitos humanos. As premissas e a repercussão jurídica tanto de medidas de controle como de deferência precisam ser consideradas com cautela.

Para D’Ávila Lopes e Santos Junior, a incompatibilidade entre a margem de apreciação e a doutrina do controle de convencionalidade é manifesta.¹³²¹ Em sendo um dos critérios para aplicação da margem de apreciação a ausência de consenso a respeito da aplicação de uma norma convencional de direitos humanos, a prolação das sentenças interamericanas prejudicaria sua aplicação, pois elas criariam o consenso a esse respeito.¹³²²

¹³¹⁹ BUYSE, Antoine. The Pilot Judgment Procedure at the European Court of Human Rights Possibilities and Challenges. Nomiko Vima. **Greek Law Journal**, November 2009, p. 1-15, p. 1-2, 5.

¹³²⁰ CORTE IDH. **Relatório Anual 2018**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2018/portugues.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2020.

¹³²¹ LOPES, Ana Maria D’Ávila; SANTOS JUNIOR, Luiz Haroldo Pereira dos. Controle de Convencionalidade e Margem de Apreciação Nacional: (In)Compatibilidade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. **Revista de Direito Público**, Porto Alegre, vol. 14, n. 81, p. 35-54, maio-jun. 2018, p. 48-49. Também defendendo a total incompatibilidade entre margem de apreciação e controle de convencionalidade: PEREZ, Augustina. Una mirada desde América Latina sobre el margen de apreciación estatal en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿génesis de una permanente tensión entre democracia y derechos? **Revista Jurídica de la Universidad de Palermo**, año 15, n. 1, p. 79-98, mayo 2017.

¹³²² LOPES; SANTOS JUNIOR. *op. cit.*, p. 48-49. No mesmo sentido, afirmando que o controle de convencionalidade dos compromissos assumidos pelos Estados pela Corte IDH busca gerar um consenso interamericano: DELGADO, Francisco R. Barbosa. Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte

Essa análise, contudo, não é a mais adequada pois a eficácia de *res interpretata* das sentenças e opiniões consultivas interamericanas não pode ser equiparada à ideia de consenso desenvolvida no sistema europeu. Lá o consenso é proveniente dos Estados, ou seja, de como seus agentes interpretam e aplicam as normas de direitos humanos.

Reyes-Torres por sua vez não vê incompatibilidade *a priori* entre o controle de convencionalidade e a margem de apreciação, na medida em que esse controle é também incumbência dos Estados, que o realizam nos termos do seu próprio sistema jurídico. Essa compatibilização acaba por demandar uma certa discricionariedade, de modo que os Estados possam identificar os melhores mecanismos processuais e as melhores interpretações capazes de adequar sua legislação interna ao *corpus iuris* interamericano.¹³²³

O controle de convencionalidade, ainda, não seria em si um empecilho para a adoção de alguma doutrina de deferência se presente a perspectiva dialógica discutida no terceiro capítulo.¹³²⁴ A presença de um mecanismo inerente à dimensão positiva do princípio da subsidiariedade em sentido cooperativo não necessariamente inibe uma proposta de deferência capaz de materializar a dimensão negativa deste mesmo princípio. O que ocorre, certamente, é uma amplitude significativamente menor para a discricionariedade estatal. Na medida em que o artigo 2 da Convenção Americana demanda dos Estados a adequação do seu direito interno aos padrões estabelecidos na Convenção, abre-se, de um lado, um espaço de protagonismo para os Estados promoverem-na em observância às particularidades da sua cultura jurídica. De outro, essa adequação estará sempre sujeita à supervisão e à atuação complementar dos órgãos interamericanos, se direitos humanos forem violados.

A diferença entre os dois sistemas se revela também no exercício da subsidiariedade remedial, como já abordado no segundo capítulo, pois enquanto o TEDH costuma deixar uma maior margem para os Estados definirem o modo de cumprimento das obrigações fixadas em sentença, a Corte IDH costuma fixar obrigações mais específicas, determinando de forma minuciosa quais os atos a serem adotados pelas autoridades estatais. Esse aspecto revela ainda uma importante diferença estrutural, pois no sistema europeu é o Conselho de Ministros o órgão responsável pela fiscalização do cumprimento das decisões do TEDH. Já no sistema

Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales. *Revista Derecho del Estado*, n. 26, p. 107-135, enero-junio 2011, p. 117.

¹³²³ REYES-TORRES, Amaury A. *Margen de Apreciación, Control de Convencionalidad y Derechos*. Working Paper 4/2014 AART. Disponible en: <https://independent.academia.edu/AmauryAREyesTorres>. Acceso en: 20 ago. 2019.

¹³²⁴ Também para Candia existe esta incompatibilidade, o que se fundaria no fato de que o controle de convencionalidade seria, por si só, um mecanismo supranacional voltado para a limitação de interpretações estatais das normas da Convenção Americana, em consonância com uma perspectiva unificadora e suprema da Corte IDH. CANDIA, Gonzalo. *Comparing Diverse Approaches to the Margin of Appreciation: The Case of the European and the Inter-American Court of Human Rights*. March 9, 2014. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2406705>. Access in: Jan. 2, 2020, p. 23.

interamericano, essa responsabilidade recai sobre a própria Corte IDH, mediante uma série de atos processuais que desencadeiam sentenças de supervisão de cumprimento.

Para além das diferenças nos contextos jurídico e estrutural, a realidade política do continente latino-americano exige uma apreciação individualizada, ou seja, pensada para as dificuldades próprias que se interpõem na efetivação dos direitos humanos no continente.

A América Latina é um continente cuja transição democrática não chegou a se consolidar plenamente, sendo que seus Estados poderiam se enquadrar no conceito desenvolvido por Wolfgang Merkel, “*defective democracies*”.¹³²⁵ Os mecanismos de *accountability* muitas vezes são falhos e a frequência nas mudanças nas constituições demonstra a fraqueza com que elas constroem os poderes públicos. Nessa toada, as cartas de direitos presentes nas constituições encontram-se, na melhor das hipóteses, em fase de implementação, mas estão longe de representar uma realidade concreta para os cidadãos.

Essas características certamente variam em graus e não estão necessariamente todas presentes ao mesmo tempo.¹³²⁶ Governos populistas na Bolívia e na Venezuela, por exemplo, não logram manter sequer um processo eleitoral minimamente seguro. Também chamaram a atenção do sistema interamericano o golpe de Estado em Honduras, em 2008, o *impeachment* de Fernando Lugo no Paraguai e de Dilma Roussef no Brasil.¹³²⁷

No Brasil, instituições de controle democrático têm sido testadas amiúde e a resiliência do sistema tem tentado suportar arroubos autoritários. Especialmente a partir do processo eleitoral de 2018, ganhou espaço um discurso nacionalista fundado em uma noção autocentrada de soberania e no populismo. Mesmo em anos anteriores, tem-se testemunhado uma série de atos que se distanciam das pautas defendidas pelo ICCAL, como o decreto de intervenção federal no Rio de Janeiro no ano de 2018, seguido de lei que autorizou o julgamento de execuções e violações de direitos de civis pelas forças armadas pela Justiça

¹³²⁵ “*Defective democracies are not necessarily transitional regimes that develop into either democratic or autocratic regimes so as to regain a systemic equilibrium. Depending on their political power, as well as their social, economic and cultural embeddedness, they can establish themselves for a longer period. This is the case when specific defects are supported by both political power and socio-economic/socio-cultural contexts and develop within a mutually supportive coexistence of environment and partial regimes. Many such (defective) democracies have become established, on the eastern edge of eastern Europe, in east Asia and in Latin America*”. MERKEL, Wolfgang. Embedded and Defective Democracies. *Democratization*, v. 11, n. 5, p. 33-58, December 2004, p. 48-49. Em sentido análogo se pode identificar as “democracias aparentes” apontadas por SALAZAR UGARTE, Pedro. La disputa por los derechos y el Ius Constitutionale Commune. In: FIX FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Rasgos, potencialidades y desafíos. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014, p. 37-59, p. 40.

¹³²⁶ MERKEL, *op. cit.*, p. 49-50.

¹³²⁷ COMISSÃO IDH. *CIDH solicita Opinião Consultiva à Corte IDH sobre a figura do impeachment*. 13 outubro 2017. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2017/161.asp>. Acesso em: 9 jan. 2020.

Militar.¹³²⁸ Decretos presidenciais ampliaram as hipóteses de posse e porte de armas à população¹³²⁹, verificam-se tentativas de controle doutrinário da livre produção cultural¹³³⁰ e inclusive discriminação ao meio jornalístico em processos de licitação.¹³³¹ Ainda, desastres ambientais com graves repercussões em direitos humanos são tratados com displicência¹³³² e o passado ditatorial e suas repercussões são tratados com descrédito.¹³³³

Dessa forma, momentos de tensão (como manifestações populares) facilmente desencadeiam respostas autoritárias incluindo censura e violência policial, em comprometimento da agenda de direitos humanos. Recentemente, em diversos países latino-americanos as desigualdades sociais que acabaram por cavar verdadeiros abismos entre ricos e pobres levaram a verdadeiros processos de convulsão social. Mas, mesmo assim, não é possível identificar uma tônica plenamente comum nos diversos protestos que tomaram conta do continente em 2019, o que evidencia as particularidades de cada país e de cada momento político vivido nos diversos Estados.

No Equador, uma onda de protestos tomou conta do país em outubro de 2019 após o anúncio de um pacote econômico que encarecia o preço do combustível, comprometendo sobretudo a sobrevivência de povos indígenas que dependiam do recurso para suas máquinas agrícolas. No Chile, tendo por estopim a alta no preço das tarifas de metrô, a população foi às ruas em protestos que culminaram na discussão sobre um novo processo constituinte. A

¹³²⁸ BRASIL. **Lei n. 13.491 de 13 de outubro de 2017**. Altera o Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113491.htm. Acesso em: 26 dez. 2019.

¹³²⁹ BRASIL. **Decreto n. 10.030, de 30 de setembro de 2019**. Aprova o Regulamento de Produtos Controlados. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10030.htm. Acesso em: 26 dez. 2019; BRASIL. **Decreto n. 9847 de 25 de junho de 2019**. Regulamenta a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, para dispor sobre a aquisição, o cadastro, o registro, o porte e a comercialização de armas de fogo e de munição e sobre o Sistema Nacional de Armas e o Sistema de Gerenciamento Militar de Armas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9847.htm. Acesso em: 26 dez. 2019.

¹³³⁰ Nos últimos meses o governo procurou censurar a atuação da Agência Nacional de Cinema (ANCINE), desencadeando o controle jurisdicional de suas medidas. **JUSTIÇA derruba censura de Bolsonaro à Ancine**. Conversa Afiada, com Paulo Henrique Amorim. 11 de outubro de 2019. Disponível em: <https://www.conversaafiada.com.br/brasil/justica-derruba-censura-de-bolsonaro-a-ancine>. Acesso em 26 dez. 2019; MAZUI, Guilherme. 'Se não puder ter filtro, nós extinguiremos a Ancine', diz Bolsonaro. **G1**, 19 de julho de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/19/se-nao-puder-ter-filtro-nos-extinguiremos-a-ancine-diz-bolsonaro.ghtml>. Acesso em 26 dez. 2019.

¹³³¹ BOLDRINI, Angela. Veto de Bolsonaro à Folha fere Constituição e pode configurar improbidade, dizem especialistas. **Folha de S. Paulo**, 29 de novembro de 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/11/veto-de-bolsonaro-a-folha-fere-constituicao-e-pode-configurar-improbidade-dizem-especialistas.shtml>. Acesso em 26 dez. 2019.

¹³³² INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISAS ESPACIAIS. Programa Queimadas. **Tabela anual comparativa de biomas do Brasil** - últimos anos no intervalo de 01/Jan até 25/Dez. Disponível em: <http://queimadas.dgi.inpe.br/queimadas/portal-static/situacao-atual/>. Acesso em: 26 dez. 2019. Especial atenção para o aumento das queimadas na Amazônia, no Cerrado e no Pantanal. BRASIL. Senado Federal. Senado Notícias. **Impacto do vazamento de óleo nas praias será tema de audiência pública**. 03 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/12/03/impacto-da-mancha-de-oleo-sera-tema-de-audiencia-publica>. Acesso em: 26 dez. 2019.

¹³³³ FERNANDES, Talita; CARVALHO, Daniel. Bolsonaro muda comissão sobre a ditadura e diz que agora governo é de direita. **G1**, 1 de agosto de 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/08/bolsonaro-muda-comissao-de-mortos-e-desaparecidos-em-meio-a-ataques-sobre-o-tema.shtml>. Acesso em: 26 dez. 2019.

população em geral se revoltou contra as condições precárias de previdência social, acesso à educação e à saúde mantidos por políticas neoliberais desenvolvidas pelo governo. Na Colômbia, milhares de estudantes foram às ruas para protestar contra pacotes econômicos do governo, sobretudo voltados para o enfraquecimento de direitos trabalhistas.

Nesses três casos, o protesto contra a desigualdade social foi um denominador comum, assim como a violência com que as forças de segurança pública reprimiram os protestantes, inclusive desencadeando ações *in loco* da Comissão IDH. No Chile há denúncia de torturas, tratamento degradante, estupros e abuso de poder mediante uso indiscriminado de balas de borracha que cegaram significativa parte dos protestantes.¹³³⁴ Na Colômbia, em meio ao lançamento de bombas de gás lacrimogêneo, a morte de um estudante causou comoção social. No Equador, o Presidente veio à imprensa afirmar que se sensibilizava com algumas mortes (dezenas delas) mas manteria suas medidas econômicas.¹³³⁵

A Bolívia, por sua vez, vem enfrentando uma ruptura nos doze anos do governo Evo Morales. Após suspeitas fundadas de fraudes nas eleições do seu quarto mandato, o Presidente renunciou em virtude da pressão política desencadeada por certos estratos sociais descontentes com as políticas governamentais, acompanhados das forças armadas.¹³³⁶

Verifica-se, dessa forma, que assim como há semelhanças nas ondas de protestos, também existem diferenças profundas que não podem ser negligenciadas.¹³³⁷ Tanto para os pontos em comum como para as particularidades devem estar atentos os órgãos interamericanos na busca de preservar e proteger os direitos humanos.

Nesse panorama, é com preocupação que se deve analisar a Declaração ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos apresentada por Argentina, Brasil, Chile, Colômbia e Paraguai em 2019.¹³³⁸ Por esse documento, buscam maior autonomia: reconfiguração do princípio da subsidiariedade para que signifique um direito dos Estados de resolver violações de direitos humanos à sua maneira, aplicação da margem de apreciação e restrição dos efeitos

¹³³⁴ GONZALEZ, Enric. A revolução dos jovens do Chile contra o modelo social herdado de Pinochet. **El País**. Internacional. Santiago, 24 de novembro de 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/11/23/internacional/1574543096_923129.html. Acesso em: 27 dez. 2019.

¹³³⁵ SANTÍN, Carolina. Colômbia: A busca de um ritmo. **Folha de S. Paulo**. Mundo: América do Sul em Ebulição, 26 de dezembro de 2019, p. A12.

¹³³⁶ BARRIENTOS, Maximiliano. Bolívia: O imaginário queimado. **Folha de S. Paulo**. Mundo: América do Sul em Ebulição, 25 de dezembro de 2019, p. A08.

¹³³⁷ BBC News Mundo. **Ola de protestas en América Latina: ¿puede la amenaza de una nueva “década perdida” explicar lo que ocurre en las calles?** 29 de noviembre de 2019. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-50563723>. Acesso em: 26 dic. 2019.

¹³³⁸ ARGENTINA, BRASIL, COLOMBIA, CHILE, PARAGUAY. Declaración sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. 2 abril 2019. Considerando n. 4. In: **ALDHU**, Facebook, publicação de 4 julho 2019. Disponível em: <https://www.facebook.com/pg/ALDHU1980/posts/>. Acesso em: 30 set. 2019.

das sentenças interamericanas apenas para as partes do litígio.¹³³⁹ Ainda que redigida em tom parcimonioso de diálogo institucional, as pretensões ali deduzidas pretendem simplesmente um recuo da atuação dos órgãos interamericanos, sem qualquer compromisso estatal correspondente.

No quarto considerando, a Declaração demanda "o reconhecimento da margem de apreciação nacional" aos Estados, como uma forma de demandar uma maior atenção às esferas internas de deliberação a respeito dos direitos humanos. Pensada de forma isolada, a pretensão em si poderia não ser uma forma de resistência ao sistema. Todavia, na medida em que veio redigida por Estados então governados por líderes com pautas contrárias às intervenções do sistema interamericano em sua soberania nacional, fortalece-se a compreensão de que esses Estados manifestam uma crítica à atuação da Comissão e da Corte IDH.¹³⁴⁰ A solicitação do emprego da margem de apreciação, ao lado da redução do efeito das sentenças apenas para as partes, não explicita a intenção de cooperação, mas sugere a criação de esferas de discurso fechado, círculos preenchidos por monólogos que somente se cruzariam na hipótese de graves violações de direitos humanos nos casos que chegassem à Corte IDH. Essa resistência deve ser vencida com mais diálogo, não menos. Como observou Roa, as disputas devem ser resolvidas por uma "*interacción y coordinación constructivas*", nas quais haja um "*contacto deliberativo, respetuoso y constructivo frente a un desacuerdo normativo*".¹³⁴¹

Nesse sentido, difícil não lembrar que a redação do Protocolo n. 15 à Convenção Europeia sobre Direitos Humanos (com previsão expressa da margem de apreciação) surgiu precisamente após as Declarações de Interlaken, de 2010, Izmir, de 2011, e de Brighton, de abril de 2012, que representaram críticas à atuação do TEDH.¹³⁴² Ao tratar da margem de apreciação, a Declaração apresentada por Argentina, Brasil, Colômbia, Chile e Paraguai

¹³³⁹ CHILE. Ministerio de las Relaciones Exteriores. **Comunicado de prensa Ministerio de Relaciones Exteriores - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos sobre Sistema Interamericano de Derechos Humanos**. Disponible en: <https://minrel.gob.cl/comunicado-de-prensa-ministerio-de-relaciones-exteriores-ministerio-de/minrel/2019-04-23/105105.html>. Acceso en: 26 dic. 2019. DUCHIADE, André. Brasil e mais quatro países pedem 'mais autonomia' à comissão de direitos humanos da OEA. **O Globo Mundo**. Rio de Janeiro, 23 de abril de 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/mundo/brasil-mais-quatro-paises-pedem-mais-autonomia-comissao-de-direitos-humanos-da-oea-23617611>. Acesso em: 26 dez. 2019.

¹³⁴⁰ FACHIN, Melina Girardi; NOWAK, Bruna. The Joint Declaration to the Inter-American System of Human Rights: Backlash or Contestation? **Blog of the International Journal of Constitutional Law**. Available at: <http://www.iconnectblog.com/2019/12/the-joint-declaration-to-the-inter-american-system-of-human-rights-backlash-or-contestation/>. Access in: Dic. 26 2019. Este tema também foi objeto de análise em outra oportunidade: OLSEN, Ana Carolina Lopes; FACHIN, Melina Girardi. Diálogo Judicial Cooperativo en el Ius Constitutionale Commune para la Defensa de los Derechos Humanos. Apresentação realizada no Painel n. 10, Dialogues: Building bridges to protect democracy and human rights. **ICON-S Conference**, em Santiago, Chile, 3 de julho de 2019.

¹³⁴¹ ROA ROA, José Ernesto. La protección de los derechos políticos frente a las funciones disciplinarias de las autoridades administrativas: subsidiariedad y deferencia en el sistema interamericano de derechos humanos. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, no 2, 2018, p. 800-823, p. 820.

¹³⁴² Conforme mencionado no segundo capítulo, seção 3.2.2.1.

parece referir-se precisamente àquela empregada pelo sistema europeu. Se o remédio pretendido é o mesmo, a realidade social dos Estados é, contudo, diversa.

Diante desse quadro, surge a inevitável questão: seria a margem de apreciação aplicável ao sistema interamericano?

Alguns autores manifestam-se radicalmente contrários à proposta, como é o caso de Cançado Trindade, para quem a doutrina está necessariamente atada ao ambiente europeu do qual se originou, e só tem aplicabilidade em casos envolvendo Estados de Direito consolidados. Mais além, para o autor a margem de apreciação só faria sentido na Europa pré-1989, pois agora ela teria sido invadida por grupos sociais que não demonstrariam o mesmo apreço aos direitos humanos desenvolvidos após a Segunda Guerra Mundial. Ainda, em razão de o sistema interamericano precisar lidar basicamente com graves violações a direitos humanos como massacres, torturas e desaparecimento forçado, qualquer teoria de deferência implicaria um prejuízo ao seu funcionamento.¹³⁴³ Como bem observa Contreras, para esse juiz não há nenhum grau possível de concessão da margem de apreciação a autoridades domésticas, para nenhum direito e em nenhuma circunstância: “*this is an all-or-nothing rejection of the MOA doctrine*”.¹³⁴⁴

Também refratárias à aplicação da margem de apreciação, Morales Antoniazzi e Piovesan afirmam que ela implicaria o imediato enfraquecimento de um direito comum de direitos humanos que se pretende vinculante e transformador.¹³⁴⁵ Roa, por sua vez, salienta que ela não se coaduna com os deficits democráticos presentes na região.¹³⁴⁶ A atuação da Comissão IDH parece evidenciar essa perspectiva. Ela vem realizando um labor incansável de

¹³⁴³ Cançado Trindade é defensor de uma divisão tão clara de competências no processo de interpretação e aplicação das normas convencionais, que descrê da possibilidade de qualquer cooperação do Estado: “*Persiste, sin embargo, una interrogante: puede ser que el rationale de esta doctrina, aunque no explícitamente invocada, se haga desafortunadamente presente, siempre y cuando los órganos convencionales de supervisión de nuestra Convención regional, después de examinar determinados casos de derechos humanos, en lugar de resolverlos por sí mismos, remitan - en nuestro entender indebidamente - su solución final a los órganos del Estado. Tal situación no deja de ser irónica, además de paradójica, por cuanto los casos de derechos humanos son confiados a los órganos internacionales de protección precisamente en razón de las insuficiencias o deficiencias de las instancias nacionales en la administración de justicia. Al margen del Estado de Derecho, el "margen de apreciación" es una contradictio in terminis.*” CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Reflexiones sobre el Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.** Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXIV_curso_derecho_internacional_1997_Antonio_Augusto_Cancado_Trindade_2.pdf. Acceso en: 20 sep. 2019, p. 9-10.

¹³⁴⁴ CONTRERAS, Pablo. National Discretion and International Deference in the Restriction of Human Rights: A Comparison Between the Jurisprudence of the European and the Inter-American Court of Human Rights. **Northwestern Journal of International Human Rights**, vol. 11, issue 1, p. 28-83, 2012, p. 63.

¹³⁴⁵ Posição manifestada por Mariela Morales Antoniazzi e Flávia Piovesan no Observatório de Sentenças Interamericanas, organizado pelo Instituto Interamericano de Direitos Humanos, ocorrido em Bogotá, na Universidade de Externado, 21 a 23 de agosto de 2019. Ainda neste mesmo sentido HENTREI, Simon. **Complementary Adjudication: Legitimizing International Judicial Authority in the Americas.** Tese depositada perante a Faculdade de Direito da Universidade de Frankfurt am Main: Set. 2018.

¹³⁴⁶ ROA ROA, José Ernesto. La protección de los derechos políticos frente a las funciones disciplinarias de las autoridades administrativas: subsidiariedad y deferencia en el sistema interamericano de derechos humanos. **Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília**, v. 8, no 2, p. 800-823, 2018, p. 815-816.

fiscalização de violações a direitos humanos, inclusive se deslocando até o palco dos conflitos e dos embates.¹³⁴⁷ Em relação a recentes casos de violência no Brasil, redigiu os informes n. 320/2019, sobre os assassinatos de lideranças indígenas no Maranhão, n. 318/2019, em repulsa à morte de 9 pessoas em Paraisópolis, SP, recomendando a revisão dos protocolos de segurança; n. 244/2019, em que informa a adoção de medidas cautelares de proteção em favor dos membros da comunidade Guyraroká do Povo Indígena Guarani Kaiowá. Como se pode perceber, as graves violações de direitos humanos e a deficiência institucional dos Estados para lhes fazer frente ainda é uma tônica latino-americana.

Em uma posição intermediária, Barbosa Delgado defende a possibilidade de uma margem de apreciação interna, ou seja, presente no processo de adequação a encargo dos Estados de sua legislação interna aos ditames do *corpus iuris* interamericano.¹³⁴⁸ No mesmo sentido manifesta-se Reyes Torres, para quem seria “[...] inevitable la existencia del margen de apreciación a cargo de los Estados, en un determinado sentido, para hacer efectivas sus obligaciones, a propósito de los artículos 1.1 y 2.1 del citado convenio”. Para o autor, a margem de apreciação só tem lugar em casos de cumprimento de obrigações derivadas dos direitos previstos na CADH, envolvendo questões de políticas públicas sociais e econômicas. Nos demais casos, haveria um esvaziamento dos direitos previstos na Convenção, de modo que a doutrina não poderia ter sua aplicação estendida para a definição dos sentidos dos direitos humanos no sistema interamericano.¹³⁴⁹

Outra forma de buscar compatibilizar a margem de apreciação com a realidade interamericana foi indicada por Lopes e Santos Júnior. Os autores propuseram uma janela para aplicação da margem de apreciação restrita aos seguintes casos: (i) ausência de decisão interamericana sobre o tema; (ii) previsão na sentença interamericana de espaço para a jurisdição ou legislação doméstica tratar de temas “sensíveis”; (iii) hipóteses de suspensão de garantias em virtude de estados de emergência (artigo 27, CADH).¹³⁵⁰

Em contrapartida, há autores que procuraram demonstrar a compatibilidade do sistema interamericano com a aplicação da doutrina da margem de apreciação, apesar de não haver

¹³⁴⁷ COMISIÓN IDH. **CIDH condena el uso excesivo de la fuerza en el contexto de las protestas sociales en Chile, expresa su grave preocupación por el elevado número de denuncias y rechaza toda forma de violencia.** 2019. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/317.asp>. Access en: 8 dic. 2019.

¹³⁴⁸ BARBOSA DELGADO, Francisco R. Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales. **Revista Derecho del Estado** n. 26, p. 107-135, enero-junio 2011.

¹³⁴⁹ REYES-TORRES, Amaury A. **Margen de Apreciación, Control de Convencionalidad y Derechos.** Working Paper 4/2014 AART. Disponible en: <https://independent.academia.edu/AmauryAREyesTorres>. Acceso en: 20 ago. 2019.

¹³⁵⁰ LOPES, Ana Maria D’Ávila; SANTOS JUNIOR, Luiz Haroldo Pereira dos. Controle de Convencionalidade e Margem de Apreciação Nacional: (In)Compatibilidade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. **Revista de Direito Público**, Porto Alegre, vol. 14, n. 81, p. 35-54, maio-jun. 2018, p. 48-49.

qualquer previsão normativa nesse sentido na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. É o caso de Faúndez Ledesma¹³⁵¹, que buscou exemplificar os espaços de discricionariedade a serem ocupados pelos Estados, apontando alguns usos da margem de apreciação:

Ese margen de apreciación también le permitiría al Estado una cierta discricionalidad en la determinación de cómo se indemnizará a una persona que haya sido condenada debido a un error judicial (art. 10), o fijar las condiciones en que se podrá ejercer el derecho de rectificación o de respuesta (art. 14.1), o reglamentar la forma de asegurar el derecho de toda persona a un nombre propio y a los apellidos de sus padres (art. 18), o determinar las bases para adquirir la nacionalidad respecto de quienes no hayan sido nacido en el territorio del Estado (art. 20), o reglamentar el ejercicio de los derechos políticos (art. 23), o optar entre una democracia directa y una democracia representativa (art. 23, I, b), o determinar la periodicidad con la que se celebrarán sus elecciones (art. 23, I, b), o la determinación de los recursos judiciales idóneos que amparen a la persona de actos que violen sus derechos fundamentales, incluyendo la determinación del tribunal competente para conocer de los mismos (art. 25).¹³⁵²

Não obstante, ressalta que em todas essas possíveis aplicações a margem de apreciação funcionaria mais propriamente como uma “margem de manobra”, devendo respeitar os sentidos fixados pela Corte IDH e o princípio da norma mais favorável. Não poderia, assim, ser utilizada para reduzir a eficácia das normas convencionais, condicionando-as à produção legislativa interna. Em virtude do princípio da subsidiariedade, Faúndez Ledesma salienta que a supervisão dos órgãos interamericanos não poderia ser afastada.¹³⁵³ Ainda assim, deixa um espaço de discricionariedade significativo aos Estados quando reconhece como sendo da essência da margem de apreciação “*que sean las autoridades del Estado las que, apreciando las circunstancias, determinen si se justifica o no – y en qué medida – una decisión que interfiera con el ejercicio de los derechos humanos.*”¹³⁵⁴

Na visão de Follesdall, a doutrina da margem de apreciação seria uma resposta possível da Corte IDH a críticas oriundas dos Estados no sentido de que ela não respeitaria decisões democráticas e faria uma interpretação extensiva dos compromissos convencionais, extrapolando as competências que lhe teriam sido outorgadas pela Convenção Americana.¹³⁵⁵ A margem de apreciação atuaria como um mecanismo de implementação do princípio da subsidiariedade, de modo que as medidas democraticamente adotadas pelos Estados, capazes

¹³⁵¹ FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. **El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales**. 3 ed. Revista y actualizada. San Jose, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.

¹³⁵² FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. **El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales**. 3 ed. Revista y actualizada. San Jose, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, p. 63-64.

¹³⁵³ *Ibid.*, p. 64-71.

¹³⁵⁴ *Ibid.*, p. 65-66.

¹³⁵⁵ O autor compreende estas críticas como uma manifestação da soberania dos Estados. FOLLESDALL, Andreas. Exporting the margin of appreciation: Lessons for the Inter-American Court of Human Rights. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 15, issue 2, p. 359-371, 1 abril 2017.

de proteger direitos humanos e orientadas pelo *principio pro persona*, mereceriam deferência das cortes supranacionais. Segundo Follesdall, a margem de apreciação no sistema interamericano estaria fundada (i) na melhor posição das autoridades estatais para resolver situações envolvendo direitos humanos (desde que o Judiciário fosse independente e os Estados lograssem atender aos interesses de seus cidadãos e de outros cidadãos no âmbito regional); e (ii) na responsividade do Estado ao sistema de proteção dos direitos humanos, a qual poderia ser medida pela sua aplicação do princípio da proporcionalidade.¹³⁵⁶

Em uma análise abrangente, Nuñez Poblete reconhece que a deferência das cortes supranacionais às autoridades nacionais (administrativas, legislativas, judiciais) tem diversas aplicações. No caso interamericano, defende a margem de apreciação como instrumento particularmente relevante pois: (i) permite que os Estados restrinjam direitos humanos reconhecidos nos instrumentos internacionais a fim de resguardar outros direitos ou interesses da comunidade como um todo; (ii) viabiliza a definição do conteúdo dos direitos humanos e o modo de sua aplicação no sistema jurídico interno, e (iii) pode orientar a forma como os Estados darão cumprimento a obrigações firmadas em recomendações ou em sentenças interamericanas, a fim de efetivar direitos humanos.¹³⁵⁷ As aplicações mencionadas remetem à preservação do pluralismo jurídico inerente aos sistemas regionais de direitos humanos, tendo em vista que valorizam os espaços nacionais de deliberação para a definição dos sentidos não só das normas de direitos humanos como também das obrigações delas decorrentes. Não explicita, contudo, as condições em que a margem deveria ser outorgada.

Esse é o foco em torno do qual convergem Carozza, Gonzalez e Contesse ao tratar de um espaço de discricionariedade aos Estados integrantes do sistema interamericano. Reconhecem uma tensão entre a Corte IDH e os Estados que é inerente a qualquer sistema de direitos humanos que busque propor parâmetros comuns a sociedades marcadas pela diversidade. As diferenças inerentes a cada sociedade latino-americana justificariam que elas tivessem, na visão dos autores, um “importante grau de latitude para determinar livremente como os direitos humanos regionais seriam incorporados ao seu ordenamento jurídico, suas políticas públicas e suas práticas”. Assim, especialmente os Estados que gozam de “instituições democráticas saudáveis” devem ter um espaço de autodeterminação no sistema

¹³⁵⁶ FOLLESDALL, Andreas. Exporting the margin of appreciation: Lessons for the Inter-American Court of Human Rights. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, issue 2, p. 359-371, 1 april 2017, p. 364.

¹³⁵⁷ NUÑEZ POBLETE, Manuel. Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos. *In: ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea; NUÑEZ POBLETE, Manuel (coord.) El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*. Universidad Autónoma de Mexico, p. 3-49, p. 5-6.

interamericano. Em que pese a preocupação com o pluralismo, os autores não especificam nem delimitam objetivamente a latitude que reconhecem aos Estados, nem o que significaria “instituições democráticas saudáveis”.¹³⁵⁸

Diante das perspectivas apontadas, não se pode deixar de reconhecer que existem diferenças contextuais de elevada gravidade que dificultam a aplicação da margem de apreciação ao sistema interamericano. É verdade que os Estados latino-americanos passaram – especialmente nos anos 2000 – por incrementos democráticos que poderiam sugerir uma maior cooperação dos Estados para com o cumprimento de seus compromissos convencionais em direitos humanos. Contudo, os anos mais recentes, em especial 2019, parecem demonstrar que o continente ainda não está livre de graves violações de direitos humanos praticadas pelo Estado, ou com a sua chancela.¹³⁵⁹ Os elementos estruturais, jurídicos e contextuais apontados parecem sinalizar, portanto, para a não aplicação da doutrina da margem de apreciação no sistema interamericano.

Mas o veredicto final exige avaliar se as razões de segunda ordem que embasam a aplicação da margem de apreciação, tal como a doutrina elaborada por Legg, poderiam também ser invocadas pelos Estados latino-americanos para justificar uma interpretação divergente das normas de direitos humanos daquela padronizada pela Corte IDH.¹³⁶⁰

5.1.2 Razões de segunda ordem da margem de apreciação no ambiente latino-americano

Em que pese Legg tenha buscado elaborar uma teoria geral da margem de apreciação para os processos de aplicação de normas de direitos humanos por cortes supranacionais, cogitar do uso da margem de apreciação ao ICCAL exige inicialmente o enfrentamento de toda uma lógica particular ao sistema interamericano que envolve uma corte supranacional focada nas perspectivas do constitucionalismo transformador em ambientes marcados por profunda desigualdade social. Em razão das diferenças no contexto estrutural, jurídico e político dos dois sistemas, a margem de apreciação enfrenta uma profunda turbulência na

¹³⁵⁸ CAROZZA, Paolo G.; GONZÁLEZ, Pablo. The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A reply to Jorge Contesse. *I•CON*, v. 15 n. 2, 2017, p. 436–442, p. 436-437.

¹³⁵⁹ Isso não significa que uma doutrina de deferência só poderia se verificar se os Estados deixassem de praticar graves violações, mas que qualquer doutrina que venha a ser pensada precisa levar em consideração estas circunstâncias.

¹³⁶⁰ Legg observou que a margem de apreciação é uma espécie do gênero deferência, enquanto mecanismo hermenêutico que atribui às razões de segunda ordem invocadas pelos Estados maior peso a fim de justificar sua discricionariedade na interpretação e aplicação das normas jurídicas. A margem de apreciação seria precisamente esta deferência manifestada no plano do direito internacional dos direitos humanos. Todavia, como se verá adiante, ela não tem a universalidade que o autor procurou lhe impingir. LEGG, Andrew. *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law, Deference and Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

tentativa de transitar pela via dos diálogos horizontais do TEDH para a Corte IDH. Uma das razões para tanto é o fato de que os fatores externos que informam a sua aplicação na Europa adquiriram tonalidades muito particulares e de difícil transposição.¹³⁶¹

É o que se verifica especialmente no caso da ideia de falta de consenso entre os Estados, no sentido de que a matéria em foco receberia tratamento jurídico variado nos diferentes Estados integrantes do sistema, e de maior perícia dos agentes nacionais, cuja atuação seria preferível pois mais próxima dos fatos. O critério da legitimidade democrática será analisado em apartado.

O consenso como razão de segunda ordem atua segundo uma lógica inversa: quanto maior o consenso entre os Estados integrantes do sistema a respeito de uma dada interpretação das normas convencionais, menor deverá ser a margem de apreciação a se reconhecer a um Estado que pretenda uma interpretação dissidente. Em contrapartida, a ausência de consenso a respeito dos temas controversos sugere maior deferência.

É certo que para a elaboração de um tratado regional de direitos humanos como a Convenção Americana foi necessário um grau de consenso entre os diversos Estados a respeito de quais direitos humanos deveriam ser resguardados, protegidos e promovidos para que a comunidade de Estados se desenvolvesse em prol da pessoa humana.¹³⁶² Esse é o consenso inicial básico que lança elementos para definição de um núcleo comum interamericano a partir da redação aberta das normas convencionais. Para além dele os Estados mantêm suas concepções culturais e jurídicas próprias a respeito do delineamento de sentido e da aplicação das normas convencionais. Como bem salienta Benavides Casals, os Estados são:

*[...] los primeros llamados a proteger estos derechos. Y ellos actúan llenando de contenido los enunciados normativos que se encuentran en los tratados de derechos humanos desde sus muy particulares realidades y tradiciones jurídicas, aún cuando en una importante parte del mundo occidental los órganos nacionales intentan mantenerse dentro de los márgenes alcanzados en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos. Pero una exacta sincronía entre derecho nacional y derecho internacional de los derechos humanos no es exigible. No es conveniente ni tampoco actualmente posible para todos los países.*¹³⁶³

¹³⁶¹ Contreras observa esta dificuldade em um exercício comparativo da aplicação da margem de apreciação nos sistemas europeu e interamericano. Para este autor, tratar de deferência implica necessariamente tratar de margem de apreciação, de modo que no plano interamericano, na medida em que as dificuldades se apresentem, poder-se-ia tratar de outras formas de “discrecionariade estatal”. CONTRERAS, Pablo. National Discretion and International Deference in the Restriction of Human Rights: A Comparison Between the Jurisprudence of the European and the Inter-American Court of Human Rights. *Northwestern Journal of International Human Rights*, vol. 11, issue 1, p. 28-83, 2012, p. 29. Na presente tese, defende-se que a deferência é um gênero do qual a margem de apreciação é uma espécie criada a partir do contexto e das particularidades do sistema europeu. Ainda que esta não seja aplicável ao sistema interamericano, pode-se buscar na ideia geral de deferência espaços de abertura para a atuação dos Estados.

¹³⁶² BENAVIDES CASALS, Maria Angélica. El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos. *Revista Ius et Praxis*, año 15, n. 1, p. 295-310, 2009, p. 297.

¹³⁶³ *Ibid.*, p. 297-298.

O consenso entre os Estados tem, portanto, essa primeira função de estabelecer as bases a partir das quais se erige um sistema de proteção de direitos humanos. E é em torno dele que os órgãos supranacionais poderiam adensar as normas regionais, diminuindo margens para discordância e diversidade na medida em que se consolidam certas práticas. Nesse sentido, o consenso assume o papel de um fator externo que permite um maior controle por parte da corte supranacional a respeito da interpretação e aplicação das normas convencionais. E a *contrario sensu*, quando ausente, orienta sua autocontenção.

Embora a ideia original de consenso seja essencial para a inauguração de um sistema de proteção de direitos humanos, é preciso observar que o conceito em si revela dificuldades importantes se for levado para a operacionalidade do sistema, seja como razão para justificar a não interferência dos órgãos supranacionais, seja para justificar seu controle. Essa dificuldade se revela, por exemplo, na pergunta básica: de quem é o consenso? Seria aquele manifestado pelos Estados no panorama internacional por meio de seus corpos diplomáticos? Ou por meio de seus representantes eleitos? Indo além, poder-se-ia questionar a respeito do objeto desse consenso: diz respeito a práticas difundidas na sociedade? Como medir essa “difusão” para que uma compreensão a respeito de um tema possa ser considerada consenso?

Uma alternativa para reduzir essa complexidade é pensar no contexto a partir das leis democraticamente aprovadas pelos Estados, como uma expressão da vontade da sua sociedade civil, expressa por meio dos representantes eleitos. Ainda assim, mantém-se a dificuldade com relação aos aspectos numéricos. Se são vinte e um Estados submetidos à jurisdição da Corte IDH, é evidente que a discordância entre onze Estados de um lado e dez de outro importa ausência de consenso; que um ou dois Estados divergentes não seriam suficientes para comprometer um consenso já formado. As situações intermediárias, contudo, implicam maiores dificuldades.

Essas dificuldades iniciais apontam para um aspecto central na operacionalidade dos direitos humanos especialmente no sistema interamericano, qual seja, a proteção das minorias. Nesse sentido, o objeto do consenso é extremamente importante, pois certas pautas tradicionalmente encontram resistência entre grupos majoritários, como a proteção dos direitos dos indígenas e da população LGTB. O sentido dos direitos humanos essenciais para a existência desses grupos não pode ser dado exclusivamente pelas maiorias pois assim comprometeria a própria ideia original de preservação e proteção de toda pessoa humana como titular de direitos. Em tais casos, o consenso entre os Estados não pode, *per se*, orientar a aplicação das normas de direitos humanos a fim de justificar o exercício do controle por

órgãos supranacionais, bem como sua ausência não deve ser fator suficiente para justificar a deferência em prol da diversidade entre os Estados. Outros critérios de interpretação das normas jurídicas serão necessários.¹³⁶⁴

Mais além, surgem complicações oriundas da operacionalidade do consenso como elemento capaz de orientar a aplicação das normas convencionais bem observadas por Benevides Casals: o consenso deveria ser firme ou bastaria haver uma tendência entre os Estados a respeito de uma dada temática? Caberia à corte supranacional tão somente observar o consenso a fim de orientar sua atuação ou ela poderia fomentá-lo também?¹³⁶⁵ No caso interamericano, a atuação da Corte IDH muitas vezes parece se aproximar dessa noção de construção de consenso, especialmente em virtude da eficácia *res interpretata* das sentenças e opiniões consultivas. Todavia, o consenso fomentado pelas decisões interamericanas deve ser visto com cuidado, a fim de não inibir por completo o necessário espaço para o pluralismo jurídico. Ademais, esse consenso supostamente construído pelas decisões interamericanas acaba fugindo da ideia de ausência de consenso como fator de segunda ordem capaz de justificar a deferência da corte supranacional. O consenso, ou a falta dele, deve ser relativo à manifestação dos Estados: as leis por eles aprovadas, as decisões adotadas por suas cortes superiores. Ele não é imposto pelas decisões interamericanas tendo em vista a possibilidade de circunstâncias específicas nos Estados, de ordem política, econômica, histórica ou social, eventualmente autorizarem a divergência.

Em alguns casos em que a Corte IDH se mostrou deferente, a serem estudados mais adiante, a ausência de consenso foi mencionada a partir da referência às diversas propostas presentes nos Estados como um elemento que poderia indicar sua autocontenção. Esse fator, entretanto, não foi em nenhum desses casos razão suficiente para determinar a deferência. Sempre que o tema enfrentado pela Corte IDH se volta para direitos humanos de grupos vulneráveis, a falta de consenso perde totalmente o espaço.¹³⁶⁶

Nos primeiros anos do sistema interamericano, a primeira vez que a ausência de consenso foi levada em consideração para se analisar a violação de normas de proteção dos

¹³⁶⁴ Nesse sentido já apontara Andrew Legg, conforme abordado no segundo capítulo, seção 3.4.2.1. Para este autor, todavia, a imprecisão inerente à ideia de consenso não representa em si um problema na aplicação da margem de apreciação (ou de uma teoria mais genérica de deferência), pois ela pode servir a manobras de política judiciária necessárias à implementação desses direitos. LEGG, Andrew. **The margin of appreciation in human rights law**. Deference and Proportionality. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 128.

¹³⁶⁵ BENAVIDES CASALS, María Angélica. El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos. **Revista Ius et Praxis**, año 15, n. 1, p. 295-310, 2009, p. 299.

¹³⁶⁶ Conforme se pode verificar no caso da Opinião Consultiva n. 24. CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017**. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A No. 24.

direitos humanos se deu no caso *Baby Boy vs. Estados Unidos*, analisado pela Comissão IDH em 1981. A Comissão havia sido provocada por setores conservadores da sociedade norte-americana a fim de que declarasse a incompatibilidade de julgados como *Roe vs. Wade* com o direito à vida inscrito no artigo I da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, o qual deveria ser interpretado como proteção da vida ‘desde a concepção’. Naquela oportunidade, verificando que a amplitude da proteção do direito à vida corresponderia a tema extremamente controverso nos diversos sistemas jurídicos americanos, a Comissão decidiu que caberia a cada Estado definir esta amplitude. Não caberia à Comissão orientar um sentido específico da proteção do direito à vida, devendo os Estados decidir a esse respeito.¹³⁶⁷ Essa preocupação se extrai do voto do Comissionado Andrés Aguilar: “[*Article I*] leaves to each state the power to determine, in its domestic law, whether life begins and warrants protection from the moment of conception or at any other point in time prior to birth”.¹³⁶⁸

Mais tarde, em 1993, a Comissão IDH voltou a afastar a hipótese de violação da Convenção Americana no caso *José Efraín Ríos Montt vs. Guatemala*, em que o denunciante visava o reconhecimento da violação do seu direito político a lançar candidatura nas eleições daquele Estado. Nesse caso, a Suprema Corte da Guatemala aplicara uma norma constitucional que determinava a inelegibilidade do denunciante em virtude de outras condutas ilícitas, o que estaria em consonância com outras constituições de Estados caribenhos. O elemento consenso foi determinante do resultado, pois na medida em que o tratamento dado pelo Estado ao direito político em questão estava em conformidade com o consenso dos demais Estados, não caberia à Comissão intervir na questão.¹³⁶⁹

Ao tratar do caso *Andrés Aylwin vs. Chile* em 1998, a Comissão IDH se afastou das premissas anteriormente estabelecidas, deixando de considerar a ausência de consenso como elemento suficiente para reconhecer deferência ao Estado chileno. Tratava-se de provisão constitucional segundo a qual vinte por cento das cadeiras do senado não seriam preenchidas com representantes eleitos, mas com senadores apontados por outros órgãos da estrutura estatal, dentre os quais a Presidência da República, que, por si só, cumulária também um mandato no Senado. Usando exclusivamente um exame de proporcionalidade, a Comissão entendeu que o desenho institucional proposto pela Constituição comprometia a igualdade no

¹³⁶⁷ CANDIA, Gonzalo. **Comparing Diverse Approaches to the Margin of Appreciation:** The Case of the European and the Inter-American Court of Human Rights. March 9, 2014. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2406705>. Access in: Jan. 2, 2020, p. 13-14.

¹³⁶⁸ INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. **Resolution n. 23/81.** Case 2141 (United States) *Baby-Boy*. March 6, 1981, concurring decision of Dr. Andrés Aguilar M., paragraph 5.

¹³⁶⁹ INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. **Report n. 30/93.** Case n. 10.804, *José Efraín Ríos Montt vs. Guatemala*. October 12, 1993, paragraph 29.

exercício dos direitos políticos pois uma classe de privilegiados poderia apontar senadores independentemente de submetê-los ao sufrágio popular.¹³⁷⁰

Especialmente perante a Corte IDH, a existência ou ausência de consenso entre os Estados latino-americanos a respeito de determinada matéria não representa, por si só, elemento relevante para a construção da decisão. No caso *Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica*, em 2012, por exemplo, a Corte deliberadamente se distanciou das considerações tecidas pela Comissão IDH em 1981 para enfrentar o tema do surgimento da vida e reconhecer o direito à fertilização *in vitro* como corolário do direito à privacidade e ao planejamento familiar. Mais além, a Corte IDH obrigou o Estado da Costa Rica a oferecer o procedimento a todos aqueles que demandassem.¹³⁷¹ Em sua defesa, o Estado reclamou expressamente que lhe fosse concedida margem de apreciação em razão de o tema ‘surgimento da vida’ ser altamente controverso. Diante da falta de consenso, o Estado defendeu sua prerrogativa de tratar da matéria – como a Sala Constitucional da Suprema Corte havia feito, inclusive em respeito à disposição literal da Convenção Americana que protegia o direito à vida, “em geral, desde a concepção”.¹³⁷² Não obstante, tendo afirmado que a proteção do direito à vida se iniciava com a implantação do embrião no útero, a Corte IDH afirmou que a proteção absoluta dada pela Sala Constitucional da Costa Rica deixara de ponderar outros direitos humanos em conflito, violando-os de modo desproporcional, o que dispensaria a análise dos argumentos relacionados à margem de apreciação ou à ausência de consenso.¹³⁷³ Nessa vertente, a Corte evidenciara sua deliberada indisposição em enfrentar a matéria.

Quem abordou a temática a fim de sugerir uma atuação mais cautelosa da Corte IDH nesse caso foi o juiz Eduardo Vio Grossi, em seu voto dissidente.¹³⁷⁴ Observou o magistrado que apenas onze dos vinte e quatro Estados latino-americanos submetidos à jurisdição da Corte IDH autorizavam e regulavam a reprodução *in vitro*, sendo que mesmo dentre eles não havia integral consenso a respeito do procedimento pois algumas práticas correspondentes eram vedadas. Nesse sentido, Vio Grossi contesta a conclusão apresentada na sentença segundo a qual a maioria dos Estados-membro do sistema aplicariam a fertilização *in vitro*, ou

¹³⁷⁰ INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. **Report n. 137/99**. Case 1.,863, Andres Aylwin Azocar et. al. vs. Chile, December 27, 1999, paragraph 108.

¹³⁷¹ CORTE IDH. **Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257.

¹³⁷² *Ibid.*, párrafo 170.

¹³⁷³ *Ibid.*, párrafo 316.

¹³⁷⁴ O magistrado divergiu inteiramente da interpretação evolutiva do artigo 4.1 da Convenção Americana feita pelos demais integrantes da Corte, fundamentando seu entendimento em uma interpretação de boa fé da expressão “em geral, desde a concepção”, ao lado da massiva jurisprudência da Corte IDH em proteção à vida humana e aos direitos das crianças. Esta divergência de entendimento não será objeto de análise, pois o foco é tão somente o enfrentamento da questão do consenso como fator de segunda ordem a influenciar o julgado.

endossariam a interpretação de que a Convenção Americana a permitiria a partir do artigo 4.1.¹³⁷⁵ Como se pode perceber, a questão numérica para definição do consenso é particularmente complicada, e muitas vezes é maquiada por uma pretensão política da Corte IDH de enfrentar determinada matéria e aproveitar a oportunidade do caso que lhe chega às mãos para estabelecer um *standard* para os Estados latino-americanos.

No julgamento do caso *Atala Riffo vs. Chile* a Corte IDH rechaçou definitivamente o argumento relativo ao consenso como fator de segunda ordem capaz de autorizar margem de apreciação aos Estados em casos envolvendo direitos de minorias. A fim de condenar a discriminação de pessoas por sua orientação sexual para definição de direitos relativos à preservação da família, como a guarda dos filhos menores, a Corte IDH deixou claro que o dissenso não teria relevância para aquele julgamento:

En lo que respecta al argumento del Estado de que para la fecha de emisión de la sentencia de la Corte Suprema no habría existido un consenso respecto a la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación, la Corte resalta que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido. El hecho de que ésta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana.¹³⁷⁶

Desse trecho, extrai-se que a Corte IDH observou que sob a capa do argumento relativo à ausência de consenso se encontrava uma atuação discriminatória do Chile, Estado cuja maior parte da população tinha forte orientação religiosa contrária aos homossexuais. Nesse caso, a Corte IDH atuou como órgão contramajoritário, preservando a proteção dos direitos humanos de todas as pessoas de forma indiscriminada.

De fato, na América Latina, o tema do consenso costuma vir atrelado a concepções morais conservadoras e religiosamente informadas, o que deve ser enfrentado com um exame acurado dos direitos em jogo e da proporcionalidade de suas restrições. Talvez o argumento de defesa das minorias também pudesse ter fundamentado o rechaço da Corte IDH à invocação da margem de apreciação pelo Estado da Costa Rica no caso *Artavia Murillo*. Todavia, naquela oportunidade, a Corte IDH decidiu sequer enfrentar a matéria.

¹³⁷⁵ CORTE IDH. Caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, *op. cit.*, Voto disidente de Eduardo Vía-Grossi, p. 21.

¹³⁷⁶ CORTE IDH. **Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C n. 239, párrafo 92.

Ao lado da falta de consenso como fator externo capaz de indicar um espaço para deferência, a maior perícia dos agentes internos¹³⁷⁷ pode se mostrar problemática no ambiente interamericano. Ela representa a premissa segundo a qual as autoridades domésticas estariam melhor posicionadas para tomar decisões com implicações políticas controversas sobre direitos humanos pois justamente estariam mais próximas dos titulares dos direitos, teriam maior competência técnica para enfrentar o tema e conheceriam melhor o contexto em que se materializam as disputas.

Como já abordado no segundo capítulo, esse fator não deve ser analisado isoladamente, tanto que na jurisprudência do TEDH costuma vir acompanhado do exame de proporcionalidade ou da legitimidade democrática dos órgãos responsáveis pelas medidas que afetem direitos humanos.¹³⁷⁸

A estrutura institucional dos Estados latino-americanos, contudo, nem sempre tem a independência necessária ou o compromisso umbilical com a proteção dos direitos humanos. O Brasil em 2019 teve exemplos emblemáticos de manipulação de cargos técnicos para a satisfação de uma agenda política governamental. Um deles foi a demissão sumária do Presidente do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE) pelo governo brasileiro após a divulgação para a imprensa do aumento do número de desmatamentos na Amazônia. Essa divulgação científica foi considerada um ato de “constrangimento” ao governo.¹³⁷⁹ Ainda, a Comissão da Verdade instituída em 2012 e que visa esclarecer os fatos ocorridos durante a ditadura teve membros substituídos por indicações do presidente, sob o fundamento de que o governo seria de “direita”, em franco descompasso com a finalidade do órgão ou qualquer compromisso com a verdade a ser por ele produzida.¹³⁸⁰

Nesse panorama, não se pode afirmar prematuramente que as decisões tomadas pelos órgãos técnicos dos governos sejam mais acuradas do que a apreciação da matéria em sede supranacional. É certo que essas decisões devem ser consideradas pela Corte IDH no processo de construção da decisão, mas podem ser avaliadas ao lado de provas periciais produzidas na esfera regional, em conformidade com o previsto no artigos 43 e 53 do Regulamento Interno

¹³⁷⁷ LEGG, Andrew. **The Margin of Appreciation in International Human Rights Law**: Deference and Proportionality. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 145; GREER, Steven. The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights. **Human Rights Files n. 17**. Council of Europe Publishing, jul. 2000, p. 24.

¹³⁷⁸ Ver segundo capítulo, seção 3.4.2.2.

¹³⁷⁹ BRANT, Danielle; WATANABE, Phillipe. Diretor do Inpe será exonerado após críticas do governo a dados de desmate. **Folha de S. Paulo**, 2 de agosto de 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ambiente/2019/08/diretor-do-inpe-sera-exonerado-apos-criticas-do-governo-a-dados-de-desmate.shtml>. Acesso em 30 dez. 2019.

¹³⁸⁰ VALENTE, Rubens. Procuradoria aponta 'desvio de finalidade' de Bolsonaro em comissão sobre ditadura. **Folha de S. Paulo**, 1 de outubro de 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/10/procuradoria-aponta-desvio-de-finalidade-de-bolsonaro-em-comissao-sobre-ditadura.shtml>. Acesso em: 30 dez. 2019.

da Corte IDH.¹³⁸¹ Nesse aspecto, é determinante que a Corte IDH saiba ler o contexto particular vivido por cada Estado a fim de fundamentar sua interpretação e aplicação das normas convencionais.

Além disso, a deferência em virtude da perícia das autoridades domésticas pode se justificar no caso de órgãos jurisdicionais independentes e imparciais. Nem sempre essas condições são preenchidas em todas as cortes latino-americanas, de modo que pressões políticas podem contaminar a orientação dos julgados. Essa não é uma constante em todos os Estados ou em todos os momentos, mas o exemplo do caso *Leopoldo López vs. Venezuela* – entre outros contra este mesmo Estado que acabaram por desencadear o desligamento do Estado venezuelano do sistema interamericano de direitos humanos – ainda lança sombras sobre a plena confiança na independência de alguns tribunais.¹³⁸²

Essa análise costuma vir atrelada ao status democrático do Estado, de modo que se as instituições de controle funcionam bem, a imparcialidade e a independência jurisdicional costumam estar presentes. Nessa seara, importante ter em conta que algumas cortes nacionais podem se transformar em importantes veículos para difusão dos vetores materiais do ICCAL, quais sejam, proteção aos direitos humanos, resguardo da democracia e preservação do Estado de Direito. Sentenças tomadas em atenção ao *corpus iuris* interamericano que decidem temas particularmente nevrálgicos para o corpo social podem sim merecer uma maior consideração da Corte IDH, seja por meio de um diálogo cooperativo *bottom-up* que colhe influências da jurisdição doméstica, seja mediante uma autocontenção deferente.

Ademais, o Estado não corresponde a um bloco monolítico, mas é integrado por diversos órgãos que muitas vezes logram produzir resultados importantes, capazes de fundamentar decisões tomadas pelo governo, ou ainda, precisamente denunciar medidas governamentais como contrárias aos direitos humanos. Em casos como *Terrones Silva e outros vs. Peru*¹³⁸³ e *Vladimir Herzog e outros vs. Brasil*¹³⁸⁴, os trabalhos de investigação e apuração das Comissões da Verdade nacionais foram determinantes para a identificação da

¹³⁸¹ CORTE IDH. **Reglamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Aprovado pela Corte no seu LXXXV Período Ordinário de Sessões celebrado de 19 a 28 de novembro de 2009. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf. Acesso em: 30 dez. 2019.

¹³⁸² BREWER-CARÍAS, Allan. El ilegítimo ‘control de constitucionalidad’ de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte la sala constitucional del tribunal supremo de justicia de Venezuela: El caso Leopoldo López vs. Venezuela, septiembre 2011. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. **Estudios Constitucionales**, Año 10, n. 2, 2012, p. 575–608.

¹³⁸³ CORTE IDH. **Caso Terrones Silva y otros vs. Perú**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018.

¹³⁸⁴ CORTE IDH. **Caso Herzog y otros vs. Brasil**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de marzo de 2018. Serie C n. 353.

responsabilidade internacional dos Estados. Já no caso *Atala Riffo e filhas vs. Chile*¹³⁸⁵, por outro lado, foi precisamente a proximidade das autoridades estatais a uma cultura histórica e tradicional de discriminação a homossexuais que acabou por levar às decisões que tiraram a guarda das filhas da Sra. Karen Atala Riffo, privando-as do convívio materno. A distância da Corte IDH em relação à causa foi o que lhe permitiu analisar as provas e perceber o quadro geral de discriminação a que a vítima estava sujeita.

Na jurisprudência da Corte IDH o tema foi pouquíssimo explorado. Como observaram Lopes Saldanha e Brum, o argumento da proximidade em relação à causa foi aventado pelo Estado Brasileiro no caso *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*.¹³⁸⁶ Para além do argumento democrático, a ser explorado no item a seguir, o Estado afirmou que os órgãos brasileiros deveriam ser os responsáveis pela análise da validade constitucional e convencional da Lei de Anistia, pois estariam mais próximos da realidade nacional, em que os efeitos dessa validade ou invalidade seriam sentidos. A Corte IDH, diante da manifesta violação às normas convencionais de direitos humanos provocada pela Lei de Anistia, enfrentou diretamente o controle de convencionalidade, deixando de considerar fatores de segunda ordem que pudessem garantir ao Estado algum espaço de discricionariedade. O contexto sustentado pela defesa brasileira que justificaria uma aliança democrática adotada pelos representantes brasileiros em prol da transição esteve muito longe de demover a Corte da declaração de inconvenção da referida lei.¹³⁸⁷

Ao se debruçar sobre o tema, Legg verificou que existem alguns elementos que, *per se*, desautorizam o uso da margem de apreciação com fundamento na perícia e maior proximidade das autoridades estatais em relação à causa: quando os Estados não se mostram cooperativos, quando se verifica um padrão sistemático e contínuo de violações a direitos humanos, ou quando a inadequação ou a insuficiência da proteção aos direitos no plano doméstico não autorizam deferência.¹³⁸⁸

Tais elementos frequentemente estão presentes nos casos submetidos à Corte IDH. No sistema interamericano verificam-se reiteradas denúncias de um padrão contínuo de violações de direitos humanos, especialmente aquelas ocorridas durante as ditaduras militares ou

¹³⁸⁵ CORTE IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C n. 239.

¹³⁸⁶ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRUM, Márcio Morais. A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado? *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XV, p. 195-238, 2015, p. 230.

¹³⁸⁷ CORTE IDH. *Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.

¹³⁸⁸ LEGG, Andrew. *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 150.

conflitos armados. Esse panorama gerou um histórico de proteção insuficiente aos direitos humanos pelos Estados, especialmente no tocante à investigação de violações praticadas por terceiros, com o correspondente processo, condenação e punição dos responsáveis. E essa realidade ainda não está plenamente resolvida. Por exemplo, ainda em 2018 a Corte IDH julgou dois casos de desaparecimento forçado (Isaza Uribe e outros vs. Colômbia, Terrones Silva e outros vs. Peru), as autoridades estatais falharam em investigar adequadamente os fatos, deixaram de percorrer linhas prováveis e plausíveis de investigação, e os inquéritos se estenderam demasiadamente no tempo, gerando prejuízo inclusive à produção da verdade.

O padrão insuficiente de proteção aos direitos foi reiterado em diversas sentenças proferidas pela Corte IDH em 2019:

El 26 de noviembre de 2019 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte” o “este Tribunal”) dictó una Sentencia mediante la cual declaró la responsabilidad internacional del Estado de Argentina por: (i) la falta de motivación de la resolución que ordenó la prisión preventiva del señor Óscar Gabriel Jenkins (en adelante, señor Jenkins); (ii) la duración de la prisión preventiva; (iii) la ineficacia de los recursos para cuestionar la privación de libertad; y (iv) la violación del plazo razonable en el marco de un proceso de daños e indemnización de perjuicios.¹³⁸⁹

Mais adiante, no caso *Gómez Virula e outros vs. Guatemala*, também de desaparecimento forçado:

La Corte aclaró que, a fin de establecer un incumplimiento del deber de prevenir violaciones a los derechos a la vida e integridad personal, debe verificarse que: i) las autoridades estatales sabían, o debían haber sabido, de la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida y/o integridad personal de un individuo o grupo de individuos determinado, y que ii) tales autoridades no adoptaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo. Este estándar ha sido aplicado por la Corte, por ejemplo, en situaciones de desaparición de mujeres ocurridas dentro de un contexto de aumento de violencia homicida contra mujeres, e igualmente sería aplicable dentro de un contexto de aumento de violencia homicida contra sindicalistas. Sin embargo, en el presente caso no se demostró que el Estado supiese o debiese haber sabido que existiera una situación de riesgo real e inminente en contra de los sindicalistas con anterioridad a la denuncia de la desaparición del señor Gómez Virula.¹³⁹⁰

Não obstante, ainda em 2019 um caso de denúncia de desaparecimento forçado e torturas chegou à Corte IDH para ser julgado integralmente improcedente: o caso *Arrom*

¹³⁸⁹ CORTE IDH. **Caso Jenkins vs. Argentina**. Sentencia de 26 de noviembre de 2019 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Resumen Oficial emitido por la Corte Interamericana.

¹³⁹⁰ CORTE IDH. **Caso Gómez Virula y otros vs. Guatemala**. Sentencia de 21 de noviembre de 2019 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Resumen Oficial emitido por la Corte Interamericana. Ainda relata graves violações de direitos humanos praticadas pelo Estado dentro de um padrão reiterado o caso *Díaz Loreto e outros vs. Venezuela* (2019), que tratou de morte em virtude de violência policial. CORTE IDH. **Caso Díaz Loreto y otros vs. Venezuela**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2019. Serie C n. 392

Suhurt e outros vs. Paraguai.¹³⁹¹ Arrom Suhurt e Anuncio Martí, dirigentes de partido político de extrema esquerda teriam supostamente sofrido desaparecimento forçado em 2002, sendo encontrados dias depois em uma casa abandonada, com marcas de tortura. Eles também respondiam processo penal pelo sequestro da esposa de um empresário.¹³⁹² Esse caso envolveu cuidadosa análise das provas a fim de gerar o convencimento da jurisdição supranacional de que o Estado não poderia ser responsabilizado pelas violações denunciadas, afastando razões de primeira ordem que pudessem justificar a condenação do Estado. As autoridades paraguaias haviam tomado providências assim que o *habeas corpus* em favor das vítimas fora interposto, e prontamente buscaram informações sobre o seu paradeiro: expediram ofícios para saber se haviam sido detidos por ordem policial ou judicial, investigaram a casa onde as supostas vítimas estiveram detidas, receberam depoimentos de oficiais do governo, 16 policiais e 87 pessoas com possíveis dados, reconstituíram os fatos tanto do desaparecimento quanto de sua reaparição, entre outros.¹³⁹³ O trabalho de investigação desempenhado, ao lado da ausência de provas suficientes produzidas pela Comissão IDH e pelos representantes das supostas vítimas, acabou por afastar a possibilidade do reconhecimento de alguma responsabilidade do Estado.

Essa foi a primeira denúncia de desaparecimento forçado julgada improcedente no sistema interamericano, afastando a presunção mantida por muitos anos de que uma causa levada à Corte IDH geraria condenação. É preciso reconhecer que se trata de um passo importante em favor da confiança às autoridades estatais por parte da Corte IDH, que nesse caso assumiu com candura sua posição subsidiária e complementar ao nível nacional.

Ainda assim, é preciso reconhecer que esse caso é minoritário diante da imensa maioria julgada pela Corte IDH, que lida com graves violações a direitos humanos e autoridades estatais reticentes no momento de contribuir para a proteção dos direitos humanos.

Outro aspecto que merecerá análise adiante é o fato de que muitos Estados como Colômbia, Peru e Guatemala passaram a desenvolver mecanismos internos de reparação integral das vítimas de violações de direitos humanos em contexto de conflitos armados. Não mais na seara da definição do sentido dos direitos humanos ou de suas restrições, mas sim na esfera da subsidiariedade remedial, nos últimos anos têm surgido casos que demonstram uma

¹³⁹¹ CORTE IDH. **Caso Arrom Suhurt y otros vs. Paraguay**. Fondo. Sentencia de 13 de mayo de 2019. Serie C No. 377.

¹³⁹² Após a conclusão das investigações pelas autoridades paraguaias, que apontaram a ausência dos crimes supostamente sofridos, eles deixaram o país para buscar asilo no Brasil, o qual foi concedido em 2003. Em 2019, após a sentença interamericana que não identificou responsabilidade do Estado do Paraguai pelos fatos narrados, o Estado brasileiro revogou o asilo concedido.

¹³⁹³ CORTE IDH. **Caso Arrom Suhurt y otros vs. Paraguay**. Resumen oficial emitido por la Corte Interamericana.

deferência incipiente por parte da Corte IDH em relação a esses programas internos. Embora a Corte IDH não o explicita em seus julgados, mostra deferência ao desempenho das autoridades domésticas, respeitando as peculiaridades nacionais que referidos programas incorporam. Não obstante, a supervisão da jurisdição supranacional mantêm-se presente.

Diante dessas circunstâncias, é possível afirmar que dois fatores de segunda ordem que compõem a doutrina da margem de apreciação – a ausência de consenso sobre a matéria e a maior expertise das autoridades estatais – têm aplicabilidade reduzida no sistema interamericano de direitos humanos, dificilmente podendo ser considerados, isoladamente, fundamentos para uma conduta deferente por parte da Corte IDH, especialmente no tocante à definição do sentido dos direitos humanos e da amplitude de suas restrições.

Resta analisar a legitimidade democrática das medidas estatais restritivas dos direitos humanos previstos no *corpus iuris* interamericano como outro fator de segunda ordem capaz de endossar a aplicação da margem de apreciação por parte da Corte IDH. Para tanto, será necessário avaliar em que sentido essa legitimidade democrática deverá ser aferida.

5.1.2.1 A legitimidade democrática como razão de segunda ordem no contexto interamericano

A legitimidade democrática de uma decisão doméstica é uma razão de segunda ordem com peso diferenciado no ICCAL, tendo em vista que um de seus vetores materiais é precisamente a preservação da democracia nos Estados latino-americanos. Nesse sentido, a Corte IDH poderia estar mais disposta a reconhecer um espaço de discricionariedade aos Estados se demonstrarem que as medidas por eles adotadas são essencialmente democráticas. Para além desse aspecto, não se pode olvidar que sempre que a Convenção Americana autoriza alguma intervenção dos Estados na definição dos sentidos dos direitos humanos, ou sua restrição, ela exige a manifestação por meio de uma lei.¹³⁹⁴

A legitimidade democrática das decisões nacionais é o que melhor personifica a dinâmica do princípio da subsidiariedade, pois diz respeito à autonomia qualificada dos Estados, já que fundada em critérios democráticos para tratar de direitos humanos segundo as especificidades de cada sociedade. Assim, a presença dessa legitimidade democrática pesa em favor de uma maior deferência da Corte IDH às leis aprovadas no plano interno, e convalidadas pelas cortes constitucionais ou supremas. Resta verificar se a regra da maioria –

¹³⁹⁴ A concepção de lei deve ser compreendida nos termos da Opinião Consultiva n. 6, a ser abordada adiante.

tanto na formação legislativa quanto nas consultas populares – poderia ser suficiente para autorizar a deferência da Corte IDH.

Um caso que põe em evidência essa temática foi *Gelman vs. Uruguai*, julgado em 2011, que versou sobre a apreensão na Argentina de Marcelo Gelman e María Claudia García, sua esposa com então 19 anos e grávida de 7 meses. Marcelo Gelman morreu em virtude das torturas a que foi submetido; María García foi transferida para Montevideo, Uruguai, por meio de ações que integravam um complexo maior de cooperação entre regimes ditatoriais latino-americanos, chamada Operação Condor. No cativeiro uruguaio, María García deu à luz a uma menina em hospital militar. Dela foi imediatamente separada, e sua filha foi adotada por um policial militar uruguaio e sua esposa, sem qualquer indicação do parentesco original. O paradeiro da mãe, María García, permanece um mistério até os dias atuais. Anos mais tarde, Juan Gelman, pai de Marcelo e sogro de María Claudia, logrou localizar a neta, Maria Macarena, e comprovar seu parentesco por exames de DNA. Diante da impossibilidade de encontrar reparação pelas violações a direitos humanos dentro do sistema jurídico nacional, Juan Gelman denunciou o caso à Comissão IDH, a qual o levou à Corte IDH em 2010.¹³⁹⁵

Em sua defesa, o Uruguai alegou a existência de uma lei que impedia a persecução penal e responsabilização dos atos praticados durante o regime militar: a Lei de Caducidade. Referida lei fora aprovada pelo Congresso em 1986 após o fim da ditadura, mas em meio a uma crise institucional, pois os militares que estavam sendo demandados por violações a direitos humanos praticadas durante o regime ditatorial (1973 a 1985) se negavam a comparecer perante a Justiça Civil e promoviam intensa pressão política à democracia incipiente. A constitucionalidade da referida lei foi questionada perante a Suprema Corte de Justiça, e confirmada, por maioria de 3 a 2, em 1988.¹³⁹⁶ Em abril de 1989, uma Comissão formada por familiares das vítimas de desaparecimento propôs um referendo a fim de revogar a Lei de Caducidade, porém, por uma maioria de 58% dos votos a lei foi mantida.¹³⁹⁷

Mais tarde, em 2009, impulsionada pela jurisprudência interamericana, a Suprema Corte de Justiça declarou a inconstitucionalidade de diversos artigos da Lei de Caducidade (caso *Sabalsagaray*), o que motivou um projeto de iniciativa popular de mudança da Constituição, a fim de nela inserir a previsão de nulidade daqueles dispositivos legais. Novamente a maioria da população mostrou-se contrária à revisão da Lei: o projeto não logrou obter o número necessário de assinaturas e mesmo com importante aprovação (47,7%

¹³⁹⁵ CORTE IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C n. 221, párrafos 1, 2. Sobre Operação Condor, vide párrafos 44 e ss.

¹³⁹⁶ *Ibid.*, párrafos 144-146.

¹³⁹⁷ *Ibid.*, párrafo 147.

dos votos) acabou por ser rejeitado.¹³⁹⁸ O Estado clamou, portanto, por deferência da Corte IDH à manifestação democrática do povo uruguaio.

Todavia, a Corte IDH entendeu que o Estado deveria ser responsabilizado internacionalmente pela manutenção de uma lei contrária à CADH e à Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado, na medida em que impedia a investigação, denúncia e condenação dos responsáveis por graves violações de direitos humanos praticadas por agentes estatais. O rechaço da Corte foi manifesto, e pouco sensível aos argumentos trazidos pelo Estado a respeito da legitimidade democrática da lei: *“El hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional”*.¹³⁹⁹ As maiorias populares não poderiam, na visão da Corte, suplantar um *standard* arduamente construído ao longo de sua jurisprudência: o combate fervoroso contra a impunidade em casos de graves violações de direitos humanos perpetradas por regimes autoritários. O empecilho à investigação e processamento dos responsáveis por desaparecimentos forçados, torturas e execuções de opositores do regime ditatorial não poderia estar acobertado por uma atuação deferente por parte da Corte.

Segundo essa ótica, a Corte IDH não reconheceu a legitimidade democrática da lei interna, mesmo referendada pelo voto popular, como razão suficiente para garantir margem de discricionariedade ao Estado, tendo em vista que implicava grave violação a direitos humanos inderrogáveis da Convenção Americana. Como observou Candia, *“the IACHR concluded by affirming that the mere existence of a democratic regime where these types of legislative decisions are adopted by majority rule does not ensure necessarily the legitimacy of the law”*.¹⁴⁰⁰ Na medida em que as decisões democráticas se instrumentalizam pela regra da maioria, elas não teriam legitimidade suficiente para afastar a incidência dos direitos humanos previstos na CADH. A Corte IDH ainda não enfrentou o tema da legitimidade democrática a fim de justificar sua ingerência.

Uma leitura possível permitiria afirmar que existem direitos humanos que se encontram fora de qualquer margem possível de discricionariedade para os Estados. Como já analisara García Roca, direitos humanos como o direito à vida e a proibição da tortura e do tratamento degradante integram um círculo pequeno e denso para o qual a margem de

¹³⁹⁸ *Ibid.*, párrafos 148-150.

¹³⁹⁹ CORTE IDH. **Caso Gelman vs. Uruguay**. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C n. 221, párrafo 238.

¹⁴⁰⁰ CANDIA, Gonzalo. **Comparing Diverse Approaches to the Margin of Appreciation: The Case of the European and the Inter-American Court of Human Rights**. March 9, 2014. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2406705> Access in: Jan. 2, 2020, p. 19.

apreciação seria reduzida e o controle supranacional forte.¹⁴⁰¹ Nessa mesma linha argumentam Saldanha e Brum, ao ressaltarem que não só o processo democrático de construção da lei de anistia importa, mas especialmente sua *ratio legis* que viabiliza a impunidade de graves violações de direitos humanos. A análise feita por esses autores para a inconveniência da lei de anistia brasileira se aplica também ao caso da Lei de Caducidade uruguaia (ainda que o grau de deliberação democrática da última tenha sido maior que o da primeira, aprovada ainda durante a ditadura militar):

Por este motivo, não prospera o argumento do Brasil de que a Lei de Anistia nacional é válida devido à forma como foi instituída, tendo, supostamente, havido prévia discussão na sociedade, bem como aprovação pelo Congresso Nacional que respeitou as formalidades do processo legislativo. A Lei de Anistia brasileira é inválida não por questões formais, mas pelo seu conteúdo, que ao permitir a impunidade de crimes cometidos, é manifestamente contrária ao direito internacional dos direitos humanos.¹⁴⁰²

O tema, contudo, admite outras interpretações, especialmente em virtude de a Corte IDH ter desconsiderado de forma tão contundente e precipitada a manifestação popular.¹⁴⁰³ Como apontou Soltman, as duas manifestações populares ocorridas com um intervalo de vinte anos, provocadas legitimamente por membros da sociedade desejosos de soterrar um passado de impunidade, ainda assim, pareceriam ter deixado inequívoca a pretensão do povo uruguaio de despedir-se do passado e seguir em frente na construção de uma sociedade democrática.¹⁴⁰⁴

Os dois referendos ocorridos no Uruguai, que seguiram um intenso processo de discussão do tema da anistia na sociedade, segundo Gargarella, representariam verdadeiros momentos constituintes, em que uma democracia deliberativa se manifestara plenamente e, por tal razão, mereceriam a deferência da Corte IDH. No lugar de decisões democráticas consideradas fracas, em que autoridades representativas decidem em nome dos cidadãos, sem um processo inclusivo e deliberativo sobre o tema, o referendo e o plebiscito que seguiram

¹⁴⁰¹ GARCÍA ROCA, Javier. La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 20, p. 117-143, 2007, p. 127. Tema abordado no segundo capítulo, seção 3.4.1.

¹⁴⁰² SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRUM, Márcio Morais. A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado? **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, vol. XV, p. 195-238, 2015, p. 229.

¹⁴⁰³ Como analisou Contesse, “[...] *the Court should have made an effort to better justify its ruling in Gelman, because the Uruguayan Expiry Law has more legitimacy than other amnesty laws enacted in Latin America. In other words, even if the Court had decided that it must uphold its established case law on impunity and amnesty legislation, good reasons existed for the Court to take a more deferential approach in this particular case. Such an approach required, at least, a greater effort at finding Uruguay internationally responsible for passing the Expiry Law and upholding the law’s validity twice through popular vote.*” CONTESSE, Jorge. Contestation and Deference in the Inter-American Human Rights System. **Law and Contemporary Problems**, v. 79, n. 2, p. 123-145, 2016, p. 136.

¹⁴⁰⁴ SOLTMAN, Daniel. Applauding Uruguay’s Quest for Justice: Dictatorship, Amnesty, and Repeal of Uruguay Law No. 15.848. **Washington University Global Studies Law Review**, v. 12, p. 829-848, 2013. Available at: https://openscholarship.wustl.edu/law_globalstudies/vol12/iss4/9. Access in: July 25, 2019, p. 832.

ampla discussão na sociedade civil seriam marca de decisões democráticas fortes¹⁴⁰⁵, que deveriam ser respeitadas pela Corte. O caso Gelman evidenciaria a dificuldade enfrentada pelos magistrados supranacionais em reconhecer espaços de autonomia democrática, plural e dissidente, em virtude de seu rigor na busca de resultados para a efetivação dos direitos humanos, como se estes pudessem ser efetivados mesmo a despeito da democracia. No entender de Gargarella, os desacordos referentes ao alcance e à amplitude dos direitos devem ser resolvidos coletiva e democraticamente pela sociedade diretamente implicada por esses direitos, na medida em que tal solução é a única compatível com uma sociedade que reconhece o mesmo valor moral a todos os seus cidadãos.¹⁴⁰⁶

Nesse diapasão, manifestações populares em que a democracia deliberativa se manifestasse deveriam, por si mesmas, representar razões de segunda ordem suficientemente fortes para a deferência aos Estados, ou seja, às sociedades nacionais. Entretanto, há que se observar de que proposta de democracia se estaria a tratar.

A proposta de democracia deliberativa de Carlos Santiago Nino se mostra ciente de que mesmo uma decisão tomada de forma deliberativa pode se revelar injusta. A democracia deliberativa, se comparada às democracias majoritárias simples, corresponderia a uma melhor forma de se atingir uma decisão justa a partir de uma ampla discussão a respeito de todos os argumentos produzidos pelos sujeitos envolvidos, com espaço para consenso e dissensos. Como salienta Nino, “o procedimento que leva a uma decisão majoritária, quando funciona sem distorção, contém um forte incentivo para cada cidadão tentar convencer o maior número possível de seus pares da justeza de sua proposta”.¹⁴⁰⁷ Na medida em que uma ideia consegue angariar uma maioria significativa de adeptos, em condições iguais de discussão, existiria uma maior probabilidade de que ela seja mais imparcial e mais justa que uma decisão individual ou tomada por um grupo minoritário.¹⁴⁰⁸

Embora não seja o escopo desta tese discutir as propostas da democracia deliberativa, as considerações anteriores servem para demonstrar que seus defensores são mais resistentes a

¹⁴⁰⁵ GARGARELLA, Roberto. Tribunales Internacionales y Democracia: Enfoques deferentes o de interferencia. **Revista Latinoamericana de Derecho Internacional**, n. 4, 30 mayo 2016. Disponível em: <http://www.revistaladi.com.ar/ladi/numero-4/> Acesso em: jun. 2019.

¹⁴⁰⁶ GARGARELLA, Roberto. Tribunales Internacionales y Democracia: Enfoques deferentes o de interferencia. **Revista Latinoamericana de Derecho Internacional**, n. 4, 30 mayo 2016. Disponível em: <http://www.revistaladi.com.ar/ladi/numero-4/> Acesso em: jun. 2019.

¹⁴⁰⁷ NINO, Carlos Santiago. **Ética e Direitos Humanos**. Trad. Nélio Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2011, p. 320.

¹⁴⁰⁸ Interessante notar que Nino trabalha distintamente decisões obtidas por uma vasta maioria, como a de 70%, e decisões tomadas por maiorias menores. Nestes casos, a presunção de imparcialidade da decisão se fortalece. No caso de “pequenas maiorias”, o valor epistêmico da democracia estaria na autoridade que se deve dar ao resultado para que as maiorias possam efetivamente se consolidar. *Ibid.*, p. 321-322. As maiorias manifestadas nas duas consultas populares no caso Gelman (58% vs. 42%, na primeira, e 52,3% vs. 47,7%) são bem mais exíguas, em especial a última, adotada em 2009 quando a jurisprudência da Corte IDH a respeito das leis de anistia já tinha se consolidado.

manifestações como a adotada pela Corte IDH no caso Gelman. As concepções de democracia deliberativa sugerem um maior peso às manifestações democráticas realizadas nos Estados, desde que as pré-condições sejam satisfeitas, a fim de fundamentar a deferência das cortes.

Nessa linha, Nino reconhece que há direitos que constituem a própria base de uma sociedade democrática e liberal, e estes estariam excluídos da deliberação.¹⁴⁰⁹ Seriam bens integrantes do próprio princípio da autonomia moral que funda o discurso a partir do qual se molda a democracia e são aqueles essenciais para que cada pessoa escolha e realize um projeto de vida. Em um rol não exaustivo, Nino se refere à liberdade pessoal para realizar qualquer ato que não cause danos a outrem, à vida biológica consciente, à integridade física e psíquica, à educação, à liberdade de expressão, à vida privada, à liberdade de associação, ao trabalho e à segurança pessoal.¹⁴¹⁰ Essa concepção permite reconhecer que, por mais ampla que seja a abertura política para a deliberação sobre o conteúdo dos direitos, ela não poderia gerar, como resultado, o comprometimento das premissas essenciais que viabilizam o discurso democrático.

Em sociedades de democracia deficitária, justificar-se-iam práticas individuais, adotadas por especialistas como os juízes, capazes de avaliar se as condições democráticas estariam presentes ou se o resultado de uma deliberação fosse nocivo aos direitos elementares à democracia. Nessa ótica, a prática jurisdicional encontraria guarida exatamente para “proteger a autonomia pessoal, garantir a constituição como prática social e para conter decisões majoritárias que prejudiquem indivíduos ou minorias isoladas”.¹⁴¹¹

Dessa forma, ainda que o critério do momento constituinte, democraticamente forte, seja relevante para o reconhecimento dos espaços de autonomia dos Estados-membros do sistema interamericano¹⁴¹², bem como para a valorização do pluralismo, é necessário atentar para momentos históricos em que as maiorias (ainda que em manifestação democrática) podem se voltar contra os direitos humanos.¹⁴¹³

¹⁴⁰⁹ *Ibid.*, p. 325.

¹⁴¹⁰ NINO, Carlos Santiago. **Ética e Direitos Humanos**. Trad. Nélio Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2011, p. 193-194.

¹⁴¹¹ LOIS, Cecilia Caballero; MARQUES, Gabriel Lima. A desconstrução semântica da supremacia judicial e a necessária afirmação do judicial review: uma análise a partir da democracia deliberativa de Habermas e Nino. **Sequência** [online], n. 66, p.113-136, Florianópolis, 2013 Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552013000100005&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 15 jan. 2020.

¹⁴¹² Gargarella propõe justamente que “ante una decisión democrática fuerte que afecta los derechos y/o procedimientos preponderantes en cierta comunidad, los tribunales internacionales no deberían adoptar un enfoque de interferencia.” GARGARELLA, Roberto. Tribunales Internacionales y Democracia: Enfoques deferentes o de interferencia. **Revista Latinoamericana de Derecho Internacional**, n. 4, 30 mayo 2016. Disponível em: <http://www.revistaladi.com.ar/ladi/numero-4/> Acesso em: jun. 2019.

¹⁴¹³ A América Latina parece enfrentar uma volta ao populismo nos últimos anos, um populismo democrático e inserido na globalização (neopopulismo), em que líderes fortes e populares conclamam as maiorias que neles depositaram sua confiança a combater seus “inimigos”, todos os opositores do sistema. TORRES VÁSQUEZ, Henry. La seguridad

Não obstante, ainda assim Nino encontraria espaço para uma prevalência graduada da democracia deliberativa. Como bem observa Godoy, se o valor epistêmico da democracia deliberativa ficar condicionado a uma apreciação de tudo ou nada a partir da verificação do completo preenchimento das condições democráticas, ele ficaria muito reduzido. Afinal, em sociedades como as latino-americanas, dificilmente todas as condições estarão plenamente presentes. Ainda assim, o procedimento democrático deliberativo é preferível a decisões individuais, devendo esta legitimidade democrática ser aferível em graus, a partir da maior ou menor presença da deliberação livremente ocorrida na sociedade. O *locus* para a definição do conteúdo dos direitos deveria ser, segundo essa premissa, o da deliberação democrática¹⁴¹⁴, que mereceria, portanto, prevalência em comparação com o espaço jurisdicional de discussão e, por conseguinte, demandaria deferência.

A força da democracia deliberativa, segundo Gargarella, está precisamente no fato de que ela repousa no igual respeito a todos os interlocutores no discurso, de modo que os dissensos a respeito dos direitos humanos só poderiam ser discutidos, trabalhados e resolvidos pela via democrática. Gargarella defende que a democracia está profundamente comprometida com o ideal de igual respeito e, nessa seara, intimamente conectada com os direitos¹⁴¹⁵, correspondendo ao espaço ideal para a definição do sentido dos direitos. Essa posição questiona qualquer pretensão de discurso isolado por parte das cortes na definição dos direitos e a partir dessa crítica fomenta a preocupação com o diálogo – não só judicial, mas também com a sociedade civil. A questão é verificar como a legitimidade democrática das decisões adotadas na esfera nacional pode autorizar maior deferência por parte das cortes supranacionais, responsáveis pela proteção dos direitos humanos. Nesse sentido, a democracia deliberativa tem, de fato, uma grande contribuição a oferecer, na medida em que confere legitimidade às deliberações internas e pode fundamentar a autocontenção da corte supranacional, dando espaço para divergências legítimas sobre os sentidos dos direitos humanos.

Entretanto, a moldura semântica que delinea o ICCAL, preocupada com a redução das desigualdades e o fomento da inclusão social no ambiente latino-americano, pode demandar mais para a deferência do que uma deliberação justa. Uma decisão tomada segundo

nacional y totalitarismo; el resurgimiento del populismo. **Diálogos de saberes**: investigaciones y ciencias sociales, n. 31, 2009, p. 141-157. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3224937>. Acceso en: 10 jul. 2019, p. 147-149. Nesse contexto, os direitos humanos restam desacreditados e são muitas vezes considerados inoportunos.

¹⁴¹⁴ GODOY, Miguel Gualano de. A Democracia Deliberativa como Guia para a Tomada de Decisões Legítimas. Análise teórica a partir de Carlos Santiago Nino e algumas práticas institucionais no Brasil contemporâneo. **Revista Coherencia**, v. 8, n.14 Medellín jan./jun. 2011, p. 63-91, p. 76.

¹⁴¹⁵ GARGARELLA, Roberto. El constitucionalismo según John Rawls. Araucaria. **Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades** n. 14, diciembre 2005, p. 16-32, p. 29.

os elementos essenciais propostos pela democracia deliberativa tem um valor moral relevante, porém não absoluto. Mesmo uma decisão democrática pode resultar na violação de direitos, e documentos jurídicos que determinam a proteção de direitos, assim como a própria *judicial review* tem um importante papel a cumprir.¹⁴¹⁶

Assim, uma decisão majoritária não poderia decidir de forma a comprometer a integridade física e psíquica dos familiares das vítimas de desaparecimento forçado, tortura e execução praticadas por autoridades estatais, privando-as do conhecimento sobre o paradeiro de seus entes queridos. No caso das vítimas que sobreviveram às violações, elas também teriam sua integridade física e psíquica comprometida por essa lei, que perderia, portanto, a chancela democrática. A disputa deliberativa de argumentos estaria maculada pelo conteúdo sobre o qual se desenvolvia a deliberação: bens essenciais à autonomia moral e elementares para a concretização da própria democracia.

Na medida em que direitos humanos e democracia repousam na exigência moral e política de igual respeito¹⁴¹⁷, as credenciais democráticas de uma decisão majoritária não podem ser aferidas exclusivamente se todos os envolvidos tiveram oportunidade de dela participar, expondo seus argumentos. Mais que isso, seu resultado também deve ser materialmente democrático, no sentido de propiciar igual respeito à dignidade de todos e de cada um dos indivíduos. Um autogoverno democrático deve obrigatoriamente reconhecer os direitos humanos de seus indivíduos, de modo que o respeito aos direitos humanos deve ser não só um pressuposto mas, e principalmente, um produto democrático: “[...] *si en un proceso democrático ya se considera de entrada el derecho humano de cada individuo a igual participación, entonces este proceso no puede llevar a resultados que contradigan la igual consideración de cada individuo, de la cual se siguen los derechos humanos*”.¹⁴¹⁸

Na decisão adotada nas duas consultas populares ocorridas no Uruguai, uma parcela significativa da população teve negado o acesso ao judiciário para investigar o ocorrido às vítimas de graves violações de direitos humanos, de punir os responsáveis e, especialmente, de conhecer a verdade. Sua integridade física e psíquica foi desrespeitada em uma solução procedimentalmente democrática mas que consagrou uma profunda desigualdade social: agentes estatais respaldados em um governo autoritário violaram direitos e não foram

¹⁴¹⁶ Gargarella reconhece a importância do *judicial review*, ou seja, é função dos juízes receber as demandas dos grupos sociais que se viram prejudicados pelas decisões majoritárias. Segundo ele, não deve o Judiciário, contudo, tomar a posição do legislador para decidir qual o remédio a ser aprovado. GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? **Perfiles Latinoamericanos**, Distrito Federal, México: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, julio-diciembre, n. 28, 2006.

¹⁴¹⁷ MENKE, Christoph; POLLMANN, Arnd. **Filosofía de los Derechos Humanos**. Trad. Remei Capdevilla Werning. Barcelona: Herder, 2010, p. 191-193.

¹⁴¹⁸ *Ibid.*, p. 194.

punidos; suas vítimas foram mantidas em silêncio, sem acesso à compensação pelos danos sofridos, à verdade dos acontecimentos e à justiça. Uma decisão majoritária que produza esse resultado não poderia ser considerada materialmente democrática, tendo em vista que é possível agregar sentido material à democracia, para além do procedimento deliberativo. A desigualdade de tratamento gerada pela lei de anistia não poderia ser convalidada pelo voto popular.

Atento a essa realidade, Rodolfo Arango defende que a concepção democrática mais adequada às propostas do ICCAL seria a democracia social¹⁴¹⁹, ou a democracia associativa (*partnership democracy*) proposta por Ronald Dworkin.¹⁴²⁰ Segundo Dworkin, a democracia deve assumir também uma concepção material que relaciona os resultados do processo democrático a princípios de justiça, igualdade e liberdade.¹⁴²¹ Essa democracia social se distancia daquela liberal, e também da deliberativa, na medida em que nega que uma decisão adotada pela maioria das pessoas tenha necessariamente valor epistêmico em si, bem como assevera que a decisão majoritária possa não ser a mais adequada para algumas questões. Segundo Dworkin, os indivíduos deveriam ter “*a sovereign immunity from such collective decisions over certain matters of conscience and faith that, as a matter of self-respect, people must decide for themselves*”.¹⁴²²

Segundo essa concepção, o Judiciário também teria um papel democrático a desempenhar na medida em que controlaria decisões majoritárias danosas aos direitos de grupos minoritários e os colocassem à margem dos processos deliberativos. Na sua visão, democracia e constitucionalismo convergem na medida em que se concebe a democracia como algo maior que a regra da maioria: ela corresponderia a uma espécie de parceria entre os cidadãos fundada tanto em direitos individuais como em procedimentos majoritários.¹⁴²³ Nessa ótica, Dworkin rememora decisões flagrantemente contramajoritárias, como aquelas que reconheceram o direito ao aborto e às uniões homossexuais, e as reputa como democráticas.¹⁴²⁴

¹⁴¹⁹ ARANGO, Rodolfo. Fundamentos del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: Derechos Fundamentales, Democracia y Justicia Constitucional. In: von BOGDANDY, Armin; FIX-FERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. **Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos**. Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional; Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2014, p. 25-36, p. 31-33.

¹⁴²⁰ DWORKIN, Ronald. **Is Democracy Possible Here?: Principles for a New Political Debate**. Princeton University Press, 2008, e-book. Available at: <https://pt.scribd.com/read/232950179/Is-Democracy-Possible-Here-Principles-for-a-New-Political-Debate>. Access in: Jan. 2, 2020, p. 173.

¹⁴²¹ *Ibid.*, p. 176.

¹⁴²² DWORKIN, Ronald. The Partnership Conception of Democracy. **California Law Review**, v. 86, p. 453-458, 1998. Available at: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1585&context=californialawreview>. Access in: Jan. 3, 2020, p. 457.

¹⁴²³ *Ibid.*, p. 457.

¹⁴²⁴ DWORKIN, 2008, *op. cit.*, p. 177-185.

A partir dessa concepção, seria possível compreender porque a Corte IDH teria rechaçado a decisão democrática adotada pelo povo uruguaio na convalidação da Lei de Caducidade: o tema não poderia ter sido objeto de deliberação democrática, pois não caberia à maioria decidir pela não responsabilização dos agentes estatais que causaram graves violações de direitos humanos como execuções sumárias, desaparecimento forçado e tortura. Aceitá-lo significaria admitir que a maioria poderia negar igual respeito a uma parcela da população¹⁴²⁵, deixando as violações perpetradas aos seus direitos impunes.

Rodolfo Arango, por sua vez, tendo sido um dos teóricos que esteve presente no processo idealizador do *Ius Constitutionale Commune* latino-americano, defendeu uma concepção de democracia social como a mais adequada a este projeto:

*Una concepción social de la democracia se diferencia de los modelos liberal y deliberativo, porque toma en serio la necesidad de incluir a todos los seres humanos en el proceso y transformar por este medio la sociedad en general, democratizándola, esto es, llevando la democracia del ámbito meramente público político (la elección periódica de representantes mediante sufragio universal) al ámbito público informal (la empresa, la familia, los partidos políticos, las universidades).*¹⁴²⁶

Essa concepção de democracia apresenta os direitos como exigências dos cidadãos frente ao Estado, e lhe atribui a responsabilidade por adotar medidas concretas que reduzam a desigualdade social e promovam a inclusão. Dentro dessa perspectiva, os juízes assumem o papel transformador característico do ICCAL na luta contra a pobreza, contribuindo para uma efetiva atuação de movimentos populares e organização da sociedade civil.¹⁴²⁷

Sua teoria de democracia social vai além do Estado Social para se atentar aos aportes que ideias como segurança social, justiça social e participação social podem trazer para o desempenho democrático de uma sociedade; se ocupar de uma democratização inclusiva que vá além dos marcos institucionais da segurança social, e identificar os cidadãos como destinatários e ao mesmo tempo como autores das leis necessárias à sua inclusão.¹⁴²⁸ A proposta busca enfrentar o problema de situações de desproteção de direitos humanos presentes nas sociedades latino-americanas, em que os Estados descumprem seus compromissos constitucionais e convencionais ao se omitirem, seja pela não realização das

¹⁴²⁵ *Ibid.*, p. 188.

¹⁴²⁶ ARANGO, Rodolfo. Fundamentos del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: Derechos Fundamentales, Democracia y Justicia Constitucional. In: von BOGDANDY, Armin; FIX-FERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. **Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos**. Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional; Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2014, p. 25-36, p. 31.

¹⁴²⁷ ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo. Democracia social, jueces y lucha contra la pobreza. **Revista Nuevo Foro Penal**, vol. 6, n. 74, p. 11-28, enero-junio 2010, p. 22-23.

¹⁴²⁸ *Ibid.*, p. 23.

necessárias políticas públicas, seja pela desproteção dos cidadãos em casos de violações praticadas por terceiros. Essas situações de desproteção geram “democracias aparentes”, em que as instituições jurídicas contemplam catálogos de direitos que não saem do papel. Desse modo, os Estados

*[...] son aparentemente democrático-constitucionales porque, si bien las instituciones de este modelo de organización político estatal se encuentran formalmente vigentes, operan en contextos marcados por la desigualdad, la discriminación, la arbitrariedad, la opresión, etcétera.*¹⁴²⁹

Nessa perspectiva, os magistrados da Corte IDH devem estar atentos para medidas adotadas pelos Estados que materializem as propostas da democracia social, o que significa reconhecer que produzam maior igualdade e inclusão, e combatam a pobreza. A qualidade democrática dessas medidas pode brotar não só de processos deliberativos, como também de impulsos oriundos das Cortes nacionais e nessa qualidade autorizam maior deferência. Em respeito ao princípio da subsidiariedade em sentido cooperativo, quando os processos democráticos internos se afastam dos compromissos com a inclusão e o combate à marginalização, podem também os órgãos supranacionais corrigir distorções a fim de impulsionar a democracia no plano doméstico.

Dessa forma, a partir da leitura da democracia social de Arango ou da democracia associativa de Dworkin, é possível reconhecer que andou bem a Corte IDH ao afastar a compatibilidade da Lei de Caducidade uruguaia com o *corpus iuris* interamericano, apesar de ter sido convalidada por deliberação democrática. Como mencionado alhures, em um Estado comprometido internacionalmente com a promoção e a proteção dos direitos humanos, e sujeito à força vinculante das decisões interamericanas, uma decisão majoritária não pode impedir o acesso à justiça de um significativo número de vítimas de graves violações de direitos humanos, comprometendo inclusive sua integridade física e psíquica, e gerando um tratamento discriminatório que lhes nega igual respeito.

Entretanto, importante assinalar que a Corte IDH perdeu a valiosa oportunidade de declarar esses fundamentos em sua sentença. A mera afirmação de que a aprovação democrática de uma lei não a tornaria legítima perante o direito internacional se mostra insuficiente e, na falta da explicitação do modelo democrático adotado, perigosa. Uma leitura apressada da sentença poderia endossar a conclusão de que a legitimidade democrática das medidas adotadas no plano interno dos Estados é secundária, despicienda até, pois o

¹⁴²⁹ SALAZAR UGARTE, Pedro. La disputa por los derechos y el Ius Constitutionale Commune. In: FIX FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; BOGDANDY, Armin von. **Ius Constitutionale Commune en América Latina**. Rasgos, potencialidades y desafíos. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014, p. 37-59, p. 40.

importante seria sua compatibilidade com a Convenção Americana e a jurisprudência regional. A Corte IDH parece endossar uma franca separação entre democracia e direitos humanos, atribuindo prevalência aos últimos. Ainda que não se pretenda enfrentar a discussão filosófica pertinente ao tema¹⁴³⁰, é certo que do ponto de vista dos objetivos perseguidos pelo ICCAL não seria essa a melhor solução.

Como evidenciado no terceiro capítulo, e mencionado em outras oportunidades, tanto democracia como direitos humanos são objetivos materiais perseguidos pelo *Ius Commune* Latino-americano. Em uma dimensão prática, estudos analíticos já demonstraram que Estados com melhores índices democráticos são também Estados que mais protegem direitos humanos.¹⁴³¹ Por essas razões, a Corte IDH deveria ter investido em uma análise mais detida e cuidadosa do fator legitimidade democrática arguido pelo Estado do Uruguai, a fim de afastá-lo como razão para deferência no caso em exame, e justificar que, para além da democracia deliberativa, há direitos essenciais à dignidade humana que não podem ser deixados à decisão das maiorias, como observa Dworkin. Ou ainda, que só se poderia considerar democrático o resultado da deliberação na medida em que fosse inclusivo e não discriminatório, segundo a percepção democrática de Arango.

A deferência atribuível aos Estados vai depender, necessariamente, do contexto de cada caso.¹⁴³² Não se deve menosprezar processos democráticos deliberativos autênticos, em que as medidas adotadas tenham de fato sido fruto de uma discussão ampla na sociedade, com efetiva participação dos envolvidos. Essas medidas já estariam imbuídas de uma legitimidade democrática *prima facie* (um valor epistêmico *prima facie*) que demandaria da Corte IDH uma especial atenção.¹⁴³³ Todavia, essa legitimidade pode ser eventualmente afastada se o produto da deliberação não revelar uma autêntica atenção ao projeto inclusivo do ICCAL, de modo que os diversos sentidos de direitos humanos que emergem dos processos democráticos gerem como resultado igual respeito e inclusão.

Significa que a proteção da democracia pode justificar a interferência dos órgãos supranacionais, seja para garantir aos indivíduos a titularidade de direitos humanos para

¹⁴³⁰ MENKE, Christoph; POLLMANN, Arnd. **Filosofía de los Derechos Humanos**. Traducción de Remei Capdevilla Werning. Barcelona: Herder, 2010, chapter 8.

¹⁴³¹ MERKEL, Wolfgang. Embedded and Defective Democracies. **Democratization**, v. 11, n. 5, p. 33-58, December 2004.

¹⁴³² PEGORARO, Lucio. Estudio Introdutório. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.). **Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos: Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 31-80, p. 36.

¹⁴³³ Como salienta Benavides Casals, a democracia é essencial para garantir o pluralismo: “[...] una democracia presupone una diversidad que no puede tener como resultado que en cada estado se reconozcan igualmente el contenido de ciertos derechos. Es precisamente la diversidad el resultado de un sistema democrático y es esa sociedad democrática la que debe velar por diversas formas de comprender el contenido de ciertos derechos”. BENAVIDES CASALS, María Angélica. El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos. **Revista Ius et Praxis**, año 15, n. 1, 2009, p. 295-310, p. 309.

participar livremente dos processos deliberativos¹⁴³⁴, seja para assegurar que os resultados dessas deliberações não violem estes direitos humanos básicos.

Nessa perspectiva, a legitimidade democrática de uma medida nacional enquanto razão de segunda ordem para fundamentar deferência da jurisdição supranacional em relação às práticas domésticas demanda a valorização da ampla deliberação interna dos Estados, por mecanismos que respeitem igualmente todos os cidadãos e estejam atentos ao preenchimento das condições elementares do discurso, como os bens jurídicos salientados por Carlos Santiago Nino. Ainda, em um passo adiante, o produto das deliberações internas não está livre da apreciação supranacional, tendo em vista que, em conformidade com as propostas de democracia de Ronald Dworkin e Rodolfo Arango, importa o resultado material do quanto fora decidido.

Os dois passos de análise podem admitir variações em graus. Assim, poder-se-ia admitir uma variação na deferência a partir da análise de medidas mais ou menos deliberativas, considerado o contexto nacional, assim como resultados mais ou menos restritivos em relação aos direitos humanos, a partir de um vetor material de inclusão social e combate à pobreza. Essa variação em graus deve contar com a contribuição do princípio da proporcionalidade, que será objeto de análise mais adiante.

5.1.3 Posição adotada

Diante do exposto, pensar em uma doutrina de deferência com seus limites e possibilidades para o sistema interamericano não significa aplicar a margem de apreciação ao terreno que vem sendo pavimentado pelo ICCAL. Existem diversos elementos que sugerem que essa categoria não se adequaria bem à realidade enfrentada pelo sistema interamericano, como as diferenças estruturais, jurídicas e sócio-políticas.

Em primeiro lugar, em sentido estrutural e, também, de estratégia jurisdicional. Diferentemente do sistema europeu em que a margem de apreciação surgiu, entre outros fatores, em um contexto político de empoderamento dos Estados para tentar conter o imenso afluxo de casos que chegavam ao TEDH, a Corte IDH lida com uma quantidade reduzida de casos (filtrados pela Comissão IDH). Ao lado do histórico de graves violações de direitos

¹⁴³⁴ Um exemplo em que a Corte Interamericana ingeriu nos processos democráticos internos precisamente para garantir o direito de representação de uma minoria – um grupo indígena – foi o caso *Yatama C. vs. Nicarágua*, em 2005. GARGARELLA, Roberto. *Tribunales Internacionales y Democracia: Enfoques deferentes o de interferencia*. **Revista Latinoamericana de Derecho Internacional**, n. 4, 30 mayo 2016. Disponible en: <http://www.revistaladi.com.ar/ladi/numero-4/>. Acceso en: 14 jun. 2019.

humanos no continente e da dificuldade enfrentada por praticamente todos os Estados em promover e proteger de forma contundente os direitos humanos, a presença de fatores de segunda ordem que afastem a responsabilidade dos Estados é rara e pontual.

É válido salientar que a aplicabilidade de razões de segunda ordem como a ausência de consenso e a perícia das autoridades internas, como fatores isolados a justificar a deferência, pode ser problemática no contexto interamericano. A preservação do pluralismo por meio da falta de consenso entre os Estados costuma remeter a mecanismos empregados por grupos sociais desconfortáveis com o reconhecimento de direitos às minorias. A maior perícia das autoridades internas é um fator que precisa ser progressivamente conquistado pelos Estados, a partir de boas práticas e da comprovada legitimidade democrática. A proximidade, no caso latino-americano, dificilmente seria elemento suficiente para gerar a presunção de que uma solução adotada pelas instituições domésticas mereceria, por essa proximidade tão somente, a aplicação da margem de apreciação.

Em termos jurídicos, é preciso reconhecer que a própria normativa da Convenção Americana deixa um espaço reduzido para a discricionariedade estatal, na medida em que o artigo 2 institui o dever de adoção de disposições internas (administrativas, jurisdicionais, legislativas) compatíveis com as normas convencionais, fundamentando a doutrina do controle de convencionalidade criada pela Corte IDH. Como já relatado no terceiro capítulo, as decisões proferidas pela Corte IDH na esfera contenciosa ou consultiva geram para os Estados um efeito vinculante, qual seja, o dever de as autoridades internas considerarem fundamentadamente estas decisões, a fim de aquilatar sua aplicabilidade ao tema de direitos humanos que se lhe apresentam. Essa perspectiva não impede, *per se*, a existência de uma doutrina de deferência, mas onera os Estados com uma obrigação premente de considerar o *corpus iuris* interamericano.

Em um contexto socioeconômico de profunda desigualdade, o ICCAL tem como ferramenta um constitucionalismo transformador comprometido com a superação das barreiras institucionais que impedem o acesso aos direitos humanos e a participação democrática a vários grupos sociais. Essa perspectiva se realiza não só por meio da atuação jurisdicional, mas também por um diálogo progressivo que tem se materializado entre a Corte IDH e as vítimas. Na medida em que a margem de apreciação costuma viabilizar o endosso às práticas estatais, é natural que seja vista com desconfiança por um sistema interamericano em que são precisamente essas práticas que se deseja modificar.

Assim, aplicar a margem de apreciação criada no sistema europeu ao sistema interamericano¹⁴³⁵ não parece ser a melhor solução para se preservar o pluralismo. Essa solução, entretanto, precisa ser encontrada.

Uma das contribuições importantes para tanto é a preocupação com a legitimidade democrática das decisões domésticas e a especial consideração que merecem por parte da jurisdição supranacional no exercício da subsidiariedade em sentido cooperativo. Tendo em vista que a preservação da democracia é um dos fins do próprio *Ius Constitutionale Commune*, critérios capazes de aferir a legitimidade democrática das práticas internas, se atentas tanto à forma deliberativa para sua produção quanto ao resultado material por elas produzido, podem oferecer ao sistema um espaço aberto para discussão de sentidos de direitos humanos e preservação do pluralismo.

Atribuir às manifestações democráticas dos Estados e às decisões jurisdicionais domésticas uma margem para a consideração e eventual divergência, atenta às especificidades de cada realidade social, cultural, política e econômica significa reconhecê-los como interlocutores que merecem ser ouvidos.¹⁴³⁶ Nesse mesmo sentido, atender às decisões domésticas quando elas bem aplicam as normas convencionais de direitos humanos, fortalecendo o *corpus iuris* interamericano evidencia uma subsidiariedade cooperativa que desaconselha o encastelamento da corte supranacional. Essa cooperação necessária ao bom funcionamento do sistema interamericano exige essencialmente um espaço para deferência. Como já afirmara Andrew Legg: “*Doctrines of deference are reflective of the principle of subsidiarity in the international legal order*”.¹⁴³⁷

A prática da deferência se mostra atenta ao fato de que são os Estados os responsáveis primários pela realização das normas de direitos humanos, de modo que todas as obrigações determinadas pelos órgãos interamericanos, em especial pela Corte IDH, têm sua efetividade atrelada a *compliance* estatal. Ela favorece a abertura da Corte IDH a um autêntico diálogo judicial cooperativo, em que as soluções são construídas com efetiva participação dos

¹⁴³⁵ Ainda que Legg defenda que a margem de apreciação pode funcionar em todo o direito internacional dos direitos humanos, sua análise jurisprudencial permite deduzir a baixa aplicabilidade da categoria no sistema interamericano, bem como evidencia tintas muito próprias do contexto europeu. Discorda-se, portanto, da pretensa universalidade da categoria por ele defendida. Todavia, entende-se como valiosa a contribuição teórica relacionada à análise de razões de segunda ordem para fundamentar a prática da deferência. LEGG, Andrew. **The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

¹⁴³⁶ SLAUGHTER, Anne-Marie. **A New World Order**. New Jersey: Princeton University Press, 2004, p. 86-87. Tema enfrentado no primeiro capítulo, seção 2.3.1.

¹⁴³⁷ LEGG, Andrew. **The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 61.

interlocutores. A perspectiva de “*mestizaje jurídico*”¹⁴³⁸ do *Ius Constitutionale Commune* latino-americano passa pela convivência entre normas jurídicas diversas, porém, que partilham os mesmos núcleos. Por exemplo, com base na norma do artigo 6, todos os Estados-membros devem combater o trabalho escravo e a servidão, mas podem instituir mecanismos variados para tanto. A liberdade religiosa deve ser protegida, mas os Estados podem eventualmente legislar sobre limitação de horário para cultos religiosos.

Assim, importante que se abra espaço para uma doutrina de deferência adequada às características do ICCAL. Nesse sentido, a preservação do pluralismo não pode implicar um espaço de não atuação da Corte IDH, pois como se defende na presente tese, a própria atuação da Corte IDH deve se materializar a partir do diálogo judicial cooperativo em que concepções plurais de direitos humanos sejam consideradas. Mais além, a jurisprudência interamericana evolui e se modifica para se adaptar a novos desafios, e esse caminhar só é possível se o pluralismo for levado a sério.

Porém, no lugar de adaptar a margem de apreciação ao sistema interamericano, propõe-se dar um passo atrás e buscar a ideia geral de deferência, como concepção segundo a qual o tribunal supranacional possa reconhecer como válidas razões de segunda ordem apresentadas pelos Estados para afastar sua responsabilidade. Essa perspectiva deve ser analisada à luz das particularidades latino-americanas, seu contexto de desigualdades e deficiências democráticas e institucionais, bem como da proposta do constitucionalismo transformador. Nessa perspectiva, deve-se pensar um espaço dialógico adequado ao sistema interamericano, dentro da lógica do princípio da subsidiariedade em sentido cooperativo. Deferência e pluralismo, cooperação e *standards* comuns são faces dialógicas da proposta harmonizadora.¹⁴³⁹

Pensar em deferência para o sistema interamericano também favorece o fomento de soluções para as violações de direitos humanos no plano interno dos Estados precisamente a partir de órgãos jurisdicionais independentes e atuantes, capazes de controlar os excessos e abusos de poder, assim como de uma cidadania ativa capaz de promover *accountability* social de seus governantes e de fiscalizar seus magistrados.¹⁴⁴⁰

¹⁴³⁸ MORALES ANTONIAZZI, Mariela. O Estado Aberto: Objetivo do *Ius Constitutionale Commune* em Direitos Humanos. *In*: BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Ius Constitutionale Commune na América Latina**. Volume I: Marco Conceptual. Curitiba: Juruá, 2016. p. 53-74, p. 59.

¹⁴³⁹ Como já ressaltou Delmas-Marty, pensar em harmonização implica necessariamente pensar em margens. DELMAS-MARTY, Mireille. **Les Forces Imaginantes Du Droit: Le Pluralisme Ordonné 2**. Paris: Seuil, 2006, p. 78-80.

¹⁴⁴⁰ TOMIO, Fabricio Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Accountability e Independência Judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)*. **Revista de Sociologia e Política** v. 21, n. 45, mar. 2013, p. 29-46.

Diante do exposto, se deve haver um espaço para deferência no *Ius Constitutionale Commune* latino-americano, o transplante da margem de apreciação se mostra inadequado. Vale mais se ater à valorização do pluralismo que se manifesta por vias democráticas tanto em caráter procedimental quanto formal, e aos argumentos produzidos pelas cortes no diálogo judicial cooperativo. Assim, a deferência merece ser considerada tendo por norte o incremento da legitimidade das decisões interamericanas e a maior participação dos Estados na proteção e promoção dos direitos humanos. A sua operacionalidade será objeto da próxima seção.

5.2 RESPEITAR O PLURAL: A DEFERÊNCIA POSSÍVEL NO *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* LATINO-AMERICANO

Como já assentado, a perspectiva da harmonização demanda do ICCAL o equilíbrio entre a função controladora – que aqui se reconhece especialmente no papel transformador desempenhado pela Corte IDH – e a deferência aos Estados a fim de preservar o pluralismo. Se promover transformações em estruturas institucionais que geram exclusão pode ser uma tônica comum ao sistema, o modo como essas estruturas serão transformadas e como os direitos humanos serão por elas protegidos e implementados, é algo que merece ser delineado no espaço interno dos Estados, mediante processos democráticos. Trata-se de um espaço no qual as identidades culturais, econômicas e sociais de cada sociedade precisam se manifestar a fim de garantir ao processo transformador sua essencial legitimidade.

Nesse diapasão, necessário verificar em que circunstâncias e com quais critérios a Corte IDH tem deixado aos Estados alguma deferência, seja para definição do âmbito normativo dos direitos humanos e eventuais restrições a eles aplicáveis, seja na definição e acompanhamento dos remédios determinados em sentenças para garantir a integral proteção a estes direitos.

A análise realizada a seguir tem por objetivo identificar padrões que contribuam para a elaboração e proposição de critérios capazes de pautar uma atuação deferente por parte da Corte IDH, o que será apresentado na sequência. Essa deferência deve ser compatível com as propostas do ICCAL e favorecer a cooperação dos Estados, segundo o princípio da boa-fé e em atenção aos compromissos constitucionais e convencionais assumidos, para que participem do desenho normativo dos direitos humanos, assim como da elaboração dos mecanismos necessários à sua implementação.

5.2.1 Padrões de deferência aplicados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos

Uma proposta de doutrina de deferência compatível com o sistema interamericano deve estar atenta, inicialmente, aos limites jurídicos plantados pela própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Nessa esteira, uma primeira questão se coloca: a deferência a ser aplicada pela Corte IDH poderia recair sobre todos os direitos humanos? A discussão remete aos círculos concêntricos elaborados por García Roca quando do estudo da margem de apreciação. Segundo o autor, haveria um círculo reduzido no qual se encontrariam direitos humanos por ele considerados absolutos, praticamente imponderáveis e em relação aos quais uma corte supranacional não poderia demonstrar deferência aos Estados, pois eles não teriam margem alguma para sua restrição ou conformação. Em torno desse círculo, García Roca considera um círculo grande no qual estariam os direitos restringíveis, para os quais a deferência seria uma possibilidade desde que fundamentada racionalmente. Entre esses dois, um círculo mediano no qual ajustes entre controle e deferência dependeriam essencialmente dos casos concretos.¹⁴⁴¹

Ainda que se reconheça que o direito à proteção em face da tortura e do tratamento desumano e degradante seja absoluto, por força do reconhecimento manifestado pela própria Corte IDH¹⁴⁴², o enquadramento dos direitos humanos previstos na Convenção Americana nos círculos concêntricos elaborados por Rocca pode ser particularmente delicado, assim como a ideia de se restringir as possibilidades de deferência a um rol exangue de direitos humanos. Mesmo assim, é preciso reconhecer que certas temáticas dificilmente oferecerão um espaço de deferência para que os Estados criem restrições legítimas, como bem observa Contreras: (i) graves violações de direitos humanos como execuções extrajudiciais, tortura e desaparecimento forçado; (ii) proteção de direitos de grupos minoritários histórica e tradicionalmente discriminados, a fim de gerar inclusão social e combater a desigualdade; (iii) liberdade de expressão (ainda que a Convenção Americana preveja hipóteses de restrições legítimas, a jurisprudência interamericana tem se mostrado intransigente, o que só vem

¹⁴⁴¹ GARCÍA ROCA, Javier. La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 20, p. 117-143, 2007, p. 127.

¹⁴⁴² “[...] salvo algunos derechos que no pueden ser restringidos bajo ninguna circunstancia, como el derecho a no ser objeto de tortura o de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, los derechos humanos no son absolutos”. CORTE IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párrafo 174.

contribuir para o incremento do espaço público democrático).¹⁴⁴³ Medidas envolvendo esses direitos, assim como a proibição de tortura e tratamento humano degradante, possivelmente se encontrariam no menor círculo proposto por García Rocca, sujeitando-se a um controle forte e uma deferência fraca.

Para Laura Clérico, ainda que se admita deferência acompanhada de um exame de proporcionalidade, a ser desempenhado pela jurisdição nacional sob a supervisão dos juízes supranacionais, ela não poderia abranger direitos considerados absolutos, segundo ela, aqueles não sujeitos à cláusula de suspensão.¹⁴⁴⁴ No caso do sistema interamericano, associar os direitos inderrogáveis a direitos absolutos pode implicar uma dificuldade em virtude do extenso rol oferecido pelo artigo 27 da Convenção Americana:

[...] A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados seguintes artigos: 3 (Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica); 4 (Direito à vida); 5 (Direito à integridade pessoal); 6 (Proibição da escravidão e servidão); 9 (Princípio da legalidade e da retroatividade); 12 (Liberdade de consciência e de religião); 17 (Proteção da família); 18 (Direito ao nome); 19 (Direitos da criança); 20 (Direito à nacionalidade) e 23 (Direitos políticos), nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos.¹⁴⁴⁵

A esse rol ainda se deve agregar a garantia de *habeas corpus*, reconhecida pela Opinião Consultiva n. 8 de 1987¹⁴⁴⁶ como garantia indispensável à proteção dos direitos apresentados nesse artigo. Ainda, necessário considerar como igualmente inderrogáveis “*el hábeas corpus, el amparo, o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes [...], destinado a garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya suspensión no está autorizada por la misma Convención*”, além da própria forma representativa de governo (artigo 29, ‘c’, CADH) conforme dispõe a Opinião Consultiva n. 9 de 1987.¹⁴⁴⁷ Praticamente metade dos direitos humanos previstos na Convenção Americana são inderrogáveis e não podem ser considerados absolutos como a própria Corte IDH já teve oportunidade de afirmar.

Embora se considere o direito à liberdade de consciência e religião como inderrogável, a norma convencional que o reconhece admite restrições desde que previstas em lei e

¹⁴⁴³ CONTRERAS, Pablo. National Discretion and International Deference in the Restriction of Human Rights: A Comparison Between the Jurisprudence of the European and the Inter-American Court of Human Rights. **Northwestern Journal of International Human Rights**, vol. 11, issue 1, p. 28-83, 2012, p. 72-78.

¹⁴⁴⁴ CLERICO, Laura. La enunciación del margen de apreciación: Fontevicchia 2017 desde los márgenes. **Revista Derechos en Acción**, año 3 n. 7, p. 295-317, 2018, p. 298-299.

¹⁴⁴⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. San Jose, Costa Rica, 22 de novembro de 1969.

¹⁴⁴⁶ CORTE IDH. **Opinião Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986**. Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A No. 7.

¹⁴⁴⁷ CORTE IDH. **Opinião Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987**. Garantías judiciales en estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A No. 9.

“necessárias para assegurar o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas ou à proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas” (artigo 12.2, CADH). A Convenção Americana deixa aberta a porta para interferências nacionais que possam acomodar o alcance dessas normas de direitos humanos. Ainda, embora o direito humano à liberdade de expressão não seja inderrogável, a Corte IDH adota uma postura bastante intransigente com as possibilidades de sua limitação ou deferência aos Estados para tanto, dada sua importância essencial para a preservação da democracia.

Assim, o círculo de direitos que não se submetem à deferência no sistema interamericano não poderia abranger automaticamente todos aqueles que constam do artigo 27, CADH. A condição jurídica de um direito ser inderrogável não o transmuda em direito absoluto, e muitas vezes se apresentam circunstâncias em que se torna necessário preservar a autonomia dos Estados para delinear seus contornos, de resto como se observou em casos que lidaram com a liberdade pessoal e direitos políticos, ambos inderrogáveis. A seleção sugerida por Contreras, supramencionada, pensada para o fim de exigir um controle forte e uma exígua margem para deferência, parece mais razoável e preserva a necessária maleabilidade ao sistema interamericano.¹⁴⁴⁸

Outro aspecto essencial da Convenção Americana que precisa ser considerado em uma proposta de deferência é o disposto no artigo 29¹⁴⁴⁹, segundo o qual nenhuma norma da Convenção pode ser interpretada no sentido de diminuir o escopo de proteção já garantido a um direito humano, tanto segundo os padrões nacionais como segundo os padrões regionais fixados pelo *corpus iuris* interamericano. A partir dessa premissa, as normas da Convenção Americana representariam um grau mínimo a partir do qual os Estados não poderiam retroceder. Todavia, a interpretação estratégica a ele atribuída pela Corte IDH vai além de uma concepção basilar, pois, segundo Rodilles, ele acaba por fechar portas para leituras restritivas e orienta uma visão incremental.¹⁴⁵⁰

Assim concebido, o princípio da norma mais favorável cuja elaboração a Corte IDH extraiu do artigo 29 permite deferência somente quando os padrões legislativos definidos no

¹⁴⁴⁸ “The major problem of the doctrine is, at the same time, its most praised advantage: its flexibility and malleability in adjusting different States’ particularities with supranational human rights standards.” CONTRERAS, Pablo. National Discretion and International Deference in the Restriction of Human Rights: A Comparison Between the Jurisprudence of the European and the Inter-American Court of Human Rights. *Northwestern Journal of International Human Rights*, vol. 11, issue 1, p. 28-83, 2012, p. 72-78, p. 55

¹⁴⁴⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. San Jose, Costa Rica, 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 02 jan. 2020.

¹⁴⁵⁰ RODILES, Alejandro. The Law and Politics of the Pro Persona Principle in Latin America. In: BOGDANDY, Armin von; et. al. (ed.) **Transformative Constitutionalism in Latin America**. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 153-174, p. 162.

âmbito interno dos Estados forem mais favoráveis que aquele presente na Convenção. Esse foi o sentido atribuído à expressão “*margen interpretativo nacional*” empregada pela Corte IDH na sentença de supervisão de cumprimento do caso *Gelman vs. Uruguai*. A partir do efeito vinculante das sentenças interamericanas, as jurisdições nacionais disporiam da referida margem para adotar uma interpretação mais favorável da norma convencional.¹⁴⁵¹ Até aqui a deferência não implicaria maior dificuldade para o sistema interamericano, estruturado juridicamente para admitir o pluralismo jurídico quando normas produzidas pelos Estados aumentam o grau de proteção dos direitos humanos. Nessa perspectiva, o diálogo judicial cooperativo se mostra profundamente profícuo. Na medida em que a Corte IDH incorpora padrões mais benéficos desenvolvidos no plano doméstico ela constrói soluções jurídicas dotadas de um maior grau de legitimidade, pois elaboradas em conjunto com os destinatários (senão diretos, indiretos) de suas decisões.¹⁴⁵²

A questão é que o princípio da norma mais favorável, apesar das leituras progressistas que sustenta e de seu uso estratégico pela Corte IDH a fim de gerar maior efetividade às normas convencionais, nem sempre se revela como o melhor critério para solucionar interpretações conflitantes de normas convencionais. Como assinala Rodiles, “*The principle subsumes other interpretative methods in a unidirectional manner, and systematically eclipses those which might stand on the way to the widest expression of rights*”.¹⁴⁵³

Em algumas ocasiões, interpretações mais restritivas a direitos de um grupo podem se revelar mais favoráveis aos direitos humanos de outro.¹⁴⁵⁴ Quando se está diante de restrições a direitos políticos de pessoas condenadas pelo mau uso dos recursos públicos que ultrapassam o elenco do artigo 23.2 da Convenção Americana, o princípio da norma mais favorável pode se mostrar problemático.¹⁴⁵⁵ É na seara dos sentidos mais restritivos de direitos humanos produzidos pelos Estados que se planta a dificuldade para a implementação de uma doutrina de deferência, assim como também é precisamente nesse âmbito que sua discussão se mostra mais necessária. Afinal, o contexto sócio-político de um Estado pode

¹⁴⁵¹ CORTE IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, párrafo 72.

¹⁴⁵² FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. What Do We Mean When We Talk About Judicial Dialogue? Reflections of a Judge of the Inter-American Court of Human Rights. *Harvard Human Rights Journal*, v. 30, 2017.

¹⁴⁵³ RODILES, Alejandro. The Law and Politics of the Pro Persona Principle in Latin America. In: BOGDANDY, Armin von; et. al. (ed.) *Transformative Constitutionalism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 153-174, p. 162. Mais adiante, o autor tece uma análise crítica do uso estratégico do princípio *pro persona* pela Corte Constitucional da Colômbia, advertindo para o perigo da abertura que este princípio poderia proporcionar para a incorporação de normas jurídicas estranhas ao corpo jurídico colombiano. No plano regional, salienta-se que este princípio não deve ser o único critério hermenêutico para lidar com interpretações divergentes de normas convencionais.

¹⁴⁵⁴ ROA ROA, José Ernesto. La protección de los derechos políticos frente a las funciones disciplinarias de las autoridades administrativas: subsidiariedad y deferencia en el sistema interamericano de derechos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, no 2, 2018, p. 800-823.

¹⁴⁵⁵ *Ibid.*

fomentar uma autêntica manifestação democrática da população como foi a criação da Lei da Ficha Limpa no Brasil¹⁴⁵⁶, que manifestamente restringe direitos políticos inscritos na Convenção Americana.

A fim de orientar normas estatais restritivas de direitos humanos, a Convenção Americana estabeleceu alguns critérios básicos nos artigos 30 e 32.2: a previsão legal e um fim legítimo e necessário para proteção do bem comum em uma sociedade democrática. Nos primeiros anos da jurisprudência interamericana, esses foram precisamente os critérios utilizados pela Corte IDH para verificar a convencionalidade de restrições a direitos humanos.¹⁴⁵⁷

A definição de lei para o fim de autorizar uma restrição a direitos humanos foi elaborada pela Corte IDH na Opinião Consultiva n. 6, de 1986, solicitada pelo Uruguai especificamente para esse fim.¹⁴⁵⁸ Vale ressaltar o reconhecimento expresso do pluralismo jurídico inerente ao sistema interamericano pela Corte ao afirmar que o termo precisaria ser compreendido em consonância com a tradição jurídica própria de cada Estado.¹⁴⁵⁹ Ao estabelecer que a lei capaz de restringir direitos humanos deveria necessariamente ser fruto de uma manifestação do Parlamento, a Corte IDH expôs tanto preocupação com a legitimidade democrática da medida como especialmente a previsão de uma democracia representativa:

Por ello, la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución. A través de este procedimiento no sólo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente. En verdad, este procedimiento no impide en todos los casos que una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria de los derechos humanos, posibilidad que reclama la necesidad de algún régimen de control posterior, pero si es, sin duda, un obstáculo importante para el ejercicio arbitrario del poder.¹⁴⁶⁰

¹⁴⁵⁶ BRASIL. **Lei Complementar n. 135, de 4 de junho de 2010**. Altera a Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Diário Oficial da União, 07 jun. 2010.

¹⁴⁵⁷ CONTRERAS, Pablo. National Discretion and International Deference in the Restriction of Human Rights: A Comparison Between the Jurisprudence of the European and the Inter-American Court of Human Rights. **Northwestern Journal of International Human Rights**, vol. 11, issue 1, 2012, p. 28-83, p. 67.

¹⁴⁵⁸ CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-6 de 9 de mayo de 1986**. La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Serie A No. 6, párrafos 16-17. A Corte IDH enfatizou que o significado do termo "leis" que estaria prestes a fornecer seria aplicável para a interpretação de todas as normas convencionais em que a expressão estivesse relacionada a restrições a direitos humanos.

¹⁴⁵⁹ CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-6 de 9 de mayo de 1986**. La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Serie A No. 6, párrafo 20.

¹⁴⁶⁰ *Ibid.*, párrafo n. 22.

A partir desse critério mais exigente de “lei”, a Corte IDH declara que direitos humanos não poderiam ser restringidos por qualquer manifestação do poder público, mas exclusivamente por uma “*ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado*”.¹⁴⁶¹ A noção de “lei formal” ultrapassa a mera legalidade para receber também o atributo da legitimidade, ou seja, relativo a “*la elección popular de los órganos de creación jurídica, el respeto a la participación de las minorías y la ordenación al bien común*”.¹⁴⁶² Em anos mais recentes, como salienta Abramovich, a preocupação da Corte IDH com a concepção de lei vai além da premissa representativa para se dirigir à “qualidade dos processos democráticos”, a fim de preservar uma “margem de autonomia dos processos políticos nacionais com o objetivo de alcançar melhores níveis de realização e vigência dos direitos humanos”.¹⁴⁶³

A atenção ao bem comum foi interpretada pela Corte IDH como um critério de legitimidade da lei, sendo previsto na Convenção Americana no artigo 32.2. Nesse artigo, a Convenção trouxe outros requisitos para a limitação aos direitos individuais, aplicáveis precisamente aos casos em que a Convenção não elabora condições específicas para as restrições, mas admite, em sentido genérico, que limites possam ser necessários¹⁴⁶⁴: o respeito aos direitos das demais pessoas, sua segurança e exigências do bem comum em uma sociedade democrática.

O sentido do conceito jurídico ‘bem comum’ fora abordado pela Corte IDH por oportunidade da Opinião Consultiva n. 5 de 1985, já que as restrições invocadas pelos conselhos profissionais de jornalismo como legítimas para o exercício daquela função estariam respaldadas no “bem comum”. Ao tratar da matéria, a Corte IDH definiu:

*Es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana.*¹⁴⁶⁵

¹⁴⁶¹ *Ibid.*, párrafo 27.

¹⁴⁶² *Ibid.*, párrafo 32.

¹⁴⁶³ ABRAMOVICH, Víctor. Das violações em massa aos padrões estruturais: novos enfoques e clássicas tensões no sistema interamericano de direitos humanos. **Sur Revista Internacional de Direitos Humanos** [online] vol.6, n.11, p.6-39, 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452009000200002&lng=en&nrm=iso. Acesso: em 10 jan. 2020.

¹⁴⁶⁴ CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-6 de 9 de mayo de 1986**. La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Serie A No. 6, párrafo 65.

¹⁴⁶⁵ *Ibid.*, párrafo 66.

Diante da inequívoca dificuldade em se precisar de forma mais específica vetores principiológicos como “condições da vida social que permitam aos seus integrantes alcançar o maior grau de desenvolvimento pessoal”, ou “fortalecimento das instituições democráticas” e ainda “plena realização dos direitos da pessoa humana”, a Corte IDH buscou proteger o sentido das normas convencionais em um *standard* mínimo: o bem comum não poderia ser invocado para suprimir direitos humanos convencionalmente garantidos, desnaturalizá-los ou ainda privá-los de seu conteúdo essencial.¹⁴⁶⁶

Os elementos normativos presentes no artigo 32.2 da Convenção Americana contribuem também para dar sentido à ideia de fins legítimos almejados por uma dada restrição a direitos humanos. Dessa forma, para além da exigência de que as restrições aos direitos humanos sejam veiculadas por lei, tanto em sentido formal (legalidade democrática) quanto em sentido material (legitimidade democrática calcada no bem comum), a Convenção exige que as restrições protejam bens jurídicos legítimos – sejam aqueles enunciados no artigo 32.2 como necessários para justificar os limites aos direitos individuais, sejam outros direitos humanos igualmente previstos nas normas convencionais.

Desenha-se assim um quadro jurídico que serve de marco inicial para se pensar uma doutrina de deferência no sistema interamericano. A pretensão de deferência a ser manifestada por um Estado, a fim de ver resguardada a possibilidade de seus agentes elaborarem interpretações divergentes das normas convencionais em respeito ao pluralismo deve, ao menos, observar os sentidos veiculados pelas normas dos artigos 30 e 32.2 da Convenção. As restrições aos direitos humanos devem ser veiculadas por lei e atender a fins legítimos segundo a convenção, dentre os quais o respeito aos direitos de outras pessoas, da segurança e das exigências justas ao bem comum em uma sociedade democrática.

Trata-se de uma moldura ainda razoavelmente flexível, que vem sendo trabalhada paulatinamente pela construção jurisprudencial da Corte IDH, para a qual podem contribuir diálogos judiciais com as cortes nacionais. Para além dos limites que essa jurisprudência delineia, em consonância com uma perspectiva de harmonização é necessário questionar as aberturas que ela possibilita. Para tanto, vale a análise dos casos em que a Corte IDH manifestou alguma deferência às autoridades domésticas, para que trabalhassem os sentidos dos direitos humanos e suas possíveis restrições com a maleabilidade necessária à preservação das identidades plurais de suas sociedades.¹⁴⁶⁷

¹⁴⁶⁶ *Ibid.*, párrafo 67.

¹⁴⁶⁷ Vale lembrar a observação de Rodiles: “*There are [...] many and important peculiarities among jurisdictions in the region. Still today, it is a common error to think of ‘Latin American characteristics’ without proper differentiation of the region’s diverse political spectrum and differences in legal culture*”. RODILES, Alejandro. *The Law and Politics of the*

5.2.1.1 Deferência na definição dos sentidos dos direitos humanos

A jurisprudência da Corte IDH é bastante exígua em relação ao reconhecimento de um espaço de deferência aos Estados.¹⁴⁶⁸ Levando em consideração que a filtragem inicial das denúncias de violação de direitos humanos é feita pela Comissão IDH, muitas vezes será esse órgão o responsável pela análise da presença ou não das condições que poderiam justificar uma latitude para os Estados, e afastar sua responsabilização por alegada violação de direitos humanos.

Por essa razão, uma parte dos casos em que a margem de apreciação foi reconhecida não chegou à Corte IDH, como nos já analisados *Baby Boy vs. Estados Unidos*, sobre a configuração do âmbito de proteção do direito à vida, e *Ríos Montt vs. Guatemala*, sobre a fixação de normas a respeito da elegibilidade a cargos políticos. Note-se que em 2003, ainda tratando da configuração dos direitos políticos, a Comissão IDH reconheceu aos Estados um “grau de autonomia” para regular as instituições políticas a fim de efetivar os direitos humanos pertinentes.¹⁴⁶⁹ Nessa oportunidade não fez referência à margem de apreciação, de certa forma despregando-se do quadro teórico pertinente àquela doutrina, mas ainda assim reconheceu a dimensão negativa do princípio da subsidiariedade.

O tema, contudo, voltou a ser discutido no caso *Walter Vásquez Vejarano vs. Peru*, que tratou da decretação do Estado de Emergência. Embora a Comissão tenha então afirmado que os Estados dispõem de margem de apreciação para verificar se estão presentes as condições para decretar estado de emergência, a supervisão dos órgãos interamericanos se estenderia aos direitos suspensos, as circunstâncias que motivaram o estado de emergência e sua duração.¹⁴⁷⁰ Nesse caso, a margem de apreciação foi mencionada tão somente para que restasse enfatizado o conteúdo que escaparia de sua moldura, permitindo a responsabilização internacional do Estado.

Pro Persona Principle in Latin America. In: BOGDANDY, Armin von; et. al. (ed.) **Transformative Constitutionalism in Latin America**. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 153-174, p. 155.

¹⁴⁶⁸ É também errática na tratativa terminológica do tema, ora referenciando-se à margem de apreciação propriamente dita, especialmente nos julgados mais antigos, ora tratando de expressões como “*margen de discreción*”, somente *margen*, ou ainda “domínio reservado”. Em tempos recentes não tem feito referência a nenhuma categoria em específico.

¹⁴⁶⁹ COMISIÓN IDH. **Informe n. 98/03**, caso 11.204, *Statehood Solidarity Committee vs. USA*, 29 de diciembre de 2003, párrafo 88.

¹⁴⁷⁰ COMISIÓN IDH, **Informe n. 48/00**, caso 11.166, *Walter Vásquez Vejarano vs. Perú*, 13 de abril de 2000, párrafo 55.

Em algumas raras oportunidades, a Corte IDH mencionou a margem de apreciação. Todavia, especialmente em anos mais recentes, o fez para demonstrar que não caberia no caso analisado a aplicação dessa doutrina.

Para analisar os casos de deferência manifestados pela Corte IDH, num primeiro momento o foco se dirige às disputas de sentido e restrições aos direitos humanos – até porque a definição do âmbito jurídico de proteção de uma norma convencional não deixa de ter, em alguma medida, uma natureza restritiva, pois acoberta algumas ações para alijar outras de proteção jurídica. Essa é a posição adotada por Jorge Reis Novais, que elaborou uma teoria de restrições aos direitos fundamentais que bem se encaixa ao caso das normas convencionais de direitos humanos. Nessa seara, toda atuação do legislador ou do intérprete que, sob o pretexto de configurar, delimitar, desenvolver o conteúdo de um direito, afetar seu âmbito normativo reduzindo-o, deve receber o tratamento de uma restrição. Deverá observar portanto todos os requisitos constitucionais – ou convencionais – para a validade da restrição proposta.¹⁴⁷¹ Os requisitos jurídicos de previsão em lei formal e substancialmente democrática, que atenda a justas exigências do bem comum, respeitando os direitos e a segurança das demais pessoas (artigos 30 e 32.2, CADH) acabam, portanto, ganhando especial relevância.

A primeira oportunidade que a Corte IDH manifestou alguma deferência em favor dos Estados foi na Opinião Consultiva n. 4, de 1984, provocada pela Costa Rica a respeito de uma mudança nos critérios constitucionais de definição de naturalização.¹⁴⁷² Dois foram os elementos que fundamentaram a decisão da Corte: a deferência e também a proporcionalidade.

Ao enfrentar a compatibilidade dos novos critérios para naturalização – em favor de estrangeiros que guardassem maiores ligações culturais, linguísticas e espirituais com a Costa Rica – com a igualdade perante a lei, a Corte IDH ponderou que a restrição capaz de gerar algum processo de diferenciação seria convencional se não conduzisse a soluções injustas, irracionais ou contrárias à natureza das coisas.¹⁴⁷³ Embora não tenha afirmado textualmente, empregou o critério da adequação das restrições inscrito no artigo 30 da CADH, ou seja, elas devem obedecer “o propósito para o qual houveram sido estabelecidas”.¹⁴⁷⁴ E, logo em

¹⁴⁷¹ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 183-189.

¹⁴⁷² CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984**. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Serie A n. 4.

¹⁴⁷³ *Ibid.*, parágrafos n. 56 e 57.

¹⁴⁷⁴ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. San Jose, Costa Rica, 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 20 fev. 2019.

seguida, mencionou o princípio da proporcionalidade como critério para avaliação da norma constitucional mais restritiva à ampla igualdade perante a lei:

*De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.*¹⁴⁷⁵

Portanto, para enfrentar o tema da deferência a Corte se debruçou inicialmente no exame da proporcionalidade.¹⁴⁷⁶ Ainda assim, em ato de extrema cautela possivelmente devido ao fato de que a Corte IDH estaria nos seus anos iniciais, sem que ainda tivesse lido sido submetido nenhum processo contencioso, conteve-se e reconheceu ao Estado da Costa Rica, textualmente, uma margem de apreciação. O fundamento foi a necessidade de se adequar expressões como o atendimento ao bem comum, ou a vedação a restrições arbitrárias à realidade de cada Estado. Eles deveriam ter uma margem que os permitisse adequar as exigências estampadas nas normas convencionais de direitos humanos às suas particularidades culturais, sociais, econômicas e políticas.¹⁴⁷⁷ Essa seria precisamente a razão para as normas constitucionais da Costa Rica escolherem os critérios mais adequados para a atribuição de nacionalidade aos estrangeiros que desejassem participar daquela comunidade de cidadãos. Para tanto, a Corte IDH valorizou a soberania estatal mencionando-a expressamente: “no puede ponerse en duda la potestad soberana de Costa Rica para resolver sobre los criterios que han de orientar el discernimiento o no de la nacionalidad a los extranjeros que aspiran a obtenerla”.¹⁴⁷⁸

Da análise do parecer é possível perceber que a deferência ao Estado para a definição dos critérios de naturalização buscou valorizar a autonomia estatal e o pluralismo jurídico:

En efecto, no parece contrario a la naturaleza y fines del otorgamiento de la nacionalidad, facilitarla en favor de aquellos que, objetivamente, tienen con los costarricenses lazos históricos, culturales y espirituales mucho más estrechos, los cuales hacen presumir su más sencilla y rápida incorporación a la comunidad nacional y su más natural identificación con las creencias, valores e instituciones de

¹⁴⁷⁵ CORTE IDH. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984, *op. cit.*, párrafo n. 57.

¹⁴⁷⁶ Contreras afirma que o reconhecimento da margem de apreciação havia sido feito sem nenhuma relação ao princípio da proporcionalidade. De fato, os dois temas – proporcionalidade e deferência – receberam análises apartadas, mas discorda-se do autor no sentido de que a proporcionalidade não teria influenciado o julgado. As referências à adequação e à razoabilidade das restrições parece apontar em sentido contrário. CONTRERAS, Pablo. National Discretion and International Deference in the Restriction of Human Rights: A Comparison Between the Jurisprudence of the European and the Inter-American Court of Human Rights. *Northwestern Journal of International Human Rights*, vol. 11, issue 1, 2012, p. 28-83, p. 59.

¹⁴⁷⁷ CORTE IDH. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984, *op. cit.*, párrafo 58.

¹⁴⁷⁸ CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984**. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Serie A n. 4, párrafo 59.

*la tradición costarricense, que el Estado tiene el derecho y el deber de preservar. [...] Esa conclusión de la Corte tiene especialmente en cuenta el margen de apreciación reservado al Estado que otorga la nacionalización sobre los requisitos y conclusiones que deben llenarse para obtenerla.*¹⁴⁷⁹

Entretanto, a deferência foi concedida somente após um cuidadoso escrutínio das normas à luz dos critérios de igualdade e restrição propostos pela Convenção Americana, assim como uma rigorosa análise da proporcionalidade da medida.¹⁴⁸⁰

A razão de segunda ordem que fundamentou o reconhecimento da deferência nesse caso foi a valorização da proximidade das autoridades estatais à realidade doméstica em que as normas seriam aplicadas. Como colocou a Corte IDH, se cabe ao Estado definir a nacionalidade, cabe a ele estabelecer os critérios a serem preenchidos por aqueles que desejarem participar daquela comunidade política.¹⁴⁸¹

Concedida a margem de apreciação, ao final, o parecer ainda foi cauteloso ao ressaltar que a proposta de norma constitucional analisada seria *prima facie* conforme a Convenção Americana, mas a Corte se resguardaria a prerrogativa (inerente à lógica do princípio da subsidiariedade em sentido cooperativo) de fiscalizar sua aplicação, a fim de se certificar que ela não geraria processos ulteriores de discriminação.¹⁴⁸²

De qualquer forma, é inegável que a Corte IDH foi extremamente cautelosa ao se pronunciar sobre a matéria, deixando ao Estado uma significativa margem de manobra para definir os critérios de naturalização. Vale observar que o parecer menciona expressamente a doutrina da margem de apreciação, sem citar sua origem europeia, como se ela fizesse parte da própria sistemática da atuação supranacional. Na medida em que a jurisprudência da Corte IDH foi se aprofundando sobre os mais diversos temas a partir de uma vertente nitidamente transformadora, contudo, o instituto tem perdido campo.¹⁴⁸³

Anos mais tarde, na elaboração do parecer consultivo n. 18, de 2003, a Corte IDH voltou a enfrentar o tema da deferência, tendo por pano de fundo uma consulta provocada pelo México a respeito dos direitos dos trabalhadores migrantes indocumentados. Nessa oportunidade, a Corte afirmou que os Estados teriam uma “*margen de discreción*” para

¹⁴⁷⁹ *Ibid.*, párrafos 60, 62.

¹⁴⁸⁰ Também com esta conclusão, CORRÊA, Paloma Morais. Corte interamericana de derechos humanos: opinión consultiva 4/84 — a margem de apreciação chega à América. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 10, n. 2, p. 262-279, 2013, p. 267.

¹⁴⁸¹ CORTE IDH. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984, *op. cit.*, párrafo 36.

¹⁴⁸² *Ibid.*, párrafo 63.

¹⁴⁸³ Em sentido contrário, defendendo que a doutrina da margem de apreciação vem ganhando espaço, NUÑEZ POBLETE, Manuel. Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos. In: ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea; NUÑEZ POBLETE, Manuel (coord.) **El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales**. Universidad Autónoma de Mexico, p. 3-49, p. 22.

estabelecer distinções entre estrangeiros e nacionais, o que se coaduna com a deferência necessária à realidade de cada um deles, mas coloca como condição o atendimento ao princípio da proporcionalidade, enfatizando que essa distinção não poderia negar ao grupo de estrangeiros direitos básicos essenciais para a preservação da própria dignidade humana.¹⁴⁸⁴

Na leitura de Saldanha e Brum, esse condicionamento expressamente ressaltado pela Corte se daria em razão de uma preocupação com a integridade e a coerência na aplicação das normas de direito internacional.¹⁴⁸⁵ Outra forma de compreender essa ressalva é a preocupação constante da Corte IDH com a inclusão social e a preservação de *standards* fundamentais em direitos humanos, na medida em que visava assegurar que mesmo migrantes indocumentados tivessem garantidos os direitos laborais essenciais para preservar a sua dignidade. Somente com essas premissas observadas admitir-se-ia aos Estados um lastro para criação de regimes jurídicos diferenciados.

Assim, o tratamento jurídico diferenciado entre migrantes irregulares e demais trabalhadores não seria em si contrário à Convenção, sendo que a própria opinião consultiva reconhece uma “*margen de apreciación*” aos Estados para que avaliem a necessidade de estabelecer tratamentos jurídicos diversos.¹⁴⁸⁶ Entretanto, eles deveriam estar fundados em “*motivos objetivos y razonables, es decir, cuando no persiga un fin legítimo o cuando no exista una relación de proporcionalidad entre el medio empleado y el fin que se intenta alcanzar con la medida o práctica cuestionada*”.¹⁴⁸⁷ Nessa linha, condicionar a percepção de salário ao atendimento às exigências das leis migratórias representaria uma restrição desproporcional a esses direitos, capaz de privar os trabalhadores de sua própria sobrevivência. A fim de desestimular o trabalho de migrantes indocumentados, o Estado deveria buscar outros mecanismos menos gravosos à dignidade destas pessoas, como a punição daqueles que empregam essa força de trabalho com o objetivo de pagar menores salários e lucrar mais.¹⁴⁸⁸

Em casos contenciosos, o reconhecimento de algum espaço de deferência aos Estados foi tímido e teve início a partir da década de 2000, quando as modalidades de violações a direitos humanos também se diversificaram, abrangendo normas convencionais

¹⁴⁸⁴ CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-18 de 17 de septiembre de 2003**. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A n. 18, párrafos 68-69.

¹⁴⁸⁵ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRUM, Márcio Morais. A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Derechos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado? **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, vol. XV, p. 195-238, 2015, p. 218.

¹⁴⁸⁶ CORTE IDH. Opinión Consultiva OC-18 de 17 de septiembre de 2003, *op. cit.*, párrafo 65.

¹⁴⁸⁷ CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-18 de 17 de septiembre de 2003**. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A n. 18, párrafo 68.

¹⁴⁸⁸ *Ibid.*, párrafo 70.

expressamente passíveis de restrição, como liberdade de expressão, devido processo legal e direitos políticos. A partir desses casos a Corte IDH passou a enfrentar questões mais intimamente relacionadas ao pluralismo jurídico, dentro do terreno da disputa pela responsabilização dos Estados – objetivamente um espaço em que a Corte estava pouco acostumada à aplicação da dimensão negativa do princípio da subsidiariedade.

Um desses casos foi *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, em 2004, sobre a condenação penal do senhor Mauricio Herrera Ulloa por difamação, em virtude de ter publicado quatro reportagens no jornal *la Nación* que acusavam um agente diplomático de delitos graves.¹⁴⁸⁹ Ao analisar o recurso proposto pela vítima para reverter a sentença penal que lhe fora imputada, a Corte IDH enfatizou que o Estado não lhe dispusera um mecanismo eficaz que permitisse ampla e efetiva rediscussão da decisão condenatória. Somente se atendidas essas condições inerentes ao devido processo legal poder-se-ia cogitar de deferência ao Estado:

*De acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que “no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces”, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos.*¹⁴⁹⁰

Verifica-se que a referência à margem de apreciação foi basicamente retórica, servindo para afirmar que as leis restritivas criadas pelo Estado estariam sujeitas ao cuidadoso escrutínio da jurisdição supranacional, a fim de prevenir e remediar desvios e excessos que comprometessem “a essência do direito”.

Ao tratar das normas nacionais limitadoras da liberdade de expressão, a Corte IDH foi ainda mais incisiva. Em primeiro lugar, declarou a relevância do conteúdo do direito humano à liberdade de expressão para a democracia, especialmente por favorecer o controle democrático por meio da opinião pública formada de maneira transparente a respeito dos atos praticados pelos funcionários públicos. Nessas condições, aquilatou a sentença que “*debe existir un margen reducido a cualquier restricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés público*”.¹⁴⁹¹ Como observa Contreras, ainda que a Corte IDH não tenha

¹⁴⁸⁹ CORTE IDH. **Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C n. 107, párrafo 3.

¹⁴⁹⁰ *Ibid.*, párrafo 161.

¹⁴⁹¹ CORTE IDH. **Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C n. 107, párrafos 112-116, 126.

usado a expressão “margem de apreciação”, é inegável que se referia a um grau reduzido de deferência aos Estados quando o tema fosse restrição à liberdade de expressão.¹⁴⁹²

Essa posição fica evidente quando a sentença passou a analisar as restrições legais invocadas pelo Estado à luz dos critérios convencionais: previsão em lei, conteúdo voltado para a proteção da honra das pessoas, da moral, da ordem, da segurança ou da saúde públicas, e sua necessidade em uma sociedade democrática. A essas acrescentou, citando a Opinião Consultiva n. 5 de 1985, que mesmo vencidas todas as etapas, a “*restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo*”.¹⁴⁹³ Desse modo, a Corte IDH decidiu pela proteção do amplo debate público, que só seria possível se as pessoas não se sentissem amedrontadas de expor fatos sobre pessoas de relevância política, reação que as leis costa-riquenhas fomentavam pela forma como regulavam o crime de difamação. A discricionariedade estatal para restringir a liberdade de expressão, direito essencial ao próprio funcionamento democrático, foi – e assim tem sido também em outros julgados sobre o tema¹⁴⁹⁴ – profundamente reduzida. Eventual restrição à liberdade de expressão que se mostre necessária em um ambiente democrático deve ser aquela que interfira no menor grau possível com o exercício desse direito.

Em 2005, a latitude a ser concedida aos Estados voltou a ser tema de discussão, com foco no reconhecimento de direitos políticos que foram negados pelo Estado da Nicarágua a membros da associação política regional indígena Yatama, impedindo-os de participar das eleições. O referido partido havia se formado desde 1987 com o propósito de defender os interesses indígenas na região e participara de outros pleitos eleitorais em 1990 e 1996. Todavia, em 2000, uma nova lei eleitoral não contemplou agremiações políticas como Yatama. Seria necessário se adequar à nova legislação, com novas exigências que não puderam ser cumpridas a tempo do pleito eleitoral de 2000.¹⁴⁹⁵

Nesse caso, não houve espaço para deferência à legislação criada pelo Estado da Nicarágua, ou à resolução do Conselho Eleitoral que impediu o grupo Yatama de participar das eleições, sendo o Estado considerado responsável pela violação de direitos humanos. O princípio da proporcionalidade orientou a decisão da Corte IDH. Ao tratar das restrições aos

¹⁴⁹² CONTRERAS, Pablo. National Discretion and International Deference in the Restriction of Human Rights: A Comparison Between the Jurisprudence of the European and the Inter-American Court of Human Rights. *Northwestern Journal of International Human Rights*, vol. 11, issue 1, 2012, p. 28-83, p. 59-60.

¹⁴⁹³ CORTE IDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, *op. cit.*, párrafos 120-121.

¹⁴⁹⁴ CORTE IDH. **Caso Ricardo Canese vs. Paraguay**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C n. 111; CORTE IDH. **Caso Palamare Iribarne vs. Chile**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.

¹⁴⁹⁵ CORTE IDH. **Caso Yatama vs. Nicaragua**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párrafos 124.11, 124.17, 124.20 a 124.25.

direitos políticos, asseverou que elas deveriam ser veiculadas por lei, não serem discriminatórias sem a presença de critérios razoáveis e promotores de um propósito útil e oportuno para a satisfação de um interesse público imperativo, e proporcionais a esse fim. O critério da necessidade, inerente ao princípio da proporcionalidade, foi enfatizado para se determinar que as restrições fossem as menos gravosas possíveis.¹⁴⁹⁶

O voto dissidente de Sérgio Ramirez, contudo, demonstrou uma preocupação com o pluralismo:

La Corte no ha fijado, ni tendría que hacerlo, las particularidades que debe revestir una legislación --y, en general, una acción pública, que es más que normas generales-- favorable al ejercicio de los derechos políticos de los miembros de las comunidades indígenas, de manera que éstos sean, en verdad, “tan ciudadanos como los otros ciudadanos”. El Estado deberá analizar las situaciones que tiene al frente para establecer los medios que permitan el ejercicio, precisamente en esas situaciones, de los derechos universalmente asignados por la Convención Americana. Que éstos tengan un alcance universal no significa que las medidas que deban adoptarse para asegurar el ejercicio de los derechos y las libertades sean uniformes, genéricas, parejas, como si no hubiese diferencias, distancias y contrastes entre sus titulares. Conviene leer con atención el artículo 2 del Pacto de San José: los Estados deben adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos y las libertades. La referencia a medidas “necesarias” que “hagan efectivos” los derechos, remite a la consideración de especificidades y compensaciones.¹⁴⁹⁷

Guardada a ressalva do voto concorrente, a sentença esteve atenta também a outra dimensão do pluralismo, o cultural e político: a proteção das formas diferentes de organização política dos grupos indígenas, mais adequadas às suas crenças, tradições e modo de vida. A nova regra padronizadora criada pela Nicarágua visava impedir que essa variação local de organização política de uma comunidade indígena encontrasse espaço no ambiente político. Essa restrição especialmente gravosa violava seus direitos humanos.¹⁴⁹⁸

Antes desse episódio, em 2001, no caso *Mayagna vs. Nicaragua*, a Corte IDH já havia se mostrado aberta à possibilidade de interpretações divergentes ou até dissonantes de um direito humano previsto na Convenção. Nesse caso, o direito em questão foi o direito de propriedade das terras habitadas pela comunidade indígena Mayagna. Na medida em que a Convenção Americana afirma em seu artigo 21 que “toda pessoa tem direito ao uso e gozo de seus bens”, reconheceu que esse direito de uso e gozo pode receber diversos tratamentos

¹⁴⁹⁶ *Ibid.*, párrafo 206.

¹⁴⁹⁷ *Ibid.*, voto concorrente de Sérgio Garcia Ramirez, párrafo 31. Em alusão mais tímida a este pluralismo também se manifestou o juiz Diogo Sayán em seu voto concorrente, parágrafo 32: “[...] resulta clara la obligación del Estado de no tolerar prácticas o normas que pudieren tener un efecto discriminatorio. Ello no debe entenderse como opuesto a reglas y condiciones homogéneas para toda la sociedad y ciudadanos en lo que atañe al pleno ejercicio de lo derechos políticos”.

¹⁴⁹⁸ CORTE IDH. **Caso Yatama vs. Nicaragua**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párrafos 217-219.

jurídicos, inclusive aquele que protege a perspectiva dos povos indígenas. O voto concorrente de García Ramirez enfatizou este aspecto:

*En ese caso se halla el régimen de la propiedad indígena, que no excluye otras formas de propiedad o tenencia de la tierra --producto de un proceso histórico y cultural diferente--, sino concurre con ellas en la formación del amplio y plural espacio de los derechos con que cuentan los habitantes de diversos países americanos. Este conjunto de derechos, que se hallan comunicados por coincidencias esenciales --la idea nuclear del uso y aprovechamiento de los bienes--, pero muestran asimismo diferencias importantes --sobre todo en orden a la disposición final de esos bienes--, constituyen el sistema de propiedad que caracteriza a la mayoría de nuestros países. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes que consagra el artículo 21 de la Convención Americana, y pretender que únicamente existe una forma de usar y disfrutar de los bienes, equivaldría a negar a millones de personas la tutela de ese precepto, sustrayéndolos así del reconocimiento y la protección de derechos esenciales, que se brindan, en cambio, a las demás personas.*¹⁴⁹⁹

Não houve, contudo, espaço para deferência ao Estado nesse caso em virtude da negligência com que as autoridades nicaraguenses trataram o direito à propriedade coletiva da terra dessa comunidade, privando-a de elementos essenciais para sua própria existência. Mas é relevante que a Corte IDH tenha consignado que a solução jurídica ofertada para aquele caso poderia não ser aplicável a outros sobre o regime jurídico do direito de propriedade. Reconhecer a possibilidade de diferença é, sem dúvida, o primeiro passo para uma prestação jurisdicional mais deferente.

A deferência para com regimes jurídicos nacionais diversos veio se materializar no caso *Castañeda Gutman vs. México*, em 2008, que tratou das condições de elegibilidade. Nessa oportunidade, a discussão envolveu a vedação à propositura de candidatura independente do senhor Jorge Castañeda Gutman. Ainda que o Estado tenha sido responsabilizado pela ausência de um recurso eficiente contra a decisão que impedira a vítima de concorrer no pleito eleitoral de 2006, foi reconhecida uma latitude para a definição legislativa das condições básicas de elegibilidade. A Corte IDH enfatizou que não haveria um modelo único de democracia e esse pluralismo no tratamento da matéria deveria ser mantido a fim de que as particularidades de cada sociedade fossem atendidas: “*la Corte considera necesario señalar que, en términos generales, el derecho internacional no impone un sistema electoral determinado ni una modalidad determinada de ejercer los derechos a votar y a ser elegido*”.¹⁵⁰⁰ Ainda que não o tenha afirmado expressamente, reconheceu aos Estados uma

¹⁴⁹⁹ CORTE IDH. **Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, Voto concurrente del Juez García Ramirez, párrafo 13.

¹⁵⁰⁰ CORTE IDH. **Caso Castañeda Gutman vs. México**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párrafo 162. Essa diversidade foi afirmada também com respaldo na forma como o TEDH tratou a matéria, conforme parágrafo 165.

margem para a organização de seus sistemas políticos e, nessa ordem, para a especificação dos sentidos dos direitos políticos.¹⁵⁰¹

Conforme se depreende da sentença, a Corte IDH foi confrontada com o precedente lançado no caso Yatama, segundo o qual não se poderia exigir como condição para o exercício dos direitos políticos a filiação a um partido político. O Estado do México buscou enfatizar a diferença entre os dois casos: a existência de uma agremiação política que não se enquadrava na categoria partido político definida por lei, que já havia participado de eleições anteriores e em razão da mudança legislativa se vira afastada do processo político; e no caso de Castañeda Gutman, uma pessoa isolada que não desejava se enquadrar em regras do processo político já existentes.

Aceito o *distinguishing*¹⁵⁰², a Corte reconheceu a legitimidade da restrição imposta pelo Estado aos direitos políticos do senhor Castañeda Gutman, ressaltando que “*la facultad de los Estados de regular o restringir los derechos no es discrecional*”, mas está condicionada aos ditames do Direito Internacional a que ele se vinculou, mais propriamente ao *corpus iuris* interamericano.¹⁵⁰³ Ressalte-se que para além do reconhecimento de que a medida estava prevista em lei em sentido formal e material, e perseguia objetivo legítimo, a Corte realizou cuidadoso exame de proporcionalidade e verificação da necessidade da medida em uma sociedade democrática.¹⁵⁰⁴

Em uma passagem, a Corte IDH chega a enunciar um comparativo entre os Estados-membros do sistema, afirmando que convivem diversos sistemas jurídicos, uns admitindo a candidatura independente e outros exigindo a filiação partidária.¹⁵⁰⁵ Contreras defende que estaria implícita nessa afirmação a enunciação da razão de segunda ordem que motiva a aplicação da margem de apreciação: a ausência de consenso sobre a matéria. É uma leitura possível. O consenso, todavia, foi rechaçado pela Corte IDH quando da apreciação de temas como direitos de grupos vulneráveis, pois, como já analisado, ele pode ser usado para mascarar pretensões majoritárias opressoras da diferença (como no caso Atala Riffo e filhas vs. Chile). Significa que, como critério isolado, ele é manifestamente insuficiente para fundamentar a posição da Corte IDH, tanto que no caso Castañeda Gutman o que afastou a responsabilização do Estado em relação à exigência de filiação partidária não foi a falta de

¹⁵⁰¹ CONTRERAS, Pablo. National Discretion and International Deference in the Restriction of Human Rights: A Comparison Between the Jurisprudence of the European and the Inter-American Court of Human Rights. *Northwestern Journal of International Human Rights*, vol. 11, issue 1, 2012, p. 28-83, p. 80.

¹⁵⁰² CORTE IDH. Caso Castañeda Gutman vs. México, *op. cit.*, párrafo 172.

¹⁵⁰³ *Ibid.*, párrafo 174.

¹⁵⁰⁴ *Ibid.*, párrafo 185-186.

¹⁵⁰⁵ CORTE IDH. **Caso Castañeda Gutman vs. México**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párrafos 198-199.

consenso a respeito da matéria, mas o cuidadoso exame de proporcionalidade a que a lei foi submetida.

Esse tema, no Brasil, está em pauta no Supremo Tribunal Federal por meio da repercussão geral reconhecida ao Recurso Extraordinário n. 1.054.490, sob relatoria do Ministro Roberto Barroso. Em dezembro de 2019, foi convocada audiência pública para ouvir os diversos setores da sociedade. Na medida em que um dos fundamentos do recurso é o texto da Convenção Americana que não prevê essa obrigatoriedade, está posta a oportunidade para o diálogo judicial cooperativo por parte do Supremo Tribunal Federal, observando o precedente lançado no caso Castañeda Gutman. A Corte IDH parece já ter enunciado que a decisão cabe à sociedade civil, deixando a porta aberta à deferência:

*Finalmente, la Corte considera que ambos sistemas, uno construido sobre la base exclusivamente de partidos políticos, y otro que admite también candidaturas independientes, pueden ser compatibles con la Convención y, por lo tanto, la decisión de cuál sistema escoger está en las manos de la definición política que haga el Estado, de acuerdo con sus normas constitucionales. A la Corte no se le escapa que en la región existe una profunda crisis en relación con los partidos políticos, los poderes legislativos y con quienes dirigen los asuntos públicos, por lo que resulta imperioso un profundo y reflexivo debate sobre la participación y la representación política, la transparencia y el acercamiento de las instituciones a las personas, en definitiva, sobre el fortalecimiento y la profundización de la democracia. La sociedad civil y el Estado tienen la responsabilidad, fundamental e inexcusable de llevar a cabo esta reflexión y realizar propuestas para revertir esta situación. En este sentido los Estados deben valorar de acuerdo con su desarrollo histórico y político las medidas que permitan fortalecer los derechos políticos y la democracia, y las candidaturas independientes pueden ser uno de esos mecanismos, entre muchos otros.*¹⁵⁰⁶

Outro tema essencialmente político que implicou uma análise contida da Corte IDH envolveu os julgamentos políticos havidos na América Latina, mais propriamente no Paraguai em 2012 e no Brasil em 2016, bem como o golpe de estado havido em Honduras em 2008. O tema suscitou um pedido de opinião consultiva por parte da Comissão IDH para que a Corte se pronunciasse sobre o equilíbrio entre a separação dos poderes e as garantias processuais das autoridades eleitas pelo voto popular e submetidas a juízos políticos, assim como abordasse a extensão da proteção da garantia de proteção judicial inscrita no artigo 29 da CADH a esses casos.¹⁵⁰⁷

Depois de colher diversas contribuições de *amicus curiae*¹⁵⁰⁸, a Corte IDH decidiu negar seguimento ao processo. Dentre outros fundamentos apresentados, o mais repisado foi

¹⁵⁰⁶ *Ibid.*, párrafo 204.

¹⁵⁰⁷ CORTE IDH. **Resolución de 29 de Mayo de 2018**. Solicitud de Opinión Consultiva Presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, párrafos 1-2.

¹⁵⁰⁸ Ver: ROA ROA, Jorge Ernesto; CHUEIRI, Vera Karam de; et. al. *Amicus Curiae* sobre a solicitação de opinião consultiva relativo à figura do juízo político ou *Impeachment* apresentada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Revista da Faculdade de Direito UPFR**, v. 63, n. 1, p. 213-266, jan./abr. 2018.

precisamente a “pluralidade de desenhos institucionais que regulam figuras de *impeachment* e juízos políticos, assim como diversas modalidades de processo a serem observados em cada país com variações substanciais que dificultam significativamente sua redução a um *standard* comum interamericano [...]”.¹⁵⁰⁹ Além disso, observa que os “desenhos institucionais são produtos históricos que respondem às necessidades e à experiência constitucional de cada sociedade”.¹⁵¹⁰ Mesmo sem expressamente mencionar a deferência, e inclusive admitindo a possibilidade de tratar do tema em casos contenciosos específicos, restou evidente que a Corte IDH foi deferente ao pluralismo enquanto diversidade inerente ao sistema interamericano, contendo-se quando convocada a proclamar padrões comuns sobre o controle político do Poder Executivo.

Também no tocante ao cumprimento de normas relativas à liberdade pessoal a Corte reconheceu que os Estados podem elaborar diferentes regimes que envolvam prisão civil cautelar. O reconhecimento do pluralismo, mais uma vez, levou ao reconhecimento da possibilidade, em tese, da deferência. No caso *Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador* de 2007, a Corte enfrentou a prisão cautelar do empresário Juan Carlos Chaparro Álvarez e seu gerente Freddy Hernán Lapo Íñiguez por autoridades equatorianas em razão de terem sido encontradas quantidades de drogas nos caminhões frigoríficos por eles fabricados. A Corte IDH ressaltou que “*son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares que emiten conforme a su propio ordenamiento*”¹⁵¹¹, desde que fundamentem suas decisões adequadamente, permitindo aos condenados a interposição dos recursos processuais cabíveis. As medidas adotadas internamente, contudo, não passaram no teste da necessidade para atender a um fim legítimo, e da proporcionalidade, de modo que a deferência não se materializou.

Em 2009, versando também sobre matéria processual, a Corte IDH afirmou textualmente que os Estados teriam margem de apreciação para regulamentar recursos processuais destinados a questionar os fundamentos das prisões cautelares. Todavia, o exercício dessa margem não poderia implicar a perda da essência do recurso, comprometendo-o integralmente como se verificou no caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, em que a prisão cautelar determinada contra a vítima foi decretada por um órgão jurisdicional superior em foro privilegiado, sem que houvesse um recurso disponível.¹⁵¹²

¹⁵⁰⁹ CORTE IDH. Resolución de 29 de Mayo de 2018, *op. cit.*, párrafo 14.

¹⁵¹⁰ *Ibid.*, párrafo 17.

¹⁵¹¹ CORTE IDH. **Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C n. 170, párrafo 107.

¹⁵¹² CORTE IDH. **Caso Barreto Leiva vs. Venezuela**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C n. 206, párrafo 90.

Percebe-se, portanto, que a Corte IDH reconhece em oportunidades diversas a existência de um espaço a ser preenchido pelos Estados no tocante à implementação dos direitos humanos previstos na Convenção Americana, notadamente aqueles direitos restringíveis. Todavia, essa margem deixada ao pluralismo é fiscalizada acuradamente a partir das condições impostas pela própria Convenção para a legitimidade das restrições, e principalmente pelo princípio da proporcionalidade.

Em 2019, muitas sentenças interamericanas versaram sobre aplicação da pena de morte, garantias processuais, condições precárias do sistema prisional e torturas na Guatemala¹⁵¹³; prisões arbitrárias e falta de garantias processuais na Argentina¹⁵¹⁴ e no Peru¹⁵¹⁵. Duas sentenças abordaram direitos sociais, estendendo a eficácia do artigo 26 da CADH e tratando de direito ao recebimento de pensões e proteção da saúde.¹⁵¹⁶ Mesmo nesse quadro de graves violações, perspectiva transformadora no tocante à implementação dos direitos sociais, houve uma oportunidade para deferência.¹⁵¹⁷

O caso *Rico vs. Argentina* demonstrou que a Corte IDH não abandonou a consideração de critérios para autocontenção em respeito ao pluralismo. A Comissão IDH denunciou o Estado da Argentina por suposta violação a direitos e garantias processuais do senhor Eduardo Rico, juiz do Tribunal do Trabalho do Departamento de San Isidoro que fora destituído do cargo e condenado a inabilitação para ocupar outro cargo no Judiciário em

¹⁵¹³ CORTE IDH. **Caso Martínez Coronado vs. Guatemala**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de mayo de 2019. Serie C No. 376; CORTE IDH. **Caso Ruiz Fuentes y otra vs. Guatemala**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de octubre de 2019. Serie C No. 385; CORTE IDH. **Caso Valenzuela Ávila vs. Guatemala**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de octubre de 2019. Serie C No. 386; CORTE IDH. **Caso Rodríguez Revolorio y otros vs. Guatemala**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2019. Serie C No. 387; CORTE IDH. **Caso Girón y otro vs. Guatemala**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2019. Serie C No. 390; CORTE IDH. **Caso Gómez Virula y otros vs. Guatemala**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2019. Serie C No. 393.

¹⁵¹⁴ CORTE IDH. **Caso Jenkins vs. Argentina**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2019. Serie C No. 397; CORTE IDH. **Caso López y otros vs. Argentina**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2019. Serie C No. 396; CORTE IDH. **Caso Hernández vs. Argentina**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C No. 395; CORTE IDH. **Caso Romero Feris vs. Argentina**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2019. Serie C No. 391.

¹⁵¹⁵ CORTE IDH. **Caso Rosadio Villavicencio vs. Perú**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2019. Serie C No. 388.

¹⁵¹⁶ CORTE IDH. **Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) vs. Perú**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2019. Serie C No. 394; CORTE IDH. **Caso Muelle Flores vs. Perú**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375.

¹⁵¹⁷ Dentre as duas sentenças que deixaram de reconhecer responsabilidade do Estado, uma delas foi do caso *Arrom Suhurt*, quando a Corte examinou cuidadosamente as provas dos autos para concluir que não havia elementos capazes de apontar a responsabilidade do Estado pelas alegações de desaparecimento forçado, tortura, ou que tivesse sido negado acesso a recursos judiciais eficientes. Em meio à análise do mérito da causa, a Corte reconheceu como válidos e em conformidade com a Convenção os atos praticados pelas autoridades estatais a fim de elucidar os delitos apontados pelas vítimas. CORTE IDH. **Caso Arrom Suhurt y otros vs. Paraguay**. Fondo. Sentencia de 13 de mayo de 2019. Serie C No. 377.

virtude de diversas faltas disciplinares.¹⁵¹⁸ Para tratar do caso, a Corte IDH se debruçou sobre os processos administrativos e políticos que condenaram o juiz. Observou que a mera existência de um juízo político nesse caso não contraria a Convenção, ficando portanto a cargo dos Estados definir seu cabimento e rito, desde que observadas as garantias do devido processo legal insculpidas no artigo 8 da CADH, bem como as garantias em face da discricionariedade do julgador.¹⁵¹⁹ Nesse sentido, a sentença declarou:

*[...] este Tribunal no ha establecido un sistema procesal particular en el marco del cual se satisfagan de manera "correcta" las garantías contenidas en la Convención, sino que ha respetado la libertad de los Estados para determinar el que consideren adecuado, siempre que en el marco de aquellos se cumplan con esas garantías.*¹⁵²⁰

Para além dessa liberdade reconhecida aos Estados, a Corte IDH ainda observou que diversos Estados-membros do sistema possuem regras próprias para instrução dos jurados que integrarão esses juízos, bem como garantias de independência e imparcialidade, não cabendo a ela estabelecer um modelo único.¹⁵²¹ Mais além, ressaltou que as legislações domésticas podem gozar de algum grau de indeterminação nos tipos de penas que estabelecem, pois alguma discricionariedade ao julgador é necessária para a adequação da penalidade às circunstâncias do caso, desde que os critérios por ele usados para tanto sejam indicados de forma prévia na legislação, com clareza, a fim de prevenir a arbitrariedade.¹⁵²² Para além do reconhecimento aos diversos modelos de normas processuais, pode-se identificar de forma subentendida a deferência às autoridades nacionais que aplicaram referidas normas de forma condizente com a Convenção Americana, respeitando a essência das garantias processuais do acusado.

Percebe-se, portanto, que a Corte IDH procura em pontos específicos deixar um espaço para a atuação autônoma e diferenciada dos Estados. Nele, materializa-se um regime de cooperação entre os dois níveis do sistema de proteção de direitos humanos.

A dificuldade maior da Corte IDH para com a deferência, por certo, surge na hipótese de divergência em relação aos *standards* por ela estabelecidos, de resto como se pode depreender da Opinião Consultiva n. 24 de 2017, sobre o direito à mudança de nome, identidade de gênero e direitos decorrentes das uniões entre pessoas do mesmo sexo. No ano seguinte, contudo, a Opinião Consultiva n. 25 de 2018, sobre a configuração do asilo como direito humano, deixou em aberto um espaço para os Estados no tocante a uma modalidade de

¹⁵¹⁸ CORTE IDH. **Caso Rico vs. Argentina**. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 2 de septiembre de 2019. Serie C No. 383, párrafos 1-3.

¹⁵¹⁹ *Ibid.*, párrafo 57.

¹⁵²⁰ *Ibid.*, párrafo 58.

¹⁵²¹ *Ibid.*, párrafo 77.

¹⁵²² *Ibid.*, párrafo 103.

asilo que não havia sido prevista na Convenção Americana (o asilo diplomático). Nesse caso, a Corte optou por não realizar uma interpretação evolutiva das normas convencionais – de resto como fez na opinião consultiva anterior – para preservar um espaço de soberania aos Estados.

A Opinião Consultiva n. 24 de 2017 foi solicitada pela Costa Rica e versou sobre tema especialmente controverso na América Latina: direitos do público LGBT.¹⁵²³ São numerosos e vocais os grupos religiosos que se opõem a esses direitos, sendo que o Brasil tem sido palco de uma onda crescente do número de casos de violência.¹⁵²⁴ Nesse panorama, o espaço de deferência deixado pela Corte IDH foi praticamente inexistente:

Asimismo, cabe destacar que los asuntos respecto de los que la Corte ejerce sus competencias, pueden comprender también aspectos que integran la jurisdicción interna, doméstica o exclusiva del Estado, también conocida como dominio reservado y, en otras latitudes, como margen de apreciación de los Estados. [...] Esta realidad implica que un asunto deja de ser de dicha jurisdicción en la medida que es regido por el Derecho Internacional y es precisamente por ello que la mencionada relación tiene distinta respuesta según si el asunto se resuelve a nivel interno o en el ámbito internacional, en particular, en lo atinente a sus efectos.¹⁵²⁵

A Corte IDH reconheceu expressamente que haveria um “domínio reservado à jurisdição interna, doméstica ou exclusiva do Estado”, o que seria conhecido “em outras latitudes” como margem de apreciação. A frase foi estrategicamente elaborada para evidenciar que a margem de apreciação seria uma doutrina estrangeira, própria do sistema europeu de direitos humanos, mas não do interamericano. Esse não parece ser um ponto problemático.

Todavia, causa estranheza a segunda metade do parágrafo 114, em que a Corte IDH parece criar uma divisão exangue de tarefas que agiganta sua postura no sistema multinível, pois toda matéria que fosse por ela tratada no nível supranacional não mais poderia ser resolvida no âmbito doméstico dos Estados. Dessa redação não se extrai uma Corte disposta ao diálogo com as cortes nacionais, ou mesmo disposta à deferência por quaisquer razões que seja, muito distante, portanto, daquela que exarou a Opinião Consultiva n. 4 de 1984. É preciso, contudo, considerar que o tema objeto da consulta era outro – não mais critérios para a naturalização mas direitos de igualdade dos grupos LGBT. E essa temática acabou por

¹⁵²³ CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017**. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A No. 24.

¹⁵²⁴ PREITE SOBRINHO, Wanderley. Brasil registra uma morte por homofobia a cada 16 horas, aponta relatório. **UOL**, São Paulo, 20 fev. 2019. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/02/20/brasil-matou-8-mil-lgbt-desde-1963-governo-dificulta-divulgacao-de-dados.htm>. Acesso em: 19 jan. 2020.

¹⁵²⁵ CORTE IDH. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, *op. cit.*, párrafos 5, 114.

exigir da Corte IDH uma posição mais firme e intransigente para a proteção de um grupo histórica e tradicionalmente perseguido e discriminado nos Estados latino-americanos. Em virtude da pauta inclusiva inerente ao ICCAL, o espaço para deferência ficou comprometido.

No ano seguinte, o pluralismo voltou a ser enfrentado no processo de harmonização desencadeado pela Opinião Consultiva n. 25 de 2018. Trata-se de parecer solicitado pelo Equador a respeito da “*la institución del asilo en sus diversas formas y la legalidad de su reconocimiento como derecho humano de todas las personas conforme al principio de igualdad y no discriminación*”.¹⁵²⁶ Exercendo sua função harmonizadora, a Corte IDH reconheceu expressamente as diversas formas como os Estados regulam o asilo político, com diferentes catálogos de direitos e deveres associados a esta figura.¹⁵²⁷ Diante desse quadro, a Corte observou que muitos Estados, como o Brasil, optaram por diferenciar as categorias de asilo e refúgio, enquanto outros tantos não fazem essa distinção.¹⁵²⁸ A Corte IDH então decidiu reconhecer ao asilo o *status* de direito humano, devendo os Estados indistintamente garantir o direito de “buscar e receber asilo”, equiparando as situações que poderiam gerar o direito ao refúgio segundo a Declaração de Cartagena àquelas pertinentes ao asilo político.¹⁵²⁹

Nesse quadro, o espaço para deferência plantado no texto do artigo 22.7 da Convenção Americana (“de acordo com a legislação de cada Estado e com os convênios internacionais”), ainda que persistente, foi radicalmente restringido, pois “*en consonancia con el artículo 29 de la Convención Americana, las legislaciones internas pueden ampliar el ámbito de protección, mas nunca restringirlo más allá de los mínimos fijados por la Convención Americana y el derecho internacional*”.¹⁵³⁰ Estados como o Brasil deverão, por conseguinte, adequar sua legislação interna pois o asilo político territorial reconhecido como direito humano, se concedido em condições equivalentes as de refúgio, não mais poderia ser uma mera potestade estatal, não podendo ser simplesmente revogado por ato de vontade do Executivo.¹⁵³¹

No tocante ao asilo diplomático, entretanto, diante do silêncio da Convenção Americana, e da ampla variedade de tratamentos que os Estados dedicavam ao tema (a Corte

¹⁵²⁶ CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018**. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A No. 25, párrafo 1.

¹⁵²⁷ *Ibid.*, párrafo 110.

¹⁵²⁸ *Ibid.*, párrafos 124-128.

¹⁵²⁹ *Ibid.*, párrafo 132.

¹⁵³⁰ *Ibid.*, parágrafo 140.

¹⁵³¹ De resto como se verificou em 2019, com o cancelamento unilateral do asilo concedido pelo Brasil a Arrom Suhurt, Anuncio Martí e Victor Colmán. AFP. Paraguai elogia decisão do Brasil de revogar asilo a acusados de sequestro. **Estado de Minas Internacional**, 23 julho 2019. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2019/07/23/interna_internacional,1071779/paraguai-elogia-decisao-do-brasil-de-revogar-asilo-a-acusados-de-seque.shtml. Acesso em: 10 jan. 2020.

expressamente usa a expressão “falta de consenso”¹⁵³², a Corte IDH decidiu se conter, deixando que cada Estado regulasse o tema segundo suas normas internas e as obrigações convencionais multilaterais ou bilaterais por ele livremente assumido. O parecer consultivo deixou claro que a concessão do asilo diplomático seria uma expressão da soberania dos Estados, devendo ser tratado segundo a lógica da “tradição latino-americana de asilo”.¹⁵³³

Diante do exposto, é possível afirmar que o reconhecimento de deferência por parte da Corte IDH no tocante à definição do âmbito normativo dos direitos humanos não tem sido frequente, embora tenha se materializado em alguns momentos e situações importantes que merecem consideração. Seja para observar a convencionalidade de restrições a direitos humanos perpetradas por leis ou medidas estatais, seja para verificar quais espaços de definição de direitos merecem ser deixados ao encargo dos Estados, a deferência se materializou em momentos distintos e esteve envolta em mais de uma fundamentação, para além das razões de segunda ordem já exploradas.

Resta verificar, dentro da perspectiva da subsidiariedade remedial, qual o tratamento que a Corte IDH tem dado às contribuições estatais no momento da definição e mesmo acompanhamento das medidas satisfativas e de garantias de não repetição determinadas em suas sentenças.

5.2.1.2 Deferência na definição dos remédios para proteção e promoção dos direitos humanos

Tem sido na definição dos remédios a serem empregados pelos Estados que as sentenças interamericanas deixam entrever de forma mais aguda o constitucionalismo transformador. Nelas, a Corte IDH assume o compromisso com a reparação integral e ultrapassa a determinação do pagamento de indenização por danos materiais e morais para também fixar medidas estruturais a serem adotadas pelos Estados, com vistas a romper ciclos de perpetuação das práticas violadoras de direitos humanos.¹⁵³⁴ Como assinala Gamboa, a

¹⁵³² CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018**. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A No. 25, párrafo 155.

¹⁵³³ *Ibid.*, párrafo 163.

¹⁵³⁴ Dentre os casos julgados, Saavedra selecionou alguns emblemáticos em virtude da deficiência estrutural encontrada no Estado, o remédio determinado pela sentença, e a efetiva *compliance* do Estado condenado. Este conjunto de fatores esteve presente nos casos (i) “A Última Tentação de Cristo” vs. Chile, sobre a modificação de normas constitucionais para afastar a censura à liberdade de expressão; (ii) Claude Reyes vs. Chile, sobre a criação de um procedimento administrativo para garantir acesso à informação pública bem como treinamento de funcionários públicos; (iii) Barrios Altos vs. Peru, sobre o afastamento das leis de anistia, orientação que também foi seguida pela Corte Suprema de la Nación da Argentina, em que pese não ter sofrido condenação neste sentido; (iv) Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua, sobre a criação de um processo administrativo de delimitação de terras indígenas (v) Kimel vs. Argentina, sobre modificações na tipificação dos crimes de calúnia e injúria, entre outros. SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo.

reparação integral tem fundamento no artigo 63.1 da Convenção Americana e pode implicar medidas como investigação dos fatos ocorridos; restituição de direitos, bens ou liberdades; reabilitação física e psicológica; medidas de satisfação das vítimas e garantias de não repetição.¹⁵³⁵

Essas medidas, precisamente por exigirem dos Estados um custoso processo de coordenação de ações, enfrentam maior resistência para o devido cumprimento.¹⁵³⁶ Como se demonstrará a partir de alguns casos selecionados em função de seu caráter exemplar, é possível reconhecer o grau de especificação que muitas dessas medidas atingem, demonstrando a preocupação por parte da Corte IDH em produzir medidas cuidadosamente delineadas para a satisfação das vítimas e da prevenção de novas violações. O espaço para deferência nessa perspectiva parecia mínimo, na maior parte das vezes inexistente.

Todavia, nos últimos anos têm se avolumado julgados que valoram positivamente programas e iniciativas internas de reparação integral das vítimas, o que propicia um diálogo institucional entre a Corte IDH e esferas domésticas. Em virtude do importante potencial transformador dessas medidas de reparação integral a deferência, no lugar de representar um prejuízo à proteção das vítimas e à integridade do sistema interamericano¹⁵³⁷, pode significar um trunfo a gerar maior comprometimento dos Estados.

É importante ter em conta que o potencial reparador das sentenças interamericanas não surgiu todo de uma única vez. Nos primeiros anos, as determinações estavam mais dirigidas à solução do caso que se apresentava. Nos casos Velásquez Rodríguez e Godínez Cruz (1989), a Corte determinou as reparações com fundamento na ideia de plena restituição (“*restitutio in integrum*”) dos direitos das partes, o que implicou a condenação ao pagamento de indenizações, a localização do paradeiro da vítima ou seus restos mortais, bem como investigação, processamento e punição dos responsáveis.¹⁵³⁸ Ao ser questionada sobre a

Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *In*: BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. **Ius Constitutionale Commune en América Latina**: textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 457-502

¹⁵³⁵ CALDERÓN GAMBOA, Jorge F. La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, **Suprema Corte de la Nación**, 2013, p. 146-219. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33008.pdf>. Acceso en: 20 abr. 2019, p. 147-148.

¹⁵³⁶ CORASATINI, Vittorio. Implementación de las sentencias y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un debate necesario. **Revista do Instituto Interamericano de Derechos Humanos**, vol. 49, 2009, p. 13-28.

¹⁵³⁷ SANDOVAL, Clara. Two steps forward, one step back: Reflections on the jurisprudential turn of the Inter-American Court of Human Rights on domestic reparation programs. **The International Journal of Human Rights**, p. 1192-1208, 2017. Available at: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r37045.pdf>. Access in Jan. 9, 2020, p. 12.

¹⁵³⁸ CORTE IDH. **Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras**. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7; CORTE IDH. **Caso Godínez Cruz vs. Honduras**. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 8.

possibilidade de utilização da legislação interna sobre indenizações como parâmetro para fixar as condenações, a Corte IDH enfaticamente afirmou sua independência, alertando que as fixaria com base na Convenção Americana e nas normas de Direito Internacional.¹⁵³⁹ Questionada sobre outras medidas de reparação pela Comissão IDH, a Corte IDH afirmou que a própria sentença já representava uma forma de reparação e satisfação moral das vítimas.¹⁵⁴⁰

Em 1993, impactada com um caso envolvendo a morte de sete membros da etnia Marron pelas forças armadas do Suriname, a Corte deu os primeiros passos em direção a um ativismo judicial na fixação das medidas de reparação. Para além das indenizações compensatórias, a Corte determinou que fosse reaberta uma escola local para receber as vítimas, assim como uma clínica de saúde, ordenou a formação de um fundo de amparo financeiro para os parentes das vítimas.¹⁵⁴¹ Como observa Antkowiak, essa prática na definição dos remédios só voltaria a ocorrer no final da década de 90, quando a Corte passou a adotar medidas mais audazes e consolidou a ideia de reparação integral.¹⁵⁴²

Um dos casos emblemáticos desse período foi *Loayza Tamayo vs. Peru*, de 1998, ambientado no período de violações sistemáticas a direitos humanos em virtude dos atos praticados pela ditadura de Augusto Pinochet. Em 1993, a professora universitária Maria Helena Loayza Tamayo fora detida e torturada por autoridades estatais sob a acusação de pertencer ao grupo Sendero Luminoso. Foi julgada sem as garantias do devido processo legal e teve sua imagem associada a atos terroristas e veiculada em toda a sociedade.¹⁵⁴³ A título de reparação, a sentença interamericana determinou que o Estado reincorporasse a vítima a suas funções docentes, com salário e retribuições financeiras equivalentes a soma do quanto era pago no setor público e no setor privado, que fosse garantido seu direito a aposentadoria para o qual deveria ser contado o período em que permaneceu indevidamente detida, que fossem adotados todos os meios para que o processo a que fora submetida não surtisse efeitos.¹⁵⁴⁴ Diante das graves violações de direitos humanos ocorridas, não houve espaço para deferência. Segundo Antkowiak, o caso *Loayza-Tamayo* representou uma importante decisão para que a

¹⁵³⁹ *Ibid.*, párrafos 30-31.

¹⁵⁴⁰ *Ibid.*, párrafo 36.

¹⁵⁴¹ CORTE IDH. **Caso Aloboetoe y otros vs. Surinam**. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15, párrafos 96, 100.

¹⁵⁴² ANTKOWIAK, Thomas M. Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond. **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 46, n. 2, p. 351-419, 2008, p. 367.

¹⁵⁴³ CORTE IDH. **Caso Loayza Tamayo vs. Perú**. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33.

¹⁵⁴⁴ CORTE IDH. **Caso Loayza Tamayo vs. Perú**. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42, párrafo 192.

Corte testasse a repercussão das medidas reparatórias perante os Estados-membros do sistema.¹⁵⁴⁵

Anos mais tarde, um julgado histórico estabeleceu significativo marco em termos de reparação integral: *Plan de Sánchez vs. Guatemala*, de 2004. Tratava-se de um cruel massacre praticado em 1982 pelas forças do exército, auxiliadas por grupos paramilitares, de cerca de 250 pessoas da comunidade indígena Achi-Maia, muitas delas mulheres e crianças que foram também vítimas de abusos e tortura. Diante da gravidade das violações e da total inoperância do Estado, a Corte IDH determinou uma série de medidas reparadoras: investigação a fim de identificar, processar e punir os responsáveis; aceitação pública da responsabilidade internacional pelos fatos ocorridos; tradução da sentença interamericana para a língua Achi-Maia; criação e implementação de um programa de moradia para as vítimas e seus familiares, assim como programas destinados à preservação da língua e da cultura Achi-Maia.¹⁵⁴⁶ Para além de prestar assistência às vítimas e aos familiares sobreviventes ao massacre, tratava-se de prevenir que toda a cultura daquele povo não se perdesse em virtude da morte de grupos familiares e gerações inteiras.

Segundo Antkowiak, a partir de 2001, a Corte IDH incrementou a emissão de ordens de reparação integral em suas sentenças, abrangendo uma maior variedade de direitos humanos – a redemocratização dos Estados latino-americanos aumentou a diversidade dos direitos humanos violados pois permitiu maior acesso das vítimas aos canais institucionais. Especialmente a primeira década do novo século foi marcada por julgados que condenaram os Estados a uma diversidade de remédios, abrangendo não só a satisfação das vítimas, mas medidas dirigidas à proteção de comunidades e da sociedade como um todo.¹⁵⁴⁷

Um dos aspectos centrais da subsidiariedade remedial a ser enfatizado em uma perspectiva harmonizadora é a flexibilidade das medidas a serem definidas pela sentença supranacional: os Estados precisam de um espaço de manobra para organizar pagamento de indenizações, criação de políticas públicas, e mesmo para a definição de atos simbólicos como meio de reparação integral das vítimas. Por mais que a Corte IDH se inteire a respeito do contexto particular que envolve os casos sob sua análise, não tem condições de antecipar eventuais complicações que possam surgir no curso da implementação das medidas

¹⁵⁴⁵ ANTKOWIAK, Thomas M. Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 46, n. 2, p. 351-419, 2008, p. 371.

¹⁵⁴⁶ CORTE IDH. **Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala**. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116, párrafos 90-111.

¹⁵⁴⁷ ANTKOWIAK, *op. cit.*, p. 371.

reparatórias.¹⁵⁴⁸ Um exemplo dessa imprevisibilidade, bem como o perigo de medidas reparatórias excessivamente específicas, pode ser encontrado na sentença do caso *Castro Castro vs. Peru*. A Corte IDH reconheceu a responsabilidade do Estado pela violação de direitos humanos no ataque ao Complexo Penal Castro Castro, no qual se encontravam detidos integrantes do grupo Sendero Luminoso. A sentença determinou, a título de reparação simbólica, que os nomes das vítimas fossem inscritos nas pedras que cercam o memorial denominado *El ojo que llora*, localizado em Lima. Essa medida de reparação foi mal recebida por grande parte do povo peruano, com tamanhas críticas ao memorial que chegaram a pedir sua demolição, pois a inscrição daqueles nomes, na visão de muitos, representaria um monumento ao terrorismo.¹⁵⁴⁹ Particularidades da cultura local escaparam à percepção da Corte, de modo que a medida reparatória definida nesse caso foi problemática tanto para a implementação pelo Estado quanto para a satisfação das vítimas.¹⁵⁵⁰

Em outro caso de difícil implementação, *Baena Ricardo e outros vs. Panamá*, em 2001, a Corte IDH determinou a reintegração ao trabalho de 270 empregados públicos e dirigentes sindicais, que haviam sido demitidos arbitrariamente em virtude de sua participação em protestos contra a política governamental prejudicial aos seus direitos trabalhistas. Caso não fosse possível, deveria o Estado providenciar outros empregos alternativos com condições de trabalho e salários similares àqueles perdidos pelas vítimas.¹⁵⁵¹ A dificuldade para a implementação da medida determinada pela sentença gerou franca oposição por parte do Panamá, que questionou a competência da Corte IDH para realizar os procedimentos de supervisão de cumprimento de sentença.¹⁵⁵²

¹⁵⁴⁸ ANTKOWIAK, Thomas M. Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 46, n. 2, p. 351-419, 2008, p. 384.

¹⁵⁴⁹ GABRIEL MAINO, Carlos Alberto. Los derechos humanos: baluarte y socavo de las instituciones. Hacia un adecuado equilibrio entre el control judicial de convencionalidad y la representación política de los procesos democráticos. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, v. 22, p. 357-380, 2016, Bogotá: Fundación Konrad Adenauer. Programa de Estado de Derecho para Latinoamérica.

¹⁵⁵⁰ Uma alternativa a essa dificuldade é precisamente a maior participação das partes envolvidas na elaboração das medidas remediais, tendo em vista que o Estado estaria mais disposto a cumprir com medidas definidas em soluções amistosas do que com ordens unilaterais definidas pela Corte. CAVALLARO, James L.; SCHAFFER, Emily J. Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas. *Hastings Law Journal*, v. 56, p. 217-282, 2004-2005, p. 251. Recentemente a Corte homologou uma solução amistosa que alcançou todos os elementos do caso: CORTE IDH. *Caso Trueba Arciniega y otros vs. México*. Sentencia de 27 de noviembre de 2018. Serie C No. 369.

¹⁵⁵¹ CORTE IDH. *Caso Baena Ricardo y otros (“270 trabajadores”) vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.

¹⁵⁵² CORTE IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104, párrafo 53.

Essa competência, de fato, não se encontra expressa no texto da Convenção Americana, mas resultou de uma alteração no Regulamento da Corte IDH em 2000.¹⁵⁵³ A partir de então, diferentemente do sistema europeu, que entrega a um órgão especializado a discussão, elaboração e fiscalização das obrigações atribuídas aos Estados para reparar as violações, a Corte IDH desempenha ela mesma essas funções (artigo 69, Regulamento).¹⁵⁵⁴ Essa atribuição lhe permite acompanhar os processos de implementação das medidas definidas na sentença de mérito, propiciando uma visão global do caso. A Corte IDH passou a acompanhar mais de perto tanto a satisfação das vítimas quanto as dificuldades e/ou soluções apresentadas pelos Estados para o implemento das medidas.

Nessa perspectiva, a Corte IDH demonstra sua preocupação com a efetividade das medidas remediais, tendo em vista que suas sentenças pretendem desencadear mudanças sociais¹⁵⁵⁵ em prol da consecução dos objetivos propostos pelo ICCAL. Em estudo voltado para a análise do cumprimento das sentenças interamericanas pelo Estado colombiano, Sergio Iván Anzola, Beatriz Eugenia Sánchez e René Urueña propuseram uma metodologia que considerou fatores institucionais e externos a influenciar o grau de *compliance* com as obrigações definidas nas sentenças.¹⁵⁵⁶ Ainda que o estudo tenha sido dirigido a um Estado específico, é possível induzir que as razões não jurídicas indicadas se comunicam também aos demais Estados latino-americanos. De fato, necessário ressaltar que em vista do bloco de constitucionalidade vigente na Colômbia, há condições jurídicas mais favoráveis ao cumprimento das sentenças do que em outros países que adotam condições jurídicas mais resistentes como o Brasil, com a ideia da suprallegalidade. Ainda assim, o estudo desenvolvido chegou à conclusão que fatores jurídicos como a boa recepção das normas convencionais no

¹⁵⁵³ A primeira alteração surgiu no Regulamento de 2000, que trouxe no artigo 16.2 a previsão de que os juízes permaneciam vinculados à supervisão do cumprimento das sentenças exaradas. CORTE IDH. **Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Aprobado por la Corte en su XLIX período ordinario de sesiones celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/2000.pdf>. Acceso en: 15 enero 2020. Em 2009, contudo, o tema recebeu um tratamento mais específico, com a criação do artigo 63 do Regulamento. CORTE IDH. **Reglamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Aprobado pela Corte no seu XLIX Período Ordinário de Sessões celebrado de 16 a 25 de novembro de 2000 e reformado parcialmente pela Corte em seu LXXXII Período Ordinário de Sessões, celebrado de 19 a 31 de janeiro de 2009. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/ene_2009_por.pdf. Acceso em: 15 jan. 2020.

¹⁵⁵⁴ CORTE IDH. **Reglamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Aprobado pela Corte no seu LXXXV Período Ordinário de Sessões celebrado de 19 a 28 de novembro de 2009. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf. Acceso em: 10 ago. 2019.

¹⁵⁵⁵ CAVALLARO, James L.; SCHAFFER, Emily J. Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas. **Hastings Law Journal**, v. 56, p. 217-282, 2004-2005, p. 235.

¹⁵⁵⁶ ANZOLA, Sergio Iván; SÁNCHEZ, Beatriz Eugenia; URUEÑA, René. Después del Fallo: el Cumplimiento de las Decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos - una Propuesta de Metodología. *In*: MAUÉS, Antonio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía (org.). **O cumprimento das sentenças da Corte Intramericana de Direitos Humanos** : Brasil, Argentina, Colômbia e México. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 137-200, p. 141. Ao lado dos fatores apontados, o estudo estendeu-se também por fatores informais e orçamentários. Em razão do estudo direcionado às possibilidades de deferência para com as medidas de reparação integral definidas nas sentenças, decidiu-se por focar nos fatores institucionais, tendo em vista que uma estrutura institucional pode contribuir para a implementação de obrigações de fazer, e fatores externos.

sistema interno são insuficientes para determinar o cumprimento integral das sentenças interamericanas.¹⁵⁵⁷

No tocante aos fatores institucionais, verifica-se que aqueles Estados que criaram programas de reparação integral de vítimas de violações de direitos humanos têm melhores condições de atender às obrigações de fazer definidas pela Corte IDH, como é o caso da Colômbia por meio da *Comisión Intersectorial para la Coordinación y Seguimiento de la Política Nacional en Materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario*. As decisões tomadas por esse órgão contam com ampla deliberação democrática¹⁵⁵⁸, o que certamente favorece olhares deferentes pela Corte IDH quando da elaboração das sentenças de supervisão de cumprimento. Para além de comissões que deliberam entre representantes de todos os poderes estatais e da sociedade civil a melhor forma de implementar as decisões interamericanas (como se verifica no caso colombiano), também a existência de leis e programas específicos na alçada estatal, capazes de realizar as obrigações de fazer pertinentes, é um fator institucional relevante, ainda que não seja determinante por si mesmo do cumprimento das sentenças interamericanas.¹⁵⁵⁹

Como será abordado logo adiante, esses Estados não só têm a seu favor uma estrutura institucional que viabiliza o cumprimento de suas obrigações convencionais com um planejamento condizente com sua realidade política e econômica, como também contam com maiores chances de serem ouvidos pela Corte no momento de definição das reparações.¹⁵⁶⁰

Dentre os diversos fatores externos analisados por Anzola, Sánchez e Urueña¹⁵⁶¹, verificou-se que alguns afetam negativamente o cumprimento das sentenças exaradas pela Corte IDH. Um deles, contraintuitivo, é a participação das vítimas na definição e implementação das medidas de reparação. Segundo os autores, elas dificultam a implementação das medidas reparatórias pois levam discussões inerentes ao contencioso para a fase processual seguinte.¹⁵⁶² Entretanto, outras leituras desse fator são possíveis como sua

¹⁵⁵⁷ ANZOLA, Sergio Iván; SÁNCHEZ, Beatriz Eugenia; URUEÑA, René. Después del Fallo: el Cumplimiento de las Decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos - una Propuesta de Metodología. In: MAUÉS, Antonio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía (org.). **O cumprimento das sentenças da Corte Intramericana de Direitos Humanos** : Brasil, Argentina, Colômbia e México. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 137-200, p. 161.

¹⁵⁵⁸ *Ibid.*, p. 164.

¹⁵⁵⁹ *Ibid.*, p. 171.

¹⁵⁶⁰ SANDOVAL, Clara. Two steps forward, one step back: Reflections on the jurisprudential turn of the Inter-American Court of Human Rights on domestic reparation programmes. **The International Journal of Human Rights**, p. 1192-1208, 2017. Available at: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r37045.pdf>. Access in: Jan. 9, 2020.

¹⁵⁶¹ Alguns deles de particular importância para a Colômbia, como a possibilidade de maior ou menor adimplência depois que Juan Manuel Santos assumiu o governo, ou a influência da maior expertise de algumas ONGs presentes naqueles Estado. Outros fatores simplesmente se mostraram inconclusivos se analisados isoladamente, como o fato de a causa lidar com direitos de minorias, um elemento que *per se* não impactou nas taxas de cumprimento das decisões. ANZOLA; SÁNCHEZ; URUEÑA, *op. cit.*, p. 182-185.

¹⁵⁶² ANZOLA, Sergio Iván; SÁNCHEZ, Beatriz Eugenia; URUEÑA, René. Después del Fallo: el Cumplimiento de las Decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos - una Propuesta de Metodología. In: MAUÉS, Antonio

contribuição para o grau de legitimidade da sentença e a satisfação das vítimas, que pode ser significativamente maior quando elas contribuem para a composição das medidas reparatórias.¹⁵⁶³ O cumprimento da sentença pode ser mais difícil, mas será mais proveitoso.

Outro fator analisado foi a natureza das medidas de reparação determinadas pela Corte, de modo que medidas menos clássicas e mais inventivas costumam enfrentar baixos índices de cumprimento. Os Estados estariam melhor preparados para adimplir obrigações satisfativas regulares como o pagamento de indenizações.¹⁵⁶⁴ Nessa mesma linha, casos de maior sensibilidade política apresentam índices de adimplemento mais baixos que aqueles que não tocam tão intimamente valores disputados em sociedade. Ainda, as medidas de reparação que devem ser cumpridas prioritariamente pelo governo central têm maior chance de adimplemento que aquelas que dependem de uma articulação entre os diversos níveis da estrutura governamental.¹⁵⁶⁵

A partir desses elementos, Anzola, Sánchez e Urueña puderam concluir que o cumprimento das medidas reparatórias determinadas pela Corte IDH está mais ligado a fatores externos que a uma predisposição jurídica, institucional ou orçamentária dos Estados para tanto.¹⁵⁶⁶ Esses fatores evidenciam que sentenças com aspirações mais transformadoras (envolvendo medidas reparatórias complexas, que tocam temas mais sensíveis na sociedade e exigem uma maior articulação das estruturas de governo) sempre enfrentarão uma maior resistência na medida em que visam ativar engrenagens que permanecem latentes nas sociedades por longos anos.

Diante do perigo da criação de *standards* em direitos humanos que não sejam cumpridos e se tornem letra morta, assim como da definição de mecanismos de reparação de violações que não promoverão a satisfação das vítimas, é possível verificar que nos últimos anos tanto a Corte IDH quanto alguns Estados deram sinais de mudanças em seu comportamento, abrindo espaço para a deferência.

Nos primeiros anos as condenações definidas nas sentenças interamericanas não foram

Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía (org.). **O cumprimento das sentenças da Corte Intramericana de Direitos Humanos** : Brasil, Argentina, Colômbia e México. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 137-200, p. 182-183.

¹⁵⁶³ Nesse sentido, Antkowiak defende a participação das vítimas no processo de definição das medidas reparatórias, desde que o processo seja sensível à condição especial dessas pessoas traumatizadas em virtude das violações a direitos humanos: “*At the core is a broad mandate for victim participation: involvement before the Court (liberal group standing requirements and limited res judicata concerns), full participation in the design of remedies, and significant engagement in the implementation thereof. This participative model puts victims squarely at the center of the process, increasing the likelihood that remedies designed will provide them satisfaction and restoration.*” ANTKOWIAK, Thomas M. Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond. **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 46, n. 2, p. 351-419, 2008, p. 405-406.

¹⁵⁶⁴ ANZOLA; SÁNCHEZ; URUEÑA, *op. cit.*, p. 183-184.

¹⁵⁶⁵ *Ibid.*, p. 184-185.

¹⁵⁶⁶ *Ibid.*, p. 190.

levadas a sério pelos Estados, o que demandava da Corte IDH uma supervisão complementar criteriosa. Todavia, na proporção em que as medidas de reparação se avolumaram como modo de confrontar as graves violações de direitos humanos que permaneciam impunes (notadamente as decorrentes de conflitos armados), gradativamente os Estados perceberam que apenas agir em resposta às condenações interamericanas poderia ser mais gravoso para sua organização interna, e insuficiente. Muitos passaram a adotar medidas internas voltadas ao enfrentamento do direito à reparação integral por parte das vítimas dessas violações, os chamados Programas Domésticos de Reparação (PDR).¹⁵⁶⁷

Essas iniciativas foram adotadas especialmente por aqueles Estados que vivenciaram conflitos armados extremamente duros para a população civil, como o caso da Guatemala¹⁵⁶⁸ e da Colômbia¹⁵⁶⁹, assim como Estados com históricos de ditaduras militares e conflitos delas advindas, como Peru¹⁵⁷⁰, Chile¹⁵⁷¹ e México¹⁵⁷². Esses programas preveem o pagamento de indenização àqueles que se enquadrem nos critérios por eles definidos, bem como outras medidas de satisfação e garantias de não repetição. No caso da Lei de Vítimas Colombiana, por exemplo, são abrangidos o direito ao bem-estar e ao viver em um ambiente familiar adequado, direito à saúde, direito à educação, direito a medidas especiais de proteção a grupos vulneráveis como mulheres e crianças. O Brasil, por sua vez, adotou um programa de compensação exclusivamente pecuniária das vítimas da ditadura militar por meio da Lei n. 9.140 de 4 de dezembro 1995, que teve um espectro de atuação bem menos audacioso que os anteriormente mencionados.¹⁵⁷³

Alguns dos referidos programas não atingiram o rigor dos *standards* definidos pela

¹⁵⁶⁷ SANDOVAL, Clara. Two steps forward, one step back: Reflections on the jurisprudential turn of the Inter-American Court of Human Rights on domestic reparation programmes. **The International Journal of Human Rights**, p. 1192-1208, 2017. Available at: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r37045.pdf>. Access in Jan. 9, 2020, p. 3.

¹⁵⁶⁸ Programa Nacional de Resarcimiento, criado pela Guatemala através de “*Acuerdo Gubernativo*” 258–2003, constantemente atualizado por novos “*Acuerdos*”, como o 539–2013. *Ibid.*, p. 5.

¹⁵⁶⁹ COLOMBIA. **Ley 1448 de 2011**. Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. Disponible en: <http://wp.presidencia.gov.co/sitios/normativa/leyes/Documents/Juridica/LEY%201448%20DE%202011.pdf>. Acceso en: 15 ene. 2020.

¹⁵⁷⁰ PERÚ. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. **Plan Integral de Reparaciones**. Ley n. 28592. Lima, jun. 2013. Disponible en: https://cman.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2017/07/Lineamientos_SIMBOLICAS.pdf. Acceso en: 15 ene. 2020.

¹⁵⁷¹ As medidas envolvem a criação de uma Comissão Nacional da Verdade e Reconciliação através do *Decreto Supremo No. 355 de 25 de abril de 1990*, da *Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación* através da Lei n. 19.123 de 8 de fevereiro de 1992, e o Programa *Continuación* das medidas ditadas pela lei anterior, em 1996, no qual se instituiu o *Programa de Reparación y Atención Integral a la Salud (“Programa PRAIS”)*, entre outros. CORTE IDH. **Caso Maldonado Vargas y otros vs. Chile**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2015. Serie C No. 300.

¹⁵⁷² ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. **Ley General de Víctimas**. Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de enero de 2013. Disponible en: <https://www.legal-tools.org/doc/0fde8c/pdf/>. Acceso en: 15 ene. 2020.

¹⁵⁷³ BRASIL. **Lei n. 9.140 de 4 de dezembro de 1995**. Reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9140.htm. Acceso em: 15 jan. 2020.

Corte IDH a fim de promover a reparação integral das vítimas, o que acabou por desencadear uma tensão entre os Estados e a Corte. Muitos Estados não compreenderam a supervisão supranacional como uma dimensão natural do princípio da subsidiariedade em sentido cooperativo, mas sim como uma invasão de sua soberania.¹⁵⁷⁴ No caso *Massacre Rio Negro e Gudiel Alvarez vs. Guatemala*, diante da condenação e da fixação de medidas reparatorias em favor das vítimas, o Estado assim se manifestou:

*[...] no acepta que la Corte IDH condene al Estado a realizar reparaciones diferentes de las que se puedan determinar en el Programa Nacional de Resarcimiento para hechos que se dieron durante el Conflicto Armado Interno [n]i acepta que los montos ya entregados [a víctimas del caso Masacre de Río Negro] por medio del Programa no son suficientes para resarcir a las víctimas”. Afirmó que “el Estado es el único que puede determinar cuánto puede pagar”, puesto “s[ó]lo él” conoce las necesidades de su presupuesto.*¹⁵⁷⁵

Também no caso *Maldonado Vargas e outros vs. Chile*, a Corte IDH valorou positivamente o programa nacional de reparações mantido pelo Estado, contudo ressaltou que este não contemplava indenização pelos direitos violados naquele caso específico, razão pela qual afastou a incidência do plano nacional e determinou o pagamento de indenização. Tratava-se de violação ao direito das vítimas a um recurso judicial efetivo a fim de tornar sem efeito processos penais condenatórios que haviam se baseado em provas obtidas mediante tortura, praticada sistematicamente durante os anos de ditadura militar (1973 a 1990).¹⁵⁷⁶

Em meio a casos em que a Corte IDH assumiu uma posição rigorosa, todavia, a jurisdição supranacional passou a adotar uma conduta mais transigente em que algumas medidas de reparação foram delegadas aos programas estatais pré-existentes.¹⁵⁷⁷

Um desses casos foi adotado em favor do Brasil, no caso *Gomes Lund*, de 2010. O plano doméstico de pagamento de indenizações instaurado pela Lei 9.140 de 1995 foi levado em consideração pela Corte IDH no momento da fixação das medidas de reparação, ao lado de outras medidas simbólicas como a construção de um memorial e o estabelecimento do dia do desaparecido político, adotadas pelo Estado após a redemocratização.¹⁵⁷⁸ A Corte IDH reconheceu que os critérios legais internos deveriam ser admitidos como suficientes para a fixação da indenização:

¹⁵⁷⁴ SANDOVAL, Clara. Two steps forward, one step back: Reflections on the jurisprudential turn of the Inter-American Court of Human Rights on domestic reparation programmes. *The International Journal of Human Rights*, p. 1192-1208, 2017. Available at: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r37045.pdf>. Access in Jan. 9, 2020, p. 3.

¹⁵⁷⁵ CORTE IDH. *Casos Masacres de Río Negro y Gudiel Álvarez y otros vs. Guatemala*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de agosto de 2014.

¹⁵⁷⁶ CORTE IDH. *Caso Maldonado Vargas y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2015. Serie C No. 300, párrafos 175-176.

¹⁵⁷⁷ Especialmente a partir do caso *García Lucero e outras vs. Chile*, de 2013.

¹⁵⁷⁸ CORTE IDH. *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Sentencia 24 noviembre 2010. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 280.

[...] La Corte considera, como ha hecho en otros casos, que de existir mecanismos nacionales para determinar formas de reparación, esos procedimientos y resultados deben ser valorados. [...] La Corte valora positivamente la actuación del Estado en este sentido y estima que las sumas fijadas por la Ley No. 9.140/95 y pagadas a los familiares de las víctimas a “título reparatorio”, resultan razonables en los términos de su jurisprudencia y asume que incluyen tanto los daños materiales como los inmateriales respecto de las víctimas desaparecidas. [...] La Corte ha estimado que las reparaciones económicas otorgadas en el derecho interno “a título reparatorio” por las desapariciones forzadas son adecuadas en el presente caso. Por ello, no ordenará el pago de sumas adicionales por concepto de daño inmaterial sufrido por las víctimas de desaparición forzada.¹⁵⁷⁹

No caso da Guatemala, a deferência se manifestou de forma ainda tímida no caso Massacres de Rio Negro, de 2012. O caso se referia a cinco massacres da população Achi que vivia na comunidade de Rio Negro pelo exército da Guatemala e grupos paramilitares. A Corte IDH autorizou a dedução dos valores a serem pagos a título de indenização daqueles que já tivessem sido quitados em conformidade com o *Programa Nacional de Resarcimiento*.¹⁵⁸⁰ Não obstante, a sentença ainda determinou uma série de medidas extras, como realização de ato público de reconhecimento da responsabilidade do Estado, criação de um museu em homenagem às vítimas, criação e manutenção de programas sociais na região atingida e projetos de recuperação da cultura Achi.

Outro exemplo de deferência em casos de vítimas de ditaduras foi Garcia Lucero e outras vs. Chile, de 2013. O senhor García Lucero havia sido preso logo após a instauração da ditadura militar, sofreu torturas e depois foi exilado do país. Somente anos mais tarde pôde se reunir com sua família, que também conseguiu sair do Chile.¹⁵⁸¹ Como narra o caso, a Corte IDH reconheceu o programa doméstico de reparação criado por diversas leis, que inclusive previram pagamento de pensões. A existência desses programas certamente influenciou a sentença que deixou a cabo do Estado a fixação de um valor “razonablemente adecuado” a fim de custear despesas de saúde da vítima. Ainda, a sentença deixou de fixar indenização por danos materiais, determinando apenas o pagamento de um montante em virtude do dano moral.¹⁵⁸²

No mesmo ano, a Corte IDH também decidiu o caso Comunidades Afrodescendientes deslocaladas da bacia do Rio Cacarica (“Operação Genesis”) vs. Colômbia, de 2013, que tratava do deslocamento forçado das Comunidades Afrodescendientes que habitavam a bacia

¹⁵⁷⁹ CORTE IDH. **Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**. Sentencia 24 noviembre 2010. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 303 e 309.

¹⁵⁸⁰ CORTE IDH. **Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250, párrafo n. 304.

¹⁵⁸¹ CORTE IDH. **Caso García Lucero y otras vs. Chile**. Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 267.

¹⁵⁸² *Ibid.*, párrafos 233, 244, 246.

do Rio Cacarica pela ação de grupos paramilitares no contexto dos conflitos internos ocorridos nos anos 90.¹⁵⁸³ Essas comunidades foram alvo de prisões arbitrárias, torturas e desaparecimento forçado durante a denominada “Operação Gênese”, desempenhada com o apoio das forças armadas a fim de identificar e aniquilar grupos vinculados às FARC. O Estado reconheceu parcialmente a responsabilidade internacional pelas violações apontadas e indicou seu programa interno de medidas reparatórias, demandando da Corte IDH sua deferência a fim de evitar uma condenação em novas práticas de reparação.

Nessa oportunidade, a Corte IDH definiu critérios para que programas como aqueles fossem considerados válidos a luz do Direito Internacional, reconhecendo que “*los programas administrativos de reparación constituyen una de las maneras legítimas de satisfacer el derecho a la reparación*”. Dentre os critérios assinalados, ressaltou em primeiro lugar sua legitimidade, notadamente a partir da consulta e participação das vítimas. Além disso, os programas deveriam ser adotados de boa-fé por parte dos envolvidos, focarem na inclusão social, proporem medidas pecuniárias razoáveis e proporcionais, fundamentar as indenizações por grupos familiares e não por indivíduos fornecendo parâmetros especiais em consideração à posição das mulheres, e estabelecer critérios de distribuição entre os membros das famílias que observem as ordens de sucessão. Finalmente, a sentença ainda ressaltou que critérios particulares precisariam ser elaborados para atender questões como propriedade coletiva da terra e outros meios de produção.¹⁵⁸⁴

Os critérios em questão deixam transparecer elementos materiais do ICCAL, como o foco material na inclusão social e uma preocupação constante com a legitimidade democrática. Além disso, um elemento sempre presente na análise dos atos estatais por parte da jurisdição supranacional – a proporcionalidade. Ainda, não se pode deixar de reconhecer a preocupação da Corte IDH com a satisfação dos direitos da vítima em consideração ao seu contexto de vida. Tendo observado que o *Plan Integral de Reparación Colectiva* gozava de legitimidade democrática (razão de segunda ordem) porque havia envolvido as comunidades atingidas bem como previa a realização de consulta prévia antes de definir planos concretos de ação, a Corte sentiu-se segura para ser deferente. A sentença mencionou expressamente o princípio da complementariedade para deixar de fixar novas medidas reparatórias a serem cumpridas pelo Estado. Bastaria que todas as vítimas reconhecidas na sentença fossem

¹⁵⁸³ CORTE IDH. **Caso de las Comunidades Afro-descendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270.

¹⁵⁸⁴ *Ibid.*, párrafo 470.

integradas ao programa de reparação doméstico para receber as devidas compensações.¹⁵⁸⁵

Esse relevante caso demonstra de forma inequívoca a deferência da Corte IDH para com mecanismos internos desenvolvidos pelos Estados a fim de promover a reparação integral de vítimas de graves violações de direitos humanos.¹⁵⁸⁶ O Estado consciente de sua responsabilidade por violações ocorridas por sua ação ou omissão demonstrara disponibilidade em cooperar com o sistema interamericano desenvolvendo padrões internos de reparação.¹⁵⁸⁷

Nesse sentido, muitos Estados têm desenvolvido também programas internos destinados à prestação de serviços de assistência à saúde física e mental das vítimas, o que também suscita a deferência por parte da Corte IDH que reconhece a possibilidade de as medidas reparatórias serem desenvolvidas em conformidade com os programas já existentes. É o que se verificou nos casos *Muelle Flores vs. Peru*, de 2019, *Omeara Carrascal e outros vs. Colômbia*, e *Terrones Silva e outros vs. Perú*, ambos de 2018, e *Yarce e outras vs. Colômbia*, de 2016.¹⁵⁸⁸ Recentemente, no caso *Hernández vs. Argentina* (2019), a Corte IDH valorou positivamente as medidas adotadas pelo Estado a fim de prevenir e remediar a contaminação de detentos por tuberculosos nos estabelecimentos prisionais, deixando de condenar o Estado a providências nesse sentido. Determinou, contudo, que o Estado desenhasse um programa de habilitação e treinamento dos agentes penitenciários para lidar com a doença, exercendo sua função complementar à atuação estatal.¹⁵⁸⁹

Verifica-se assim que uma vez presente a oportunidade para a Corte IDH realizar sua função fiscalizatória dos atos internos, ela não só reconhece as iniciativas estatais para o fim de deixar de condená-los a adotar novas medidas, como a partir daquelas existentes pode estabelecer outras, complementares. Mais além, pode estabelecer critérios gerais para servir de parâmetro para outros Estados e para outros programas domésticos de reparação como se verificou no caso “Operação Gênesis”, o qual acabou por se transformar em um precedente

¹⁵⁸⁵ CORTE IDH. **Caso de las Comunidades Afro-descendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270, párrafos 474-475.

¹⁵⁸⁶ Em casos contra a Colômbia a mesma deferência foi demonstrada nos casos *Massacre de Santo Domingo vs. Colombia*, parágrafo 336, e *Manuel Cepeda Vargas*, parágrafo 246.

¹⁵⁸⁷ Vale ressaltar que a Colômbia foi condenada ao todo por cinco “massacres”, de 2005 a 2012: *Mapiripán*, em 2005, *Pueblo Bello*, e *Ituango*, em 2006; *la Rochella*, em 2007; *Santo Domingo* em 2012.

¹⁵⁸⁸ CORTE IDH. **Caso Muelle Flores vs. Perú**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375; CORTE IDH. **Caso Omeara Carrascal y otros vs. Colombia**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2018. Serie C No. 368; CORTE IDH. **Caso Terrones Silva y otros vs. Perú**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C No. 360; CORTE IDH. **Caso Yarce y otras vs. Colombia**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C No. 325.

¹⁵⁸⁹ CORTE IDH. **Caso Hernández vs. Argentina**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C No. 395, párrafo 163.

passível de se comunicar a outros casos, e mesmo às cortes nacionais latino-americanas pela via dos diálogos judiciais.

Outro aspecto relevante da sentença proferida nesse caso foi o diálogo judicial cooperativo entabulado entre Corte IDH e a Corte Constitucional Colombiana. Como se depreende da nota de rodapé n. 750 da referida decisão, a Corte atestou que as indenizações administrativas por ela fixadas teriam levado em consideração uma sentença proferida pela Corte Constitucional da Colômbia para tratar das populações vítimas de deslocamento forçado:

[...] Además, las indemnizaciones administrativas a las que esta Corte hace referencia incluyeron la última interpretación dada por la Corte Constitucional colombiana, en su sentencia C-426 de 2013, respecto del artículo 132 de la Ley de Víctimas, en la cual determina que, para víctimas de desplazamiento forzado, la indemnización es adicional a los mecanismos señalados por el párrafo 3o del mismo artículo [...].¹⁵⁹⁰

Em que pese o referido diálogo judicial se encontrar referenciado em nota de rodapé e tratar mais especificamente do pagamento de indenizações pela via administrativa na Colômbia, ele é capaz de demonstrar uma importante abertura da Corte IDH às proposições das cortes nacionais.

No caso *Órdenes Guerra e outros vs. Chile*, de 2018, esse diálogo judicial fomentador da deferência ficou mais explícito. A responsabilidade do Estado do Chile fora reconhecida em virtude do rechaço pela Corte Constitucional de demandas judiciais propostas pelas vítimas a fim de buscarem indenização pelos danos morais decorrentes do sequestro ou detenção, desaparecimento e execução de seus familiares durante os primeiros anos da ditadura Pinochet. A fundamentação para as sentenças proferidas nos anos de 1999 e 2003 fora a aplicação da prescrição, mesmo que isso significasse deixar impunes crimes de lesa humanidade.¹⁵⁹¹ Na oportunidade de fixar as indenizações, a Corte IDH valorou positivamente o giro jurisprudencial havido na Corte Constitucional do Chile, que passou nos anos recentes a incorporar e aplicar os padrões interamericanos inclusive determinando ao Estado o pagamento de indenizações:

En este sentido, durante el trámite del caso ante la Comisión y la Corte, tanto el Estado como el representante hicieron referencia a diversos casos en que las Salas

¹⁵⁹⁰ CORTE IDH. **Caso de las Comunidades Afro-descendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270, nota 750. Significava reconhecer que a indenização a ser paga administrativamente às vítimas do deslocamento forçado por força da Lei de Vítimas da Colômbia deve ser combinada com os outros benefícios previstos na mesma lei, como “*subsídio integral de tierras*”, “*permuta de predios*”, dentre outros.

¹⁵⁹¹ CORTE IDH. **Caso Órdenes Guerra y otros vs. Chile**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2018. Serie C No. 372.

*Segunda y Tercera (Constitucional) de la Corte Suprema de Justicia de Chile habían acogido acciones civiles de reparación relacionadas con crímenes de lesa humanidad y había fijado indemnizaciones por perjuicios morales. [...] Por otra parte, según la información referida en el estudio de jurisprudencia presentado por el Estado, se observa por ejemplo que, en una serie de causas conocidas por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Chile entre los años 2007 y 2017, las personas condenadas y/o el Fisco de Chile habrían sido condenados a pagar montos indemnizatorios por concepto de perjuicios morales que oscilan entre los 30.000.000,00 (treinta millones) y 150.000.000,00 (ciento cincuenta millones) de Pesos chilenos, a favor de familiares de personas desaparecidas o ejecutadas. Destaca que, en general o en numerosos casos, la jurisprudencia nacional otorga los mismos montos indemnizatorios a cada uno de los familiares, independientemente del tipo de filiación de éstos con la víctima desaparecida o ejecutada.*¹⁵⁹²

Mais adiante, a Corte IDH observa que a própria Corte Constitucional já tivera oportunidade de se posicionar, em suas sentenças posteriores àquela que gerara o processo no plano supranacional, que para além das indenizações pagas administrativamente em virtude do plano doméstico de reparações instituído pela Lei n. 19.123, seria admissível a fixação de indenizações pela via judicial.¹⁵⁹³

Diante dessa realidade, a Corte IDH foi deferente aos “*criterios razonables y prudentiales de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia chilena adoptada en los últimos años en este tipo de casos*”, e fixou uma indenização em atenção aos valores costumeiramente definidos pela corte doméstica.¹⁵⁹⁴

Outro momento importante de deferência foi o reconhecimento pela Corte IDH de que a inflexão jurisprudencial adotada pela Corte Constitucional do Chile representava suficiente garantia de não repetição para prevenir novas violações de direitos humanos como aquelas em discussão no caso.¹⁵⁹⁵ A convergência da jurisdição nacional aos padrões interamericanos naquele mister foi determinante para a deferência.

Práticas como essa enfatizam a importância do reconhecimento dessas cortes como interlocutoras relevantes para o trabalho cooperativo de construção de *standards* interamericanos em direitos humanos, a partir de um diálogo vertical *bottom-up* que pode se estender a outras cortes constitucionais e servir de padrão para novas decisões da Corte IDH.

Finalmente, importa observar dois casos recentes envolvendo o México que implicaram uma ampla deferência da Corte IDH diante do reconhecimento da responsabilidade internacional pelo próprio Estado: Alvarado Espinoza e outros vs. México e Trueba Arciniega e outros vs. México. No primeiro, tratou-se do desaparecimento forçado das

¹⁵⁹² CORTE IDH. **Caso Órdenes Guerra y otros vs. Chile**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2018. Serie C No. 372, párrafo 121.

¹⁵⁹³ *Ibid.*, párrafo 123.

¹⁵⁹⁴ *Ibid.*, párrafo 124.

¹⁵⁹⁵ *Ibid.*, párrafo 134, 136.

vítimas Nitza Paola Alvarado Espinoza, José Ángel Alvarado e Rocio Irene Alvarado Reyes no contexto da implementação da Operação Conjunto Chihuahua e combate ao crime organizado, pelas mãos das forças armadas mexicanas. A Corte IDH valorizou positivamente a publicação da *Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición Cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas* no México, assim como a capacitação dos agentes estatais.¹⁵⁹⁶ Contudo, a sentença não chegou a realizar um exame acerca da compatibilidade das medidas adotadas e os critérios lançados em sentenças anteriores. No segundo, a Corte IDH referendou uma solução amistosa a que chegaram as partes, com o reconhecimento da responsabilidade do Estado e a fixação de diversas medidas de reparação como revisão dos casos penais conduzidos em desconformidade com a Convenção Americana, prestação de serviços de atenção médica e psicológica, pagamento de indenizações e treinamento de pessoal.¹⁵⁹⁷ Diante do comprometimento integral do Estado Mexicano com os padrões definidos pelo *corpus iuris* interamericano, a deferência foi integral.

5.2.2 A deferência possível na perspectiva do diálogo judicial cooperativo

Uma corte supranacional deferente é essencialmente uma corte que sabe ouvir. Está atenta ao ambiente plural que a cerca, está disposta a considerar diversas possibilidades interpretativas para as normas convencionais que deve aplicar, tendo em vista os diferentes contextos domésticos. No contexto do *Ius Constitutionale Commune* latino-americano, pensar a deferência implica reconhecer que a harmonização do pluralismo jurídico presente no sistema multinível não pode ser resolvida de forma autoritária e intransigente, mas deve considerar a possibilidade de alguma variação nos sentidos e no alcance das normas de direitos humanos quando aplicadas pelos Estados, a fim de compatibilizarem elementos particulares e identitários. Significa reconhecer que essa variedade é possível e valiosa (observados certos critérios e condições), e que dar espaço para interações discursivas no nível normativo ou jurisprudencial implica dar azo à cooperação no plano interno com vistas à promoção e à proteção dos direitos humanos. Mais além, implica valorizar as discussões, as disputas e as conquistas reveladas no plano interno dos Estados.

¹⁵⁹⁶ CORTE IDH. **Caso Alvarado Espinoza y otros vs. México**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 370, párrafos 320, 321, 326.

¹⁵⁹⁷ CORTE IDH. **Caso Trueba Arciniega y otros vs. México**. Sentencia de 27 de noviembre de 2018. Serie C No. 369.

A deferência ao pluralismo, contudo, não significa puro e simples relativismo cultural.¹⁵⁹⁸ Tanto o sistema global quanto os sistemas regionais de direitos criaram mecanismos jurídicos que permitem um ambiente multicultural no qual direitos podem ser manejados para combater a opressão e o abuso. Na medida em que as normas de direitos humanos podem combinar múltiplos sentidos culturais, esses sistemas devem assumir uma identidade liberal que suporta a divergência.¹⁵⁹⁹ Mas não toda divergência.

Afinal, não se pode perder de vista o contexto do *Ius Constitutionale Commune* latino-americano. Esta moldura se estrutura a partir de um denominador comum em direitos humanos proposto a partir da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a jurisprudência que sobre ela e demais tratados interamericanos se produziu, bem como um vetor material dirigido à promoção da inclusão social e redução das desigualdades. Este desenho não é compatível com todo e qualquer pluralismo, de modo que uma gama significativa de possibilidades se reduz de plano. Como ressaltou Delmas-Marty, nem toda interpretação das normas de direitos humanos é compatível com o sistema supranacional de direitos humanos¹⁶⁰⁰, o que freia pretensões relativistas radicais. A integração das ordens jurídicas favorecida pelo processo de harmonização é orientada por princípios como a subsidiariedade em sentido cooperativo, propiciando uma interconexão entre os níveis supranacional e nacional que gera legitimidade e coíbe excessos. O relativismo cultural não dialoga com uma estrutura jurídica multinível em que uma corte supranacional tenha a prerrogativa de realizar o controle de convencionalidade nos moldes praticados pela Corte IDH.

Ainda, deferência não significa abandonar ou enfraquecer a função transformadora da Corte IDH. Na medida em que as sentenças e opiniões consultivas têm o potencial de desencadear mudanças nas estruturas internas que geram violações a direitos humanos, em respeito aos compromissos constitucionais e convencionais dos Estados, elas também devem estar atentas a mudanças que podem brotar diretamente dos debates políticos internos – quem sabe instigados ou fortalecidos pela atuação da jurisdição supranacional. Os exemplos dos programas de reparação para os casos de direitos humanos violados em contextos de conflito armado ou ditaduras, elaborados por alguns Estados-membros do sistema em atenção às exigências de reparação integral das vítimas, corroboram para esta análise.

¹⁵⁹⁸ Como bem observara Kymlicka, o direito internacional dos direitos humanos, num sentido geral, visa acomodar as singularidades a fim de promover uma noção mais ampla de dignidade da pessoa humana. KYMLICKA, Will. **Multicultural Citizenship**. New York: Oxford University Press, 1998, p. 9.

¹⁵⁹⁹ KYMLICKA, Will. **Multicultural Citizenship**. New York: Oxford University Press, 1998, p. 75.

¹⁶⁰⁰ DELMAS-MARTY, Mireille. Ordering Pluralism. **Max Weber Lecture Series 2009/06**. European University Institute, Florence, p. 3.

Em vista do quanto foi exposto, uma proposta de deferência para o ICCAL não se resume à incorporação da margem de apreciação mas deve ler as possibilidades lançadas pelo sistema normativo em questão, ou seja, as normas da Convenção Americana de Direitos Humanos e a produção jurisprudencial elaborada pela Corte IDH, mediadas pela proposta material de inclusão social e combate às desigualdades. Resta observar que critérios se poderia apresentar para a deferência da Corte IDH em relação a práticas adotadas nos Estados relacionadas aos demais direitos inscritos na Convenção Americana.

Depreende-se da análise dos casos em que a Corte IDH tratou do tema que a deferência não é uma prática frequente. Pelo contrário, seu uso é calculado e pontual, reduzido a situações específicas e bem assinaladas, sempre preservada a função fiscalizatória supranacional a fim de verificar se as medidas adotadas pelos Estados de fato são consoantes ao *corpus iuris* interamericano. Considerando a divisão cooperativa de tarefas proposta para o ICCAL, a Corte IDH mantém a prerrogativa da atuação subsidiária e complementar a dos Estados com vistas à cooperação para a maior efetividade dos direitos humanos e atendimento das vítimas de eventuais violações.

A partir dos casos analisados nas seções anteriores, elaborou-se uma tabela para aqueles em que houve deferência na configuração ou restrição a direitos humanos. Ela indica o caso em análise, os direitos humanos em pauta, e os fundamentos apresentados pela Corte para reconhecer a possibilidade de deferência (ainda que a tenha considerado mas não reconhecido). A tabela encontra-se em apêndice para consulta. A seguir, apresenta-se a discussão sobre os critérios induzidos a partir dessa análise.

Quando se trata de definir o âmbito de proteção e o sentido das normas de direitos humanos, ou restringi-las, os primeiros critérios para a Corte reconhecer alguma deferência aos Estados se encontram assinalados nos artigos 30 e 32.2 da Convenção Americana.¹⁶⁰¹ Dessa forma, o primeiro passo para se cogitar de deferência a eventuais medidas restritivas criadas pelos Estados é que elas sejam previstas “leis¹⁶⁰² que tenham sido promulgadas por motivo de interesse geral e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas”. Como analisado na seção 5.2.1, é preciso observar que a legitimidade democrática de uma

¹⁶⁰¹ A norma equivalente na Convenção Europeia não enuncia tantas condições necessárias à restrição dos direitos humanos nela previstos. O artigo 17 assinala que nenhuma prática social pode visar destruir os direitos e liberdades ali elencados, e o artigo 18 enuncia que quaisquer restrições “só podem ser aplicadas para os fins que foram previstos”. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Conselho da Europa. **Convenio Europeo de Derechos Humanos**. Strasbourg. Disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf. Acceso en: 6 enero 2020.

¹⁶⁰² CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-6 de 9 de mayo de 1986**. La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Serie A No. 6. A Corte IDH enfatizou que o significado do termo “leis” que estaria prestes a fornecer seria aplicável para a interpretação de todas as normas convencionais em que a expressão estivesse relacionada a restrições a direitos humanos.

determinada lei restritiva ou conformadora de direitos humanos é mais que um fator externo que autoriza os Estados a adequarem as normas de direitos humanos a suas particularidades locais. É uma condição essencial para que essa atuação estatal se verifique, de modo que na ausência de uma lei em sentido formal e material, a Corte IDH sequer cogitará de reconhecer alguma discricionariedade ou autonomia aos Estados. Trata-se de uma condição ainda que admite graduação: quanto mais restritiva a medida, mais intensa deve ter sido a deliberação a seu respeito, com participação de todos os interessados, e mais condizente com o igual respeito a todos os cidadãos deve ter sido o seu resultado.

Ademais, essas restrições devem atender a fins legítimos segundo a CADH, ou seja, preservar “direitos dos demais, [...] segurança de todos e [...] justas exigências do bem comum, numa sociedade democrática”.¹⁶⁰³

Essas normas são propositadamente formadas por conceitos jurídicos indeterminados. Foi a evolução da jurisprudência interamericana que permitiu reconhecer um critério capaz de contribuir para a definição do seu sentido quando normas convencionais se chocam com outros direitos ou com interesses coletivos manifestados na esfera doméstica: o princípio da proporcionalidade. Especialmente a partir da Opinião Consultiva n. 5 de 1985, que tratou de possíveis restrições à liberdade de expressão, a Corte passou a exigir que elas fossem estritamente proporcionais ao fim almejado e atingissem da forma menos gravosa possível o direito humano a ser restringido:

*[...] Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo [...].*¹⁶⁰⁴

Mais tarde, no caso *Castañeda Gutman vs. México*, tratando de restrições aos direitos políticos, a Corte IDH explicitou que o elemento “necessidade em uma sociedade democrática” deveria ser aferido por três exames que traduzem exatamente os aspectos

¹⁶⁰³ Motivadas pelo interesse geral, o respeito aos direitos das outras pessoas, e as justas exigências do bem comum em uma sociedade democrática, sem contar bens jurídicos previstos nas normas específicas de direitos humanos, como moral e saúde pública. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convênio Americana Sobre Direitos Humanos**. San Jose, Costa Rica, 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 20 fev. 2019, artigos 30, 32.2, e 13.

¹⁶⁰⁴ CONTRERAS, Pablo. National Discretion and International Deference in the Restriction of Human Rights: A Comparison Between the Jurisprudence of the European and the Inter-American Court of Human Rights. **Northwestern Journal of International Human Rights**, vol. 11, issue 1, p. 28-83, 2012, p. 67. CORTE IDH. **Opinião Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985**. La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A No. 5.

essenciais que integram a verificação da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Segundo a sentença interamericana, uma medida restritiva será considerada válida se: “*a) satisfice una necesidad social imperiosa, esto es, está orientada a satisfacer un interés público imperativo; b) es la que restringe en menor grado el derecho protegido; y c) se ajusta estrechamente al logro del objetivo legítimo*”.¹⁶⁰⁵

Assim, os critérios jurídicos estabelecidos pela própria Convenção Americana para restrições ou conformações dos direitos humanos devem ser lidos com as lentes do princípio da proporcionalidade, inclusive a própria legitimidade democrática.

Mais além, outro critério foi enunciado pela Corte IDH na tentativa de pautar limites para o espaço de articulação dos Estados nas restrições aos direitos humanos: a essência do direito. Como se depreende do caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, as restrições aos direitos humanos não podem ser tão graves que acabem por comprometer o núcleo essencial do direito. No caso em comento, a configuração do crime de difamação pelas leis argentinas gerava um constrangimento tão grave para a liberdade de expressão que acabava por comprometer a própria liberdade de expressar opiniões e fornecer informações à sociedade.¹⁶⁰⁶

A Corte IDH não chegou a declarar de forma expressa sua adesão a uma teoria de restrições aos direitos humanos que permitisse deduzir com maior segurança se este núcleo essencial ao qual se refere seria relativo ou absoluto. As teorias que versam sobre o núcleo dos direitos foram desenvolvidas no âmbito constitucional, sendo que algumas constituições como a Alemã e a Portuguesa textualmente afirmam que as restrições aos direitos fundamentais não poderão atingir o seu núcleo essencial.¹⁶⁰⁷ Sua lógica, contudo, pode também informar o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Para os adeptos da teoria relativa, como Robert Alexy, Martin Borowski e Virgílio Afonso da Silva, o núcleo essencial de um direito será aquele resultante da ponderação entre o princípio que o prevê e outros princípios em colisão. Segundo esta concepção, não há um núcleo irreduzível e imutável dos direitos, mas sim uma essência fluida possível de ser modificada nas circunstâncias do caso concreto, tendo em vista que alguns direitos poderiam sofrer restrições tão gravosas em dadas circunstâncias, a fim de salvaguardar outros direitos,

¹⁶⁰⁵ CORTE IDH. **Caso Castañeda Gutman vs. México**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párrafo 186.

¹⁶⁰⁶ CORTE IDH. **Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párrafo 102.2, g.

¹⁶⁰⁷ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais: Efetividade Frente à Reserva do Possível**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2018, p. 171.

que seu núcleo seria praticamente anulado.¹⁶⁰⁸ No plano dos direitos humanos seria possível eventualmente reconhecer que o direito à vida, por exemplo, admite restrições praticamente totais como se depreende das normas convencionais que admitem a pena de morte em algumas circunstâncias.¹⁶⁰⁹

Em contrapartida, a teoria absoluta do núcleo essencial defende a existência de um núcleo intangível ao direito humano em questão. Esta concepção tem como adeptos Vieira de Andrade em Portugal e Suzana de Toledo Barros no Brasil. Se a teoria relativa pode ser considerada excessivamente maleável, esta encerra o perigo do engessamento e da arbitrariedade – afinal a quem seria dado delimitar o núcleo essencial dos direitos?¹⁶¹⁰

É possível inferir das decisões analisadas¹⁶¹¹ que a Corte IDH se reportou à essência dos direitos, ou ao núcleo essencial, parecendo admitir a existência de um espaço irreduzível que não estaria a disposição nem do intérprete interno, nem dela própria. A dificuldade, por certo, reside precisamente na definição deste núcleo. As sentenças interamericanas voltadas para a análise de normas ou práticas domésticas restritivas admitem que os Estados legislem sobre aspectos periféricos da definição dos direitos humanos mas não atinjam seu núcleo, sua essência. Não existe, contudo, uma definição apriorística do seu conteúdo. Seu contorno parece ser dedutível dos casos concretos em que a norma convencional correspondente é aplicada. A Corte IDH adotou interpretações evolutivas das normas da Convenção Americana em diversas oportunidades, o que leva à compreensão de que esse núcleo essencial dos direitos humanos tem natureza incremental. No caso da aplicação da deferência, a jurisprudência analisada permite observar que a Corte IDH não está disposta a ser deferente com medidas estatais restritivas que atinjam um núcleo essencial do direito humano em questão, anulando-o completamente. Não obstante, a abrangência deste núcleo e a extensão da latitude concedida aos Estados para eventuais restrições necessárias só podem ser definidas no caso concreto, após uma análise cuidadosa e fundamentada das circunstâncias e do contexto que envolve a aplicação das normas convencionais.

Assim, num primeiro momento, é preciso reconhecer que quando a possibilidade de deferência se dirige a uma medida nacional conformadora ou restritiva de direitos humanos,

¹⁶⁰⁸ *Ibid.*, p. 173-174.

¹⁶⁰⁹ Tanto que Delmas-Marty não o considera como elemento essencial de um direito comum em direitos humanos. DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 297-298.

¹⁶¹⁰ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais: Efetividade Frente à Reserva do Possível**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2018, p. 176-177.

¹⁶¹¹ CORTE IDH. **Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107. CORTE IDH. **Caso Barreto Leiva vs. Venezuela**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C n. 206.

ela deve necessariamente observar os requisitos fixados na Convenção Americana, notadamente nos artigos 30 e 32.2. Essa análise se realiza essencialmente pelo exame da proporcionalidade e da preservação da essência do direito a ser conformado ou restringido.

É o que se depreende das Opiniões Consultivas n. 4 de 1984, sobre os critérios de naturalização na Costa Rica, e n. 18 de 2003, sobre os direitos dos migrantes indocumentados. Ainda, observando os casos contenciosos *Yatama vs. Nicarágua*, *Castañeda Gutman vs. México*, *Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador* e *Barreto Leiva vs. Venezuela*, verificou-se o condicionamento da deferência à análise da presença dos requisitos convencionais e jurisprudenciais para as restrições.

Significa, portanto, que normas estatais que impliquem um tratamento diferenciado entre os grupos sociais, e/ou resultem em restrições aos direitos humanos deverão necessariamente ser previstas em lei dotada de qualidade democrática, perseguirem um fim legítimo reconhecido convencionalmente e observar exigências justas necessárias ao bem comum em uma sociedade democrática. Devem ser adequadas ao fim a que se propõem, minimamente gravosas aos direitos humanos que atingem e estritamente proporcionais ao bem jurídico que perseguem. Nessa toada, as restrições não podem ser gravosas a ponto de comprometer a dignidade dos titulares, seus meios de sobrevivência, atingindo o núcleo essencial de seus direitos. Se presentes esses requisitos, a Corte IDH pode considerar favoravelmente a possibilidade de ser deferente aos Estados.¹⁶¹²

É a partir desse ponto que se podem considerar a ausência do consenso entre os Estados ou a maior perícia dos agentes estatais. No sistema interamericano, legitimidade democrática da medida e proporcionalidade são pontos de partida para se pensar a deferência.

Outro aspecto relevante diz respeito ao condicionamento do reconhecimento de deferência em favor dos Estados a temas que não foram especificamente abordados pela Corte, ou que não estejam rigorosamente disciplinados na Convenção Americana. A Corte IDH demonstra maior disposição à deferência no caso dos vazios deixados pelo *corpus iuris* interamericano. É o que se verificou no caso da vedação às candidaturas avulsas na legislação mexicana, analisada no caso *Castañeda Gutman*.¹⁶¹³ A Convenção Americana não proibia prontamente aquela restrição, que deveria, contudo, ser compatível com os artigos 30 e 32.2. Se comparado esse caso com o caso *Yatama*, em que a subsidiariedade se manifestou na

¹⁶¹² Nesse mesmo sentido já se posicionara FOLLESDALL, Andreas. Exporting the margin of appreciation: Lessons for the Inter-American Court of Human Rights. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, issue 2, 1 april 2017, p. 359-371, p. 369.

¹⁶¹³ CORTE IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184.

dimensão positiva para responsabilizar o Estado por alijar do processo eleitoral uma organização política de indígenas, verifica-se não só as diferenças circunstanciais e contextuais para a aplicação da norma convencional do artigo 23 da CADH, como o silêncio desta norma sobre esta circunstância específica, deixando portanto um vazio que poderia ser preenchido pelos Estados. Contudo, para preencher esse vazio, além da exigência de uma lei, seria necessário que ela buscasse um fim legítimo e, sendo adequada a este fim, não fosse excessivamente gravosa aos direitos humanos atingidos.

O mesmo raciocínio se aplica aos casos Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador, e Barreto Leiva vs. Venezuela, em que as sentenças reconheceram que a regulação dos recursos ou das hipóteses de cabimento das prisões cautelares poderia ser feita pelos Estados, segundo suas particularidades. Finalmente, o mesmo raciocínio foi empregado na Opinião Consultiva n. 25, sobre o asilo, em que a Corte IDH reconheceu a ausência de tratamento convencional para o tema dos asilos diplomáticos, deixando aos Estados a prerrogativa de tratar da matéria.

A partir da constatação dos vazios normativos na esfera supranacional passam a incidir dois fundamentos absolutamente intrincados: a ausência de consenso entre os Estados a respeito da matéria, e a preservação do pluralismo como um bem jurídico importante, a ser valorizado na medida em que permite que os Estados façam a adequação dos seus sistemas jurídicos com as normas convencionais, propositadamente abertas em sua textura normativa. A Corte IDH reconheceu em algumas oportunidades a autonomia (por vezes mencionou soberania) dos Estados para dar tratamentos específicos a certas temáticas, segundo seus contextos socioculturais, políticos e econômicos em diversas oportunidades.¹⁶¹⁴ Nesse sentido, a ausência de consenso sobre determinada matéria no sistema interamericano é reconhecida a partir da constatação da importância de se preservar o pluralismo como uma margem para atuação dos Estados em atenção a suas particularidades. Todavia, esses dois elementos se encontram condicionados à ausência de uma regulação específica no *corpus iuris* interamericano, ou seja, à falta de norma ou decisão da Corte IDH a respeito.

Com essa percepção, resta fortalecida a força obrigatória das decisões interamericanas abordada no terceiro capítulo, de modo que os temas tratados pela Corte, seja em sentenças

¹⁶¹⁴ CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984**. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Serie A n. 4; CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018**. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A No. 25; CORTE IDH. **Caso Castañeda Gutman vs. México**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, entre otros, conforme Apêndice A – Quadro de Decisões.

proferidas em casos contenciosos, seja pela via consultiva, passam a estar acobertados pela *res interpretata* devendo ser considerados pelos Estados em todas as suas ramas de atuação, notadamente pelas cortes superiores. Não se nega, contudo, a possibilidade de a jurisdição nacional se afastar da posição adotada pela Corte IDH em função das particularidades contextuais domésticas, desde que demonstre a necessidade de tratamento diferente, como se verificou no caso Castañeda Gutman, em que o Estado do México promoveu o *distinguishing* em relação ao caso Yatama. Na perspectiva do ICCAL, agora reforçada pelos critérios apontados pela Corte para o reconhecimento da deferência, as decisões interamericanas devem ser consideradas pelos Estados nas temáticas específicas abordadas, ainda que seu teor não seja integralmente aplicado em face de razões particulares devidamente fundamentadas para tanto.

Diante do exposto, algumas considerações são necessárias a fim de se firmar uma posição acerca da deferência compatível com o ICCAL.

A um, que o sistema interamericano é compatível com uma doutrina de deferência mesmo para a definição dos direitos humanos, ou para a possibilidade de sua restrição quando estão em jogo particularidades domésticas essenciais para o pluralismo, para a preservação das identidades de cada grupo social. O âmbito da deferência nesse panorama é, contudo, reduzido e envolto em uma série de condições importantes, a começar pelos fatores enunciados nos artigos 30 e 32.2. Para além deles, via de regra, a deferência só se manifesta no silêncio do *corpus iuris* interamericano, em virtude da necessidade de o Estado regular a matéria segundo suas particularidades domésticas, as quais encontram eco na falta de consenso entre os demais Estados-membros do sistema. Nessa equação, as particularidades a que o Estado demanda atenção não podem atingir de forma desproporcional os direitos humanos de grupos vulneráveis ou endossar mecanismos que as retirem do processo democrático.

A dois, mesmo diante de uma construção jurisprudencial em um determinado sentido, seria possível cogitar de um espaço (exíguo) para a divergência dos Estados sem que a dimensão do controle interviesse. Seria o caso de estarem presentes condições particulares daquele Estado, manifestas e razoáveis, que justificariam um tratamento jurídico diferente para a mesma matéria. Nesses casos de contrariedade ao que fora já regulado, para além de o Estado demonstrar o necessário *distinguishing*, deve se elevar o peso dos demais fatores como o grau de legitimidade democrática da medida (não só no processo deliberativo de sua elaboração como no conteúdo prescrito) e sua proporcionalidade (adequação da medida a um objetivo convencionalmente legítimo; menor gravosidade para os direitos atingidos, estrita

proporcionalidade entre a proteção gerada para a particularidade importante e a restrição aos direitos).

Com essa perspectiva, protegem-se tratamentos jurídicos diferentes a certas matérias desde que necessários a preservar o pluralismo jurídico e observadas as demais condições. Existe espaço, portanto, para a Corte IDH se conter em dadas circunstâncias.

A três, se os vazios normativos indicam a possibilidade de deferência, a perspectiva incremental de proteção dos direitos humanos não deve desencadear um afã regulador excessivo e muito menos unilateral por parte da Corte IDH. Ela não precisa abandonar seu papel transformador nesses vazios normativos, mas pode eventualmente dar espaço para a atuação dos Estados para que eles cumpram, por suas próprias ações, os compromissos constitucionais e convencionais assumidos. Dentro dos silêncios da regulação convencional, podem existir divergências nas interpretações realizadas pelos Estados, as quais podem se comunicar pelos diálogos judiciais.¹⁶¹⁵ As razões de decidir seguidas por uma corte constitucional que se veja obrigada a decidir sobre a matéria podem, inclusive, comunicar-se com outras cortes constitucionais, por um diálogo horizontal capaz de impulsionar reflexões no plano nacional. Cabe à Corte IDH tão somente supervisionar esses processos e analisar eventuais alegações de violação a direitos humanos. Como já se teve oportunidade de afirmar no terceiro capítulo, os precedentes lançados pela Corte IDH devem ser considerados pelas jurisdições domésticas, mas as circunstâncias particulares de cada caso podem determinar uma divergência e o afastamento da posição adotada no plano supranacional.

Sabe-se que a Convenção Americana é instrumento vivo a depender de contínua e constante interpretação atualizadora, capaz de fazer frente aos novos desafios que violações aos direitos humanos revelam. A questão é que os silêncios convidam ao diálogo, e não à palestra. A partir da observância das interpretações e aberturas reconhecidas por cortes domésticas, que podem inclusive convalidar autênticas manifestações democráticas dos Estados, a Corte IDH pode construir novos *standards* em direitos humanos que sejam fruto de uma empreitada comum, e nessa toada, mais legítimos.

A quatro, em momento algum a proposta de deferência visa elidir a supervisão da Corte IDH a respeito das práticas nacionais ou o exercício do controle de convencionalidade. Não há um “direito a deferência” por parte dos Estados, pois a função fiscalizatória da Corte a fim de aquilatar o cumprimento dos compromissos livremente assumidos pelos Estados estará

¹⁶¹⁵ É o caso das candidaturas avulsas, por exemplo. É salutar que não haja um desenho institucional determinado pela jurisdição supranacional, deixando espaço para que os Estados reflitam sobre essa possibilidade segundo suas realidades históricas, sociais, políticas e econômicas.

sempre presente. Essa é a lógica da subsidiariedade em sentido cooperativo: cada nível do sistema, segundo seu plexo de competências, deve atuar a fim de promover o cumprimento das normas de direitos humanos.

Nessa linha, é importante ressaltar a contribuição do diálogo judicial cooperativo no caso da deferência para a construção dos sentidos em direitos humanos. Por meio dele, são comunicadas as divergências na regulação de uma determinada matéria pelas diversas jurisdições latino-americanas, fornecendo razões a serem apreciadas pela Corte IDH seja para construir *standards* comuns – hipótese em que não será deferente, e estes *standards* serão mais legítimos; seja para preservar as diferenças em consideração às identidades presentes nos Estados, praticando autocontenção. Essa prática se verificou quando a Corte IDH analisou os diversos desenhos institucionais dos processos de *impeachment*, que variam de Estado a Estado. Ou ainda, no caso da exigência de filiação a partido político como condição de elegibilidade. Essas variações podem e devem ser preservadas, pois são uma resposta social e histórica à organização política de uma sociedade.

Passando-se a analisar os casos de deferência na fixação dos remédios destinados à reparação integral, é necessário observar que o vetor que orienta a atuação da Corte IDH é formado pela satisfação das vítimas e garantias de não repetição. Identificada a causa para responsabilização do Estado no plano regional, é precisamente no momento de definir as reparações que a Corte busca ir além da composição do caso sob exame para fomentar mudanças estruturais no Estado condenado, buscando prevenir novas violações da mesma natureza.

Essa pretensão transformadora costuma justificar uma atuação mais incisiva da Corte IDH, de resto como sua jurisprudência demonstrou especialmente a partir do final da década de 90. Mesmo assim, como os casos de deferência demonstraram, a perspectiva transformadora não se perde nem arrefece com uma atuação supranacional deferente às iniciativas domésticas, mas pelo contrário se fortalece, evidenciando que as transformações podem ser mais efetivas se brotarem da cooperação entre os diversos níveis do sistema.

Um dos principais fundamentos para a deferência da Corte IDH em relação aos Estados é a existência de uma estrutura institucional interna capaz de efetivamente realizar a reparação integral, como se verificou nos casos dos programas domésticos de reparação. Estados como Colômbia, Chile, Guatemala e México compreenderam a necessidade de criar políticas públicas de forma organizada e efetiva para a indenização e compensação das vítimas de graves violações de direitos humanos. No caso brasileiro houve uma lei de reparações que se esgotou no modelo indenizatório (Lei n. 9.140 de 1995) mas que, mesmo

assim, foi relevante para a deferência da Corte na fixação das indenizações no caso *Gomes Lund e outros*, de 2010. O emprego desses programas foi determinante em casos como *Massacres de Rio Negro vs. Guatemala*, *Garcia Lucero vs. Chile*, *Manuel Cepeda Vargas*, *Massacre de Santo Domingo* e *Operação Genesis*, todos vs. Colômbia.

É certo que para que haja deferência no tocante à determinação das reparações não basta a existência do programa em si. Em primeiro lugar, os programas devem definir ações compensatórias e indenizatórias pertinentes às violações de direitos humanos reconhecidas nas sentenças, de modo que não bastaria que se tratasse de um plano genérico, mas ele deve trazer na sua configuração dados que permitam identificar a real intenção do Estado em atender as vítimas. Essa exigência se coaduna com a expectativa de boa-fé em relação aos compromissos estatais, de modo que a Corte IDH demanda do Estado atos conscientemente dirigidos à satisfação das vítimas de violações de direitos humanos.

Mais além, como se depreende do caso *Operação Genesis*, a deferência supranacional a esses programas estaria condicionada a condições bastante específicas: legitimidade democrática, compromisso com inclusão social, definição de indenizações adequadas e razoáveis, e atentas às circunstâncias particulares de cada caso.¹⁶¹⁶ Esse é um roteiro válido a ser observado pelos Estados a fim de orientar as práticas internas. Respeitados os critérios mínimos traçados pelas sentenças interamericanas – que sempre englobam medidas de satisfação, não repetição e indenização – podem os Estados criar programas internos que visem prevenir e reparar violações a direitos humanos.

Nessa seara, dois fatores assumem especial importância a fim de fundamentar uma prática deferente por parte da Corte IDH no caso dos remédios: a legitimidade democrática do programa e a proporcionalidade das medidas adotadas. Para que a deferência da Corte IDH não implique um enfraquecimento da proteção às vítimas de violações de direitos humanos, e ao mesmo passo permita que os Estados construam mecanismos de reparação condizentes com a sua realidade nacional, o aspecto democrático deve ser observado não só na elaboração formal do programa, como também na sua implementação. Devem ser especialmente valorizados programas domésticos de reparação que tenham sido elaborados a partir de ampla participação de agentes públicos internos, vítimas e demais interessados, de modo que seu delineamento seja fruto de um consenso possível. Para além disso, as medidas definidas devem ser proporcionais às perdas sofridas pelas vítimas, permitindo que elas tenham pleno

¹⁶¹⁶ CORTE IDH. *Caso de las Comunidades Afro-descendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270

acesso a bens e serviços que promovam sua reabilitação, assim como satisfação em termos de danos materiais e morais. Se o programa for democrático na sua elaboração e na sua aplicação, as chances de as medidas adotadas serem adequadas e pertinentes aumentam.

É evidente que a reparação de integrantes de comunidades indígenas forçosamente deslocadas, ou mesmo vítimas de torturas e execuções não será a mesma necessária à reparação de vítimas de violência em estabelecimentos prisionais, ou de funcionários indevidamente privados de seus cargos e salários. O campo das reparações é uma das marcas do ICCAL na medida em que veicula o potencial transformador necessário à proteção dos direitos humanos, de modo que a supervisão da jurisdição supranacional tende a ser cuidadosa. Mas existem aberturas possíveis – e necessárias. Esse potencial tende a produzir melhores resultados se advir do comprometimento direto dos Estados, por meio da criação democrática de programas adequados à reparação integral.

Contar com a participação dos Estados, portanto, não enfraquece o sistema, mas produz resultado diametralmente oposto. É nessa linha que o diálogo judicial é outro fundamento a ser considerado para a deferência na definição das reparações. Como visto no caso *Órdenez Guerra vs. Chile*, muitas vezes as cortes constitucionais domésticas fornecem uma jurisprudência sólida em termos de reparação a violações a direitos humanos. Pode a Corte IDH colher dessa fonte razões que fundamentam as medidas reparatórias, e critérios de definição de sua amplitude e alcance, para gerar condenações proporcionais, condizentes com a realidade estatal e legítimas.

Diante do exposto, parece seguro afirmar que o processo de amadurecimento do sistema interamericano e das propostas do ICCAL podem favorecer uma maior deferência da Corte IDH aos mecanismos de reparação integral propostos pelos Estados. Para tanto, a legitimidade democrática e a proporcionalidade voltam a ser elementos cruciais, tanto na elaboração quanto na implementação das medidas. Elas devem contar com ampla participação das partes interessadas de modo que medidas de satisfação, reabilitação, e garantias de não repetição sejam adequadas e proporcionais. Note-se que, na medida em que os Estados reconhecem sua responsabilidade por violações a direitos humanos, e discutem abertamente as soluções com as vítimas, passam a cooperar de forma mais efetiva com a promoção e proteção dos direitos humanos. Nessas hipóteses em que se manifesta um compromisso de boa-fé, o espaço para a deferência se manifesta.

Também na deferência em favor das práticas adotadas pelos Estados para remediar as violações a direitos humanos, sobre as quais assumem sua responsabilidade, o diálogo judicial cooperativo tem um papel a cumprir.

Em primeiro lugar, os juízes nacionais podem observar e incorporar em seus julgados, por meio de um diálogo judicial cooperativo, os padrões de reparação integral delineados nas sentenças interamericanas. Com essa prática, fornecem um substrato argumentativo de elevada autoridade que pode sugerir às autoridades estatais um maior nível de *compliance*. Foi o que ocorreu com a Corte Constitucional Chilena, que passou a afastar a aplicação da prescrição para as graves violações de direitos humanos ocorridas durante a ditadura militar e a condenar o Estado ao pagamento de indenizações por danos morais e materiais. No caso *García Lucero vs. Chile*, o Estado apresentou uma defesa a respeito do seu programa de reparação informando inclusive que as reparações praticadas pelas instituições chilenas já haviam sido valoradas positivamente no caso *Almonacid Arellano*. O Estado fez questão de enfatizar os progressos feitos desde então, o que evidencia a boa influência da sentença interamericana.¹⁶¹⁷

Em segundo, os casos de deferência aos planos domésticos de reparação reconhecidos pela Corte IDH, embora estejam envolvidos pelas circunstâncias concretas e particulares do caso – justamente a diversidade que precisa ser protegida pela deferência – também podem contribuir cooperativamente para o sistema lançando critérios ou regras gerais para esses programas. A partir da diversidade, a Corte IDH pode elaborar *standards* comuns em matéria de reparação a serem comunicados aos demais Estados pela via do diálogo judicial cooperativo. Esse *standard*, no lugar de ser repressivo, assume uma função premial: se os Estados criarem programas domésticos de reparação, para promover o pagamento de indenizações e a definição de mecanismos de reabilitação e não repetição, deveriam fazê-lo de forma condizente com aos critérios apontados pela Corte IDH. Esses programas se tornam motivos para a deferência. A atenção às sentenças interamericanas incentiva a organização institucional doméstica a elaborar planos de reparação a violações de direitos humanos e diminuir ou prevenir o encargo de futuras condenações. Ainda, na medida em que dentre os critérios para criação dos planos está a legitimidade democrática tanto em sua elaboração quanto implementação, o diálogo cooperativo que os indica contribui, em última análise, para o empoderamento das vítimas e o fortalecimento de mecanismos de controle democrático.

¹⁶¹⁷ CHILE. **Respuesta del Estado de Chile**. Al escrito de la Comisión que remite el Informe N° 23/11, y al escrito de Solicitudes, Argumentos y Pruebas de los representantes de don Leopoldo García Lucero, en el Caso N° 12.519 (*García Lucero y otros vs. Chile*), seguido ante la Ilustrísima Corte Interamericana de Derechos Humanos. 5 de abril de 2012, p. 223. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/garcia_lucero_y_otros_cl/contest.pdf. Acceso en 19 ene. 2020.

Para os juízes, essa perspectiva demanda uma boa dose de engajamento, tal como sugerido por Vicki Jackson¹⁶¹⁸, já que o diálogo judicial cooperativo não pressupõe uma concordância automática entre as jurisdições para que os compromissos constitucionais e convencionais sejam atingidos. Como mencionado no terceiro capítulo, cortes nacionais não funcionam apenas como “caixa de ressonância” das sentenças interamericanas, já que interpretação e aplicação de direitos humanos devem se compatibilizar com o pluralismo a ser harmonizado, não dissolvido. A partir do momento em que os Estados aderem à Convenção Americana, posicionam-se em uma sala de estar cujos convidados devem se comportar em observância a certas regras básicas de convivência. Ao reconhecerem a jurisdição supranacional da Corte IDH, nela devem admitir um importante interlocutor – aquele que não pode ser simplesmente negligenciado, mas com quem se deve dialogar de forma cooperativa a fim de realizar um fim comum.

Dessa forma, o diálogo judicial cooperativo contribui tanto para a elaboração de *standards* comuns e a harmonização do sistema em torno de um tecido normativo e jurisprudencial fundamental, como também para a comunicação das diferenças e particularidades inerentes ao pluralismo. Nessa perspectiva, o ICCAL se torna um projeto comum mais aberto, dinâmico e legítimo.

¹⁶¹⁸ JACKSON, Vicki C. Transnational Challenges to Constitutional Law: Convergence, Resistance, Engagement. **Federal Law Review**, v. 35, issue 2, 2007. Available at: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/FedLawRw/2007/7.html>. Access in: Jan. 10, 2020.

6 CONCLUSÃO

A harmonização é a solução que se propõe para ordenar o pluralismo o jurídico presente na América Latina. Nele, normas de direitos humanos transitam transversalmente por constituições abertas ao plano jurídico regional em uma simbiose com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos que, por sua vez, exerce o papel de denominador comum em torno do qual também gravitam outros tratados regionais de direitos humanos. O *Ius Constitutionale Commune* que se forma a partir dessa imbricada relação normativa carrega uma proposta de enfrentamento das deficiências estruturais que entravam a plena realização da democracia, dos direitos humanos e do Estado de Direito.

Esse *Ius Commune* tem como intérpretes os órgãos supranacionais, agentes internos e sociedade civil. Se sua operacionalidade encontra na atuação dos juízes um alicerce importante, formando uma jurisprudência que enriquece os sentidos das normas constitucionais e convencionais, ela não pode perder de vista todos os envolvidos nas relações de promoção e proteção dos direitos humanos. As pessoas e os povos latino-americanos são, em primeira e última análise, a razão de ser da atividade jurisdicional que se desenvolve nos diversos níveis do sistema.

Como direito comum, o *Ius Constitutionale* deve ser acessível a todas essas pessoas e povos, proposto e compartilhado a partir de premissas consideradas válidas e valiosas pelos seus interlocutores e não imposto vertical e autoritariamente por uma comunidade de doutos.¹⁶¹⁹ Cabe ao *Ius Constitutionale Commune* latino-americano corresponder a um direito capaz de ordenar de forma coerente e legítima o pluralismo jurídico assim como “pensar o múltiplo”.¹⁶²⁰ As diversas cores e formas que configuram a realidade plural latino-americana são em si um valor e uma premissa democrática que deve orientar a convivência dos povos. O pluralismo emerge das diferentes histórias que cada sociedade percorreu e percorre, e lhe garante a autonomia necessária para aprender com seus erros e sucessos, traçar seu destino.

A base filosófica para este pluralismo tem um sentido moral que reconhece em cada sujeito um titular de igual respeito, assim como um sentido político que conclama os povos a decidir pelo reconhecimento e valorização da diferença. A harmonização dos distintos sistemas jurídicos emergentes destas decisões políticas não poderá se despregar da premissa

¹⁶¹⁹ DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

¹⁶²⁰ *Ibid.*, p. 111.

do igual respeito entre os sujeitos e entre os povos, afastando toda e qualquer pretensão totalitária e unidirecional, toda e qualquer proposta que minimamente dê suporte à violência.

Para tanto, a perspectiva harmonizadora deve estabelecer um terreno jurídico formado por *standards* comuns fundados na linguagem dos direitos humanos, no qual as diferenças possam coexistir dentro de certas margens. Nelas, abre-se um espaço para que os interlocutores tragam suas contribuições, em atenção às suas necessidades específicas. Esse espaço se materializa na figura da deferência. Como restou demonstrado, a harmonização do pluralismo exige um trânsito dinâmico entre padrões comuns de direitos humanos fundados no igual respeito e deferência às manifestações plurais da vida em sociedade. Os primeiros devem servir de parâmetro e baliza para construções de políticas públicas, leis e decisões judiciais no âmbito interno, bem como orientar as funções de controle e cooperação exercidas por órgãos supranacionais. A última deve ser veículo para o respeito às diferenças, desde que embasada em elementos coerentes e racionais.

Nesse ambiente naturalmente tensionado entre os padrões que permitem a convivência e as identidades plurais que almejam espaço, o diálogo se apresenta como uma chave de solução, como a alternativa ao choque e ao embate.

Assim, a construção dos padrões comuns deve brotar do diálogo com a sociedade, com as instituições internas e, considerando que esses padrões provêm da produção jurisprudencial da Corte IDH, assume especial relevância o diálogo que ela mantém com as jurisdições domésticas.

Conforme assentado no primeiro capítulo, os diálogos judiciais são trocas espontâneas e transfronteiriças de argumentos e razões de decidir entre jurisdições, tendo por objeto a interpretação e aplicação de normas de direitos humanos. Trata-se de uma prática já difundida globalmente que aproxima e interrelaciona as diversas jurisdições, tanto no âmbito internacional quanto nos âmbitos nacionais. A fim de enfrentar padrões de violência ou violação de direitos humanos, os diálogos judiciais permitem uma troca de experiências de uma rede de juizes, como observado por Slaughter, com potencial para instrumentalizar o aprendizado mútuo e identificar soluções concomitantemente harmônicas e plurais.

É certo que os diálogos judiciais não se desenvolvem com a mesma intensidade entre as distintas e distantes jurisdições, havendo algumas mais convergentes em suas posições, e outras resistentes mais apegadas a quimeras de uma soberania estatal absoluta na interpretação das normas jurídicas que gradativamente se esmorece na mundialização. O equilíbrio é o objetivo utópico que motiva o caminhar, e nessa direção trafegam diálogos judiciais engajados que permitem ponderar exceções plurais e *standards* comuns.

No caso do sistema interamericano, eles assumem um caráter vinculado em virtude do compromisso comum assumido pelos Estados quando da adesão ao sistema e, especialmente, em razão do reconhecimento da jurisdição supranacional exercida pela Corte IDH. A interação entre os níveis nacional e supranacional deve se orientar pelo princípio da subsidiariedade em sentido cooperativo, em que as competências de cada nível são preservadas mas seu exercício não pode se descuidar do objetivo comum de realização dos direitos humanos. Quando associado à dinâmica dos diálogos judiciais, este princípio da subsidiariedade revela uma interação contínua e alternada entre ‘falar’ e ‘ouvir’. Essa dualidade se reflete no princípio da subsidiariedade que distribui tarefas no sistema multidimensional, com uma conotação cooperativa: a “fala” pode ser equiparada à dimensão positiva do princípio, em que a esfera regional exerce função de controle, complementar à estatal, orientando os Estados a proteger e promover direitos humanos, assim como determinado reparações dos danos decorrentes de suas violações; a “escuta” se materializa na deferência do plano regional à autonomia estatal, que exerce uma ‘liberdade vigiada’ para a adequação das obrigações sobre direitos humanos às particularidades nacionais.

Essa dualidade deve se realizar em um regime de cooperação, o qual se materializa na subsidiariedade em sentido cooperativo proposta por Iglesias Villa para o sistema europeu de direitos humanos, e nesta tese aplicada ao sistema regional interamericano. Nessa linha, a necessária colaboração entre os níveis do sistema não autoriza uma sobreposição funcional mas preserva a divisão cooperativa de trabalho, o que se verifica nas três manifestações do princípio da subsidiariedade identificados Samantha Besson, apresentados no segundo capítulo: subsidiariedade em sentido procedimental, material e remedial. Em cada uma delas há uma dimensão de controle e de deferência. No sistema interamericano, a subsidiariedade em sentido procedimental demanda que os recursos domésticos tenham sido esgotados a fim de sanar a violação aos direitos humanos, mas demanda que estes recursos internos respeitem os padrões de garantia processual previstos na própria Convenção. O sentido substancial ou material da subsidiariedade diz respeito à verificação da idoneidade dos atos domésticos à luz dos *standards* interamericanos. O grau de ingerência dos órgãos supranacionais, fornecendo diretrizes ou mesmo responsabilizando os Estados, será menor na medida em que os atos internos forem eficazes para proteger direitos humanos, ou se restrições domésticas forem devidamente justificadas. É nesta seara que o sistema europeu produziu a teoria da margem nacional de apreciação como manifestação de deferência, e o sistema interamericano elaborou a doutrina do controle de convencionalidade como manifestação de ingerência, o que evidencia diferenças importantes na própria estrutura lógica dos sistemas. Finalmente, a

subsidiariedade remedial revela a possibilidade de prevalência de remédios desenvolvidos no plano interno para conter e reparar violações a direitos humanos, devendo o plano supranacional entrar em ação sempre que os mecanismos domésticos se mostrarem insuficientes.

O diálogo judicial cooperativo proposto no segundo capítulo se torna um veículo dos discursos positivos e negativos desta modalidade de princípio da subsidiariedade adaptado aos sistemas regionais de direitos humanos. Na vertente vertical, este diálogo assume uma lógica coevolutiva que permite influências *bottom-up* e *top-down*, na modalidade horizontal orienta um regime de trocas discursivas cooperativas sobre os sentidos das normas que formam o *corpus iuris* interamericano, favorecendo o aprendizado de soluções jurídicas encontradas internamente por outros Estados, bem como permitindo expor e dialogar sobre divergências na interpretação dessas normas, em função de particularidades nacionais. Assim, esse diálogo judicial se orienta pela cooperação na construção de *standards* comuns assim como dá vazão para a discussão das divergências, representando assim uma via de mão dupla em que as dimensões do “ouvir” e “falar” se complementam.

Do ponto de vista da dimensão “discursiva” da atuação da Corte IDH como manifestação do caráter positivo da subsidiariedade em sentido cooperativo, o terceiro capítulo demonstrou que os diálogos judiciais na sua modalidade vertical passam a ser orientados pela autoridade persuasiva que emana das decisões da Corte – tanto em opiniões consultivas como em decisões proferidas em casos contenciosos. Estas manifestações exercem a função de *res judicata* obrigando as autoridades (inclusive jurisdicionais) do Estado parte do processo a adotarem condutas internas que materializem as obrigações firmadas nas sentenças, assim como *res interpretata* para todos os Estados integrantes do sistema, servindo de orientação a ser necessariamente considerada – ainda que não acatada – por seus agentes, inclusive suas respectivas jurisdições.

Esse maior grau de vinculação vem atrelado à força transformadora que informa o *Ius Constitutionale Commune*, de modo que os casos que chegam até as cortes supremas nacionais, ou à Corte IDH, representam oportunidades para impulsionar mudanças nas estruturas institucionais que desencadeiam ou encobrem violações a direitos humanos.

Os Estados latino-americanos têm um histórico comum de ditaduras militares violentas, de guerras civis manchadas por massacres, torturas e desaparecimento forçado. Com frequência suas estruturas institucionais são comandadas por líderes populistas que adotam medidas de concentração de poder e flexibilização de direitos. Esses Estados não venceram a profunda desigualdade que marca suas sociedades. Se os processos de

democratização desencadeados no final do século XX e início do século XXI em muitos casos permitiram avançar no enfrentamento desses desafios, modelando instituições para o respeito e a promoção dos direitos humanos, o contexto político atual evidencia que não há conquistas irreversíveis.

Como apontaram as revoltas ocorridas em 2019 em vários países, o recurso à violência é um fantasma que sói assombrar a realidade latino-americana, fazendo da população civil sua maior vítima. A democracia na América Latina, ao lado do respeito aos direitos humanos, é um projeto titubeante cujas raízes ainda não lograram alcançar terreno fértil e profundo. Nos últimos anos, os Estados latino-americanos contemplaram desde a eleição de líderes pouco afetos aos direitos humanos, aos princípios republicanos e democráticos, como no Brasil, até revoltas populares que podem conduzir à construção de um novo pacto constitucional, como no Chile. Dentro da unidade latino-americana, uma pluralidade ímpar. Nesse ambiente, jurisdições nacionais e supranacionais se entrelaçam para enfrentar os desafios inerentes à consolidação da cidadania, buscando impulsionar o respeito e a promoção aos direitos humanos de todas as pessoas.

A jurisprudência de muitas cortes nacionais nesses últimos anos permitiu verificar o desenvolvimento de um discurso comum de combate à violência e à impunidade, como nas decisões que relativizaram ou invalidaram as leis de anistia para se adaptarem às orientações das sentenças interamericanas. Se o Brasil representou um ponto fora da curva nesta matéria, engajou-se em outras situações como a preservação da liberdade de expressão dando voz à Opinião Consultiva n. 5. Dialogou com a Corte Constitucional Colombiana a fim de inaugurar no espaço jurídico interno a categoria do estado de coisas inconstitucional. No caso brasileiro, um regime de autêntica subsidiariedade cooperativa e integração ao *Ius Constitutionale Commune* são fins por alcançar. Um maior engajamento, como defendido nesta pesquisa, só terá a contribuir no controle dos retrocessos capitaneados por políticas desarticuladoras.

A Corte IDH, por sua vez, incorporou por meio de suas decisões uma elevada carga de responsabilidade: dar voz às vítimas que não encontram guarida nos sistemas nacionais, identificar violações de direitos humanos e responsabilizar os Estados. Ao fazê-lo, determina a realização de medidas que ultrapassam a indenização das vítimas para impulsionar verdadeiras reformas institucionais, capazes de mudar o quadro geral de violência que costuma marcar o continente. Esta prática se vê traduzida nas premissas do constitucionalismo transformador, abordado no terceiro capítulo, em que o processo de transição de realidades históricas opressoras de direitos humanos para um ambiente democrático e progressista

impele as autoridades jurisdicionais a cobrar dos Estados ações concretas que materializem seus compromissos constitucionais e convencionais.

Todas as constituições latino-americanas exigem do Estado um compromisso efetivo com a realização dos direitos humanos. Ao comparecerem no plano internacional para se engajar no projeto interamericano, estes Estados assumem um papel que não pode ser satisfeito por retóricas simbólicas. O constitucionalismo transformador, dotado de um profundo lastro no respeito ao Estado de Direito e nas instituições que lhe são inerentes, percebe as vantagens de que dispõem as jurisdições (domésticas ou supranacionais, guardados seus espectros competenciais) como agentes dotados de autoridade para cobrar ações efetivas. Ações materialmente focadas na transformação das velhas engrenagens que entravam a construção de um ambiente que favoreça a inclusão social, a democracia e o respeito aos direitos humanos. Em posição mais branda que a originalmente proposta por Karl Klare quando idealizou o constitucionalismo transformador, reconhece-se que o papel das jurisdições dos distintos níveis do sistema interamericano é impulsionar mudanças a serem discutidas com todos os setores da sociedade, inclusive fomentando processos deliberativos e promovendo direitos de inclusão social.

No exercício desse papel, o protagonismo assumido pela Corte IDH deve ser dialógico a fim de se encaixar na perspectiva da harmonização, ou seja, deve colher do diálogo com os Estados e com a sociedade o combustível e a legitimidade para orientar as mudanças necessárias. Nesse diapasão o diálogo judicial cooperativo tem um especial papel a cumprir.

No ambiente do ICCAL, esse diálogo demanda dos magistrados nacionais considerar as decisões supranacionais no processo de interpretação e construção das normas de direitos humanos quando os casos forem similares, tendo em vista o dever de compatibilizarem suas práticas internas ao sistema normativo supranacional, que materialmente lhe informa. O vetor material do ICCAL que exige um compromisso com direitos humanos, democracia e estado de direito deve ser considerado pelas cortes nacionais quando fundamentam suas decisões. Dessa forma, não só cooperam para uma solução coerente para os mesmos problemas jurídicos enfrentados como também, e fundamentalmente, cooperam para a efetividade do *corpus iuris* interamericano. O diálogo judicial cooperativo contribui para a implementação da pauta comum dos direitos humanos, ao mesmo tempo em que insere os juízes constitucionais em um ambiente dialógico, no qual além da oportunidade de ouvir devem ter a oportunidade de falar.

Nessa seara, o diálogo cooperativo implica também para a Corte o dever de considerar a produção jurisprudencial das cortes domésticas quando da análise da violação de direitos

humanos. Afinal, se todos os níveis jurisdicionais estão convidados a realizar o controle de convencionalidade, importa para a Corte IDH como essas normas são interpretadas nos planos domésticos. Na medida em que considera os fundamentos produzidos internamente, a Corte ganha em legitimidade na construção de seus precedentes e o sistema como um todo ganha coerência.

O diálogo judicial cooperativo levado a sério também pela Corte IDH permite que a perspectiva transformadora do ICCAL se realize de forma conjunta, de modo que as jurisdições possam trocar percepções a respeito das melhores respostas sobre violações a direitos humanos. Se o ICCAL é um projeto que oferece a inegável vantagem de buscar avançar na proteção dos direitos mesmo quando os Estados se mostram mais resistentes, também é verdade que muito dessa resistência vem das próprias cortes supremas dos Estados. Como visto, o Supremo Tribunal Federal brasileiro ainda não abraçou a proposta do ICCAL e se mostra reticente em muitas esferas em que o diálogo cooperativo teria muito a agregar. Votos mais recentes têm apontado para uma maior inserção desse tribunal no ambiente jurídico latino americano. Embora o panorama atual e futuro não seja nítido, as vantagens de um maior engajamento são claras: ele contribui para a independência jurisdicional no controle das práticas estatais danosas aos direitos humanos, viabiliza o acesso aos bons frutos das experiências latino-americanas bem como ensina a partir dos revezes e, ainda, insere os jurisdicionados em uma perspectiva de cidadania regional cosmopolita.

Se há cortes mais engajadas, há casos de resistência. Elevada à última potência, a resistência manifestada pela Sala Constitucional da Corte Suprema da Venezuela acabou endossando uma pretensão de um Executivo autocentrado: retirar-se do sistema. O pluralismo não saiu vencedor nessa tática, pois fecharam-se as portas para a coexistência com os demais sistemas, em prejuízo ao enriquecimento e fortalecimento que podem decorrer desse contato. Houve isolamento. O sistema interamericano convive com essa sombra pois como todo sistema supranacional de direitos humanos depende da adesão dos Estados. Os direitos humanos têm nas instituições domésticas o primeiro espaldar de proteção. É preciso pedagogicamente convidá-las a construir os caminhos para a proteção desses direitos, pois as soluções unilateralmente impostas podem se revelar contraproducentes.

O diálogo judicial cooperativo assim contribui para a formação e legitimação dos *standards* comuns em direitos humanos, essenciais à harmonização.

Entretanto, como visto, a harmonização pressupõe uma dose de deferência aos Estados, pois a riqueza de um pluralismo ordenado se alimenta precisamente das aberturas que o sistema deixa para que particularidades culturais, políticas, sociais e econômicas

tenham voz. Essa deferência, contudo, deve ser compreendida à luz das peculiaridades do sistema interamericano e da proposta transformadora do ICCAL, que não se compatibilizam com o mecanismo de deferência utilizado pelo sistema europeu, a margem de apreciação.

Como se demonstrou no segundo capítulo, a margem de apreciação foi uma doutrina desenvolvida pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos a fim de fazer frente aos diversos sistemas jurídicos europeus, de modo que no lugar de uma perspectiva unificadora, ele adotou medidas de auto-contenção em respeito a práticas domésticas relacionadas à interpretação e aplicação dos direitos humanos. Como ensina Andrew Legg, trata-se um critério hermenêutico de aplicação das normas convencionais que afasta sua incidência em casos concretos em virtude do maior peso de razões de segunda ordem. Tão somente quando presentes estas razões, poder-se-ia afastar a incidência de normas convencionais que determinariam a responsabilidade dos Estados pelo afetamento de direitos humanos. Seriam elas:

- (i) a falta de consenso entre os Estados a respeito de temas jurídica ou politicamente controversos, que autorizaria maior autonomia para interpretações divergentes. *A contrario sensu*, um maior consenso entre os Estados sugeriria uma uniformidade que autoriza maior controle por parte da Corte supranacional.
- (ii) maior perícia dos Estados para tratar de temas internos, em virtude de as autoridades estarem mais próximas da realidade a que se aplicam normas de direitos humanos
- (iii) a legitimidade democrática de leis que implicassem restrições ou interpretações diferenciadas das normas de direitos humanos.

Como demonstrou a análise de casos julgados pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, estes fatores de segunda ordem muitas vezes são combinados entre si nos processos de fundamentação, além de serem temperados em seu grau de influência na decisão pela aplicação da proporcionalidade. A margem de apreciação corresponde a um mecanismo que garante maleabilidade ao sistema europeu de direitos humanos, muitas vezes dando vazão ao pluralismo. Todavia, por vantajosa que seja esta flexibilidade, críticos como Gerald Letsas e Javier García Rocca observam que ela pode representar um mecanismo de política judiciária voltado para uma auto-contenção estratégica do Tribunal Europeu em algumas realidades sociais específicas, o que poderia prejudicar o sistema de direitos humanos.

Entretanto, a margem de apreciação não é uma carta em branco para que os Estados integrantes do sistema atuem segundo suas pautas particulares. Ela caminha ao lado da supervisão jurisdicional supranacional, pois nem toda divergência cabe na preservação do pluralismo. Especialmente pela combinação dos fatores de segunda ordem com o exame de

proporcionalidade o Tribunal Europeu busca se manter atento ao escrutínio dos atos praticados pelos Estados, orientando-os para a realização dos direitos humanos.

Diante desses elementos, a ausência de uma doutrina de deferência no sistema interamericano poderia sugerir a importação da margem de apreciação. Esta hipótese, contudo, precisou ser afastada no quarto capítulo. Se o ICCAL em sua perspectiva harmonizadora tem raízes em uma dimensão compatível com a deferência da Corte IDH, essa se acoberta de uma série de critérios que não cabem na doutrina da margem de apreciação proposta no plano europeu.

Em primeiro lugar, o desenho institucional do sistema deixa um espaço menor para a autonomia estatal. O compromisso convencional assumido pelos Estados de compatibilizar seu direito interno ao *corpus iuris* interamericano, performado pelo controle de convencionalidade tanto no plano interno quanto no plano externo, não se evidencia da mesma forma no modelo europeu.

Em segundo, toda aplicação de uma doutrina estrangeira deve passar por um cuidadoso exame de compatibilização. O contexto histórico e político latino-americano, muito diferente do europeu, ainda testemunha graves violações de direitos humanos, Estados pouco cooperativos e democracias fracas. Ainda que manifestações contrárias aos direitos humanos no âmbito político não gracem exclusivamente em território latino-americano, tendo em vista o avanço de regimes autoritários e populistas também em estados europeus como a Hungria, é preciso reconhecer que os Estados latino-americanos quase que em sua totalidade não dispõem de mecanismos institucionais fortes o suficiente para conter arroubos danosos à proteção dos direitos humanos.

Um terceiro fator que compromete a aplicação da doutrina da margem de apreciação no sistema interamericano, é a diferença estrutural desse sistema se comparado ao europeu. A Corte IDH tem uma estrutura enxuta formada por sete juízes, que recebem denúncias de violação de direitos humanos filtradas pela Comissão, em oposição às milhares de demandas que chegam ao TEDH. No sistema interamericano, cada caso é a oportunidade de enfrentar estruturas jurídico-políticas nacionais que geram pobreza, desigualdade e exclusão, para tanto contando com a participação direta das vítimas diretamente nos processos.

Finalmente, verificou-se a dificuldade em se transplantar os fatores de segunda ordem inerentes à margem de apreciação como ausência de consenso entre os Estados e maior perícia das autoridades internas para o sistema interamericano. No caso da ausência de consenso, para além das imprecisões inerentes à própria categorização de um consenso a respeito de dada matéria, verificou-se que a Corte IDH não reconhece a esse fator peso

suficiente para fundamentar sua autocontenção. Ademais, a Corte IDH justificadamente afasta o fator consenso quando em jogo direitos humanos de grupos vulneráveis. Em se tratando dos agentes internos, sua maior competência técnica para avaliar o contexto em que se materializam disputas sobre direitos humanos é em si controversa. A maior idoneidade destas autoridades pode ser prejudicada pela falta de solidez democrática dos Estados latino-americanos, com mecanismos de controle por vezes débeis. Ademais, quando há padrões sistemáticos de violações a direitos humanos, e não cooperação ou comprometimento dos Estados, o locus privilegiado das autoridades internas perde sua credibilidade.

O fator legitimidade democrática, por sua vez, não se esgota na proposta deliberativa das medidas estatais, mas deve envolver também um resultado democrático como proposto por Arango, ou respeitar manifestações da liberdade individual, como proposto pela democracia associativa de Dworkin. Apesar da importante troca argumentativa entre a Corte IDH e o TEDH para o enfrentamento de desafios comuns, em matéria de deferência mostrou-se necessário pensar uma proposta mais adequada à vocação transformadora do ICCAL.

Nesse sentido, os fundamentos propostos para a deferência supranacional em face de configuração ou restrição de direitos humanos estão primeiramente na própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos: as medidas internas devem decorrer de uma autêntica manifestação democrática nos Estados, serem veiculadas por lei, perseguirem fins legítimos agasalhados nas normas convencionais e serem necessárias à preservação do bem comum em uma sociedade democrática. Para se compreender tanto a adequação da medida ao fim legítimo como para aferir sua menor gravidade, a jurisprudência da Corte IDH recorre ao exame de proporcionalidade, e coloca como baliza a proteção à essência da norma de direito humano, num sentido variável que dependerá sempre do caso concreto.

Outro requisito é o silêncio normativo das normas e jurisprudência supranacional sobre o tema, o que pode ter um duplo sentido. Em um deles, o silêncio revela a falta de oportunidade, e nesse caso a Corte IDH pode abraçar o caso como uma forma de regular um direito humano e proteger as vítimas de sua violação. Nessas oportunidades, a deferência costuma não se manifestar. Em outro, contudo, o silêncio é compreendido como o espaço eloquentemente deixado em aberto pelo *corpus iuris* para respeitar a autonomia dos Estados em regular os direitos humanos segundo suas próprias particularidades. Especialmente quando o pluralismo constatado a partir da variedade de tratamentos normativos nos planos nacionais se apresenta como um trunfo a ser protegido, a deferência ganha espaço.

A deferência se manifesta, portanto, nos espaços de vazio normativo a fim de preservar o pluralismo. Por mais que o exame dos elementos convencionais seja essencial –

como a previsão em lei democraticamente promulgada, a perseguição de um fim legítimo e sua necessidade para o bem comum em uma sociedade democrática – o que orienta a deferência ao plano doméstico é a valorização da diversidade necessária às múltiplas frentes pelas quais se pode proteger e realizar direitos humanos. Esse é o vetor material que orienta o sentido da deferência.

Nesse diapasão, o exame de proporcionalidade de uma determinada medida estatal representa um instrumento de essencial importância para que a Corte IDH seja deferente, mas ele não se confunde com a deferência. Enquanto o primeiro é a técnica que permite verificar a compatibilidade de restrições a direitos humanos com o *corpus iuris* interamericano, a deferência é o instituto que justifica essa análise. A proporcionalidade é o instrumento, a deferência é a autocontenção da corte supranacional destinada à preservação do pluralismo e está materialmente fundada na ideia de harmonização e no princípio da subsidiariedade em sentido cooperativo. A deferência se presta a preservar espaços para a proteção do pluralismo.

Precisamente por isso que se pode defender o emprego de deferência em sentido divergente da jurisprudência interamericana. Mesmo que a Corte IDH tenha interpretado uma norma de direitos humanos num determinado sentido, pode surgir uma interpretação divergente (desde que não expressamente proibida pela Convenção) se o contexto nacional demandar. E a proporcionalidade contribuirá para que a Corte verifique a observância pelo novo sentido, ou pela restrição, dos requisitos convencionais. A possibilidade de deferência motiva o exame de proporcionalidade. Dessa forma, a dimensão cooperativa da atuação dos órgãos supranacionais se mantém presente e alerta, tendo em vista que deferência no sistema interamericano jamais poderá ser alusiva à condescendência ou conivência com violações de direitos humanos.

Outro aspecto importante é que nos vazios normativos da Convenção Americana abre-se maior oportunidade para os diálogos horizontais entre as cortes constitucionais latino-americanas. No intercâmbio de fundamentos entre essas cortes podem nascer novos sentidos para os direitos humanos, sobre os quais a Corte IDH poderá se manifestar em momentos oportunos.

Especialmente no plano da subsidiariedade remedial a deferência da Corte IDH aos programas internos de reparação (como no caso da Colômbia, do Chile e do México) foi reveladora das transformações que a jurisprudência interamericana pode desencadear. Suas sentenças extremamente detalhistas mostraram aos Estados o caminho que deveriam seguir para efetivamente reparar as vítimas de violações de direitos humanos, gerando nos estados condutas capazes de melhor cumprir seu papel na composição dos danos causados, bem como

mitigar sua responsabilização internacional. Graves massacres, desaparecimentos forçados e execuções sumárias formam um conjunto de graves violações de direitos humanos que lançam efeitos a gerações futuras, por longos anos. Na medida em que Estados se abrem para uma discussão democrática com as vítimas sobre a melhor forma de cicatrizar suas feridas, fortalecem-se as instituições, os erros praticados ganham visibilidade, e consolidam uma política no estilo “*nunca más*”.¹⁶²¹

Na mesma toada, a deferência demonstrada a padrões indenizatórios desenvolvidos pelas sentenças proferidas pelas cortes constitucionais (como no caso *Órdenes Guerra vs. Chile*), em atenção aos padrões regionais, pode também incentivar uma jurisprudência doméstica reparadora efetiva na composição dos danos. Essa prática demanda uma abertura da jurisdição nacional ao diálogo cooperativo com a jurisdição regional e pode desencadear razões para deferência.

Diante do exposto, a dinâmica dialógica que deve ser empregada de forma mais intensa no *Ius Constitutionale Commune* contribui para a legitimidade dos *standards* em direitos humanos tão necessários à harmonização do pluralismo jurídico, no mesmo passo em que comunica particularidades e contribui para fundamentar razões de deferência. Para tanto, o engajamento das cortes domésticas no diálogo efetivamente cooperativo é essencial. Ele não implica mera aceitação e incorporação de padrões externos (que poderão ser externos sem ser “alienígenas” se construídos dialogicamente), mas abertura para considerar e discutir as decisões interamericanas. Ainda, se particularidades identitárias prementes demandarem e as medidas forem democráticas e proporcionais, está aberta a oportunidade para divergir.

O diálogo judicial cooperativo convida a Corte IDH a não monopolizar o discurso sobre os direitos humanos, mas atentamente supervisionar as práticas e agir quando as violações se apresentarem. Ao mesmo tempo, convida as cortes nacionais a atentarem aos compromissos firmados pelos Estados e, sem descuidarem de suas particularidades históricas, jurídicas, sociais e econômicas, adotarem práticas efetivas na realização dos direitos humanos. Como dizia a canção, “*it’s hard to listen while you preach*”,¹⁶²² de modo a cooperação entre os níveis do sistema depende de que ambos os interlocutores saibam ouvir, afastando-se discursos autoritários unificadores ou soberanos autocentrados. O potencial transformador desencadeado pelo *Ius Constitutionale Commune* só tem a ganhar.

¹⁶²¹ Como o relatório compilado por D. Paulo Evaristo Cardeal Arns, no Brasil, denominado “Brasil: Nunca Mais”, evidenciando as graves violações de direitos humanos praticadas pelos regimes militares. CARDEAL ARNS, D. Paulo Evaristo. **Brasil: Nunca Mais**. São Paulo: Vozes, 1986.

¹⁶²² U2. Every breaking wave. 4 min, 12 s. In: U2. **Songs of innocence**. New York: Electric Lady Studios, 2014.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor. Comentarios sobre “Fontevicchia”, la autoridad de las sentencias de la corte Interamericana y los principios de derecho público argentino. **Pensar en Derecho**, v. 10, 2017, p. 9-25. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/10/comentarios-sobre-fontevicchia-la-autoridad-e-las-sentencias-de-la-corte-interamericana-y-los-principios-de-derecho-publico-argentino.pdf>. Acceso en: 28 feb. 2019.

ABRAMOVICH, Víctor. Das violações em massa aos padrões estruturais: novos enfoques e clássicas tensões no sistema interamericano de direitos humanos. **Sur Revista Internacional de Direitos Humanos** [online] vol.6, n.11, p.6-39, 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452009000200002&lng=en&nrm=iso. Acesso: em 10 jan. 2020.

ACKERMAN, Bruce. The rise of world constitutionalism. **Yale Law School. Faculty Scholarship series**. Paper 129. 1997. Available at: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/129/?utm_campaign=PDFCoverPages&utm_medium=PDF&utm_source=digitalcommons.law.yale.edu%2Ffss_papers%2F129. Access in: Feb. 2, 2019.

ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. **Diálogo judicial y constitucionalismo multinível: el caso interamericano**. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2014, p. 33.

ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. **Más allá de la utopía: del diálogo interjudicial a la constitucionalización del derecho internacional**. La red judicial latinoamericana como prueba y motor del constitucionalismo multinivel. Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid. Director de la Tesis Dr. José Antonio Pastor Ridruejo, Madrid, 2013.

ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. The Latin-American Judicial Dialogue: a Two-Way Street Towards Effective Protection. *In*: HAECK, Yves; RUIZ-CHIRIMBOGA, Oswaldo; BURBANO-HERRERA, Clara (ed.). **The Inter-American Court of Human Rights: Theory and Practice, Present and Future**. Cambridge: Intersencia, 2015, p. 693-711.

AFP. Paraguai elogia decisão do Brasil de revogar asilo a acusados de sequestro. **Estado de Minas Internacional**, 23 julho 2019. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2019/07/23/interna_internacional,1071779/paraguai-elogia-decisao-do-brasil-de-revogar-asilo-a-acusados-de-seque.shtml. Acesso em: 10 jan. 2020.

AGNELLO, Francesco. The dialogue between the International Court of Justice and Specialized Judicial and Quasi-Judicial Bodies in Matters Relating to the Protection of Human Rights. *In*: ARCARI, Maurizio; BALMOND, Louis (ed.). **Judicial Dialogue in the International Legal Order: between pluralismo and legal certainty**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2014, p. 29-60, p. 33-34.

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. ¿Quién es el guardián de la Convención Americana sobre Derechos Humanos? *In*: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (coord.). **Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 706-743, p. 731.

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. El diálogo judicial multinível. *In*: MEZZETTI, Luca; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (coord.). **Diálogo entre cortes**: a jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015.

ALLARD, Julie. La “cosmopolitisation” de la justice: entre mondialisation et cosmopolitisme. Dossier Mondialisation et cosmopolitisme. **Dissensus - Revue de philosophie politique de l’ULg**, n. 1, Décembre, 2008. Disponible en: <https://popups.uliege.be/443/2031-4981/index.php?id=213>. Acceso en: 27 enero 2019.

ALVAREZ, José E. International Organizations as Law-Makers, p. 521-26, 2005, *apud* RESENDE, Ranieri L. Deliberation and Decision-Making Process in the Inter-American Court of Human Rights: Do Individual Opinions Matter? **Northwestern Journal Human Rights**, v. 17, article 2, p.25-50, 2019. Available at: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njihr/vol17/iss1/2>. Access in: Nov. 28, 2019, p. 29-30.

ALVES, José Eustáquio Diniz. Cresce a pobreza na América Latina e Caribe. **EcoDebate**, ISSN 2446-9394, 21/01/2019, Disponível em: <https://www.ecodebate.com.br/2019/01/21/cresce-a-pobreza-na-america-latina-e-caribe-artigo-de-jose-eustaquio-diniz-alves/>. Acesso em: 30 jul. 2019.

AMARAL, Tarsila. **Família**. Óleo sobre Tela. 1925. Museu Nacional Centro de Arte Reina Sofía, Madrid.

ANTKOWIAK , Thomas M. Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond. **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 46, n. 2, p. 351-419, 2008.

ANZOLA, Sergio Iván; SÁNCHEZ, Beatriz Eugenia; URUEÑA, René. Después del Fallo: el Cumplimiento de las Decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos - una Propuesta de Metodología. *In*: MAUÉS, Antonio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía (org.). **O cumprimento das sentenças da Corte Intramericana de Direitos Humanos** : Brasil, Argentina, Colômbia e México. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 137-200.

ARAI-TAKASHI, Yutaka. **The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR**. New York: Intersentia, 2001.

ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo. Democracia social, jueces y lucha contra la pobreza. **Revista Nuevo Foro Penal**, vol. 6, n. 74, p. 11-28, enero-junio 2010, p. 22-23.

ARANGO, Rodolfo. Fundamentos del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina. *In*: BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. **Ius Constitutionale Commune en América Latina**: textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017, p. 179-192.

ARANGO, Rodolfo. Fundamentos del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: Derechos Fundamentales, Democracia y Justicia Constitucional. *In* von BOGDANDY, Armin; FIX-FERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. **Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos**. Instituto Max Planck

de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional; Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2014, p. 25-36.

ARAUJO, Luis Claudio Martins de. **Constitucionalismo Transfronteiriço, Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**: a consistência argumentativa da jurisdição de garantias nos diálogos transnacionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. 7 reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 330.

ARGENTINA, BRASIL, COLOMBIA, CHILE, PARAGUAY. Declaración sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. 2 abril 2019. Considerando n. 4. *In*: ALDHU, Facebook, publicação de 4 julho 2019. Disponível em: <https://www.facebook.com/pg/ALDHU1980/posts/>. Acesso em: 30 set. 2019.

ARGENTINA. **Constitución de la Nación Argentina**, de 22 de agosto de 1994. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>. Acceso en: 2 ago. 2019. Artículo 22.

ARIZA SANTAMARÍA, Rosemberth. El pluralismo jurídico en América Latina y la nueva fase del colonialismo jurídico en los estados constitucionales. **Revista InSURgencia**, ano 1, v. 1, n. 1, jan-jul. 2015, Brasília, p. 165-194.

BARBIÉRI, Luiz Felipe; OLIVEIRA, Mariana. STF impede Bolsonaro de extinguir via decreto conselhos federais criados por lei. **G1**, Brasília, 12 jun. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/06/13/stf-conclui-julgamento-e-impede-bolsonaro-de-fechar-conselhos-federais-criados-por-lei.ghtml>. Acesso em: 21 jun. 2019.

BARBOSA DELGADO, Francisco R. Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales. **Revista Derecho del Estado** n. 26, p. 107-135, enero-junio 2011.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARRIENTOS, Maximiliano. Bolívia: O imaginário queimado. **Folha de S. Paulo**. Mundo: América do Sul em Ebulição, 25 de dezembro de 2019, p. A08.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **(Syn)Thesis**, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

BAZÁN, Victor. Control de convencionalidad, puentes jurisdiccionales dialógicos y protección de los derechos humanos. *In*: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coord.). **Estudos Avançados de Direitos Humanos**. Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 590-616.

BAZÁN, Victor. Hacia un diálogo crítico entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes supremas o tribunales constitucionales latinoamericanos. *In*: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; GARCIA, Alfonso Herrera (Coord). **Diálogo jurisprudencial en**

derechos humanos: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 569-598.

BBC News Mundo. **Ola de protestas en América Latina: ¿puede la amenaza de una nueva “década perdida” explicar lo que ocurre en las calles?** 29 de noviembre de 2019. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-50563723>. Acceso en: 26 dic. 2019.

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

BENVENISTI, Eyal. Margin of appreciation, consensus, and universal *standards*. **International Law and Politics**, n. 31, p. 843-854, 1999.

BERNARDES, Márcia 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. 134-156, 2011. Disponível em: <https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2017/11/sur15-port-marcia-nina-bernardes.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2019.

BESSION, Samantha. Human rights and democracy in a global context: decoupling and recoupling. **Ethics & Global Politics**, v. 4, n. 1, p. 19-50, 2011.

BESSION, Samantha. Subsidiarity in International Human Rights Law—What is Subsidiary about Human Rights? **The American Journal of Jurisprudence**, v. 61, n. 1, 2016, p. 69–107. Available at: https://pdfs.semanticscholar.org/e653/cf74fde3c23f05f5303d37d70ed2a18d5238.pdf?_ga=2.203510995.271121879.1581110693-1268182152.1581110693. Access in: Jan. 30, 2019.

BIDART CAMPOS, Germán Jorge. La interpretación de los derechos humanos en la Jurisdicción Internacional y en la Jurisdicción Interna. *In*: NIETO NAVIA, Roberto (Ed.). **La corte y el sistema interamericano de derechos humanos**. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos-Unión Europea, 1997.

BINDER, Christina. Diversity and political rights in the jurisprudence of the European Court of Human Rights. *In*: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; MORALES-ANTONIAZZI, Mariela. **Estudos avançados de Direitos Humanos: Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo Direito Público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 507-520.

BINDER, Christina. The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights. **German Law Journal**, v. 12, n. 5, p. 1203-1229, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 7 tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 16.

BOGDANDY, Armin von. Configurar la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional publico. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, vol. 6, n. 3-4, 2008, p. 397-413.

BOGDANDY, Armin von. et al. Ius Constitutionale Commune en América Latina observations on Transformative Constitutionalism. *In*: BOGDANDY, Armin von; et. al. (ed.)

Transformative Constitutionalism in Latin America. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 27-48.

BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Commune na América Latina: uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. *In:* BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Ius Constitutionale Commune na América Latina.** V. 1. Marco conceptual. Curitiba: Juruá, 2016.

BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Commune na América Latina: uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. *In:* BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Ius Constitutionale Commune na América Latina.** V. 1. Marco Conceptual. Curitiba: Juruá, 2016, p. 11-51.

BOGDANDY, Armin von. O mandato transformador do Sistema Interamericano: Legalidade e Legitimidade de um processo jurisgenético extraordinário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas,** Brasília, v. 9, n. 2, p. 232-252, 2019.

BOGDANDY, Armin von; ANTPÖHLER, Carlino; IOANNIDIS, Michael. Protecting EU Values: Reverse Solange and the Rule of Law Framework. **MPIL Research Series** n. 2016-04. Available at: <http://ssrn.com/abstract=2771311>. Access in: Feb. 26, 2019.

BOGDANDY, Armin von; DANN, Phillip; GOLDMANN, Mathias. Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities. **German Law Journal** v. 9, n. 11, p. 1375-1400, 2008.

BOGDANDY, Armin von; FIX-FERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. **Ius Constitutionale Commune en América Latina:** Rasgos, Potencialidades y Desafíos. Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional; Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2014, p. XI.

BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Ius Constitutionale Commune na América Latina.** V. 1. Marco Conceptual. Curitiba: Juruá, 2016.

BOGDANDY, Armin von; VENZKE, Ingo. **¿En nombre de quién?:** una teoría de derecho público sobre la actividad judicial internacional. Trad. Paola Andrea Acosta Alvarado; rev. Pedro Villarreal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.

BOGDANDY, Armin von; VENZKE, Ingo. Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Law Makers. **German Law Journal** v. 12, n. 5, p. 979-1003, 2011, p. 992.

BOLDRINI, Angela. Veto de Bolsonaro à Folha fere Constituição e pode configurar improbidade, dizem especialistas. **Folha de S. Paulo,** 29 de novembro de 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/11/veto-de-bolsonaro-a-folha-fere-constituicao-e-pode-configurar-improbidade-dizem-especialistas.shtml>. Acesso em 26 dez. 2019.

BOLIVIA. **Constitución Política del Estado,** de 7 de febrero de 2009. Disponible en: <http://sea.gob.bo/digesto/CompendioNormativo/01.pdf>. Acesso en: 2 agosto 2019.

BORGES, Bruno Barbosa; PIOVESAN, Flávia. O diálogo inevitável interamericano e a construção do *Ius Constitutionale Commune*. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 24, n. 3, p. 5-26, 2019, p. 11.

BOSSUYT, Baron Marc. **Judicial activism in Europe**: the case of the European Court of Human Rights. Available at: <http://archive.openeurope.org.uk/Content/Documents/speechmarcbossuytopeneuropesept2013.pdf>. Access in: July 23, 2019.

BRANT, Danielle; WATANABE, Phillipe. Diretor do Inpe será exonerado após críticas do governo a dados de desmate. **Folha de S. Paulo**, 2 de agosto de 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ambiente/2019/08/diretor-do-inpe-sera-exonerado-apos-criticas-do-governo-a-dados-de-desmate.shtml> . Acesso em 30 dez. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 4667/2004**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?odProposicao=273650>. Acesso em: 27 nov. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 10 nov. 2019.

BRASIL. **Decreto n. 10.030 de 30 de setembro de 2019**. Aprova o Regulamento de Produtos Controlados. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10030.htm. Acesso em: 26 dez. 2019.

BRASIL. **Decreto n. 9847 de 25 de junho de 2019**. Regulamenta a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, para dispor sobre a aquisição, o cadastro, o registro, o porte e a comercialização de armas de fogo e de munição e sobre o Sistema Nacional de Armas e o Sistema de Gerenciamento Militar de Armas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9847.htm. Acesso em: 26 dez. 2019.

BRASIL. **Lei Complementar n. 135 de 4 de junho de 2010**. Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Diário Oficial da União, 07 jun. 2010.

BRASIL. **Lei n. 13.491 de 13 de outubro de 2017**. Altera o Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113491.htm. Acesso em: 26 dez. 2019.

BRASIL. **Lei n. 9.140 de 4 de dezembro de 1995**. Reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9140.htm. Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n. 220 de 2016**. Atividade Legislativa. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materia/-/125951>. Acesso em: 27 nov. 2019.

BRASIL. Senado Federal. Senado Notícias. **Impacto do vazamento de óleo nas praias será tema de audiência pública**. 03 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/12/03/impacto-da-mancha-de-oleo-sera-tema-de-audiencia-publica>. Acesso em: 26 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. Ministra Cármen Lúcia abre Encontro de Tribunais Constitucionais da América Latina. Brasília, 1 jun. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=345275&caixaBusca=N>. Acesso em: 18 fev. 2019.

BREWER-CARÍAS, Allan. El ilegítimo ‘control de constitucionalidad’ de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte la sala constitucional del tribunal supremo de justicia de Venezuela: El caso Leopoldo López vs. Venezuela, septiembre 2011. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. **Estudios Constitucionales**, Año 10, No 2, 2012, p. 575-608.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. Crónica de una teoría de moda en América Latina – descifrando el discurso doctrinal sobre el control de convencionalidad. *In*: BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Ius Constitutionale Commune na América Latina**. Vol. III. Diálogos Jurisdiccionais e Controle de Convencionalidade. Curitiba: Juruá, 2016, p. 11-47.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. De la internacionalización del diálogo entre los jueces. *In*: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. **Estudos Avançados de Direitos Humanos**. Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um Novo Direito Público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 231-264.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. **El Diálogo Judicial**: máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos. México: Porrúa, 2013.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Tribunal Constitucional. *In*: FIX FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; BOGDANDY, Armin von. **Ius Constitutionale Commune en América Latina**. Rasgos, potencialidades y desafíos. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014, p. 412-457.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence; ÚBEDA DE TORRES, Amaya. La “guerra” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Anuario Colombiano de Derecho Internacional**. Bogotá, v. 3 Especial, p. 117-153, 2010.

BUYSE, Antoine. The Pilot Judgment Procedure at the European Court of Human Rights: Possibilities and Challenges. **Nomiko Vima (Greek Law Journal)**, November 2009, p. 1-15.

CALDERÓN GAMBOA, Jorge F. La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano. Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas, **Suprema Corte de la Nación**, 2013. p. 146-219. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33008.pdf>. Acesso en: 20 abr. 2019.

CALIXTO, Angela Jank; CARVALHO, Luciani Coimbra de. Pluralismo Jurídico: uma Nova Perspectiva a Respeito da Relação entre os Sistemas Jurídicos Internacional e Interno. *In: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (coord.); GERBER, Konstantin et. al. (org.). Constitucionalismo Multinível e Pluralismo Jurídico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 3-23.

CAMILO, Christiane de Holanda; OLIVEIRA, David de Sousa. Compliance da Opinião Consultiva n. 24/2017 da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, n. 17/18, p. 43-64, dez. 2018. Disponível em: <<https://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/374>>. Acesso em: 30 nov. 2019.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos Direitos Humanos no plano internacional e nacional. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, v. 2, n. 2, p. 13-39, 2001. Disponível em: www.revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/download/27/28. Acesso em: 10 nov. 2019.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Os tribunais internacionais contemporâneos**. Brasília: FUNAG, 2013.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos**. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXIV_curso_derecho_internacional_1997_Antonio_Augusto_Cancado_Trindade_2.pdf. Acesso em: 20 sept. 2019.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v. 1. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2003.

CANDIA, Gonzalo. **Comparing Diverse Approaches to the Margin of Appreciation: The Case of the European and the Inter-American Court of Human Rights**. March 9, 2014. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2406705>. Access in: Jan. 2, 2020.

CARDEAL ARNS, D. Paulo Evaristo. **Brasil: Nunca Mais**. São Paulo: Vozes, 1986.

CARNEIRO, Luiz Orlando; TEIXEIRA, Matheus. STF faz defesa da liberdade de expressão e autonomia universitária. **JOTA**, 31 out. 2018. Brasília. Disponível em: <https://www.jota.info/eleicoes-2018/stf-liminar-defesa-enfatica-autonomia-universitaria-31102018>. Acesso em: 18 fev. 2019.

CAROZZA, Paolo G.; GONZÁLEZ, Pablo. The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A reply to Jorge Contesse. **I•CON**, v. 15 N. 2, 2017, p. 436-442.

CAROZZA, Paolo. **Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law**. Notre Dame Law School. Scholarly Works. Paper 564. 2003. Available at: http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/564. Access in: Feb. 20, 2019.

CAVALLARO, James L.; SCHAFFER, Emily J. Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas. **Hastings Law Journal**, v. 56, p. 217-282, 2004-2005.

CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court. **Washington University Global Studies Law Review**, v. 3, issue 4, p. 528-700, 2004.

CEPEDA ESPINOSA, Manuel José; LANDAU, David. **Colombian Constitutional Law. Leading Cases**. New York: Oxford University Press, 2017.

CEPEDA, Manuel José. La Defensa Judicial de la Constitución: La Gran Fortaleza Colombiana. *In*: BOGDANDY, Armin von, PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. (coords). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 581-628.

CHEVALLIER, Jacques. **Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation? Le droit saisi par la mondialisation**, Bruylant, p. 37-61, 2001. Disponible em: <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01759953>. Consultado le 9 fev. 2019, p. 1.

CHILE. Ministerio de las Relaciones Exteriores. **Comunicado de prensa Ministerio de Relaciones Exteriores - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos sobre Sistema Interamericano de Derechos Humanos**. Disponible en: <https://minrel.gob.cl/comunicado-de-prensa-ministerio-de-relaciones-exteriores-ministerio-de/minrel/2019-04-23/105105.html>. Acceso en: 26 dic. 2019.

CHILE. **Respuesta del Estado de Chile**. Al escrito de la Comisión que remite el Informe N° 23/11, y al escrito de Solicitudes, Argumentos y Pruebas de los representantes de don Leopoldo García Lucero, en el Caso N° 12.519 (García Lucero y otros vs. Chile), seguido ante la Ilustrísima Corte Interamericana de Derechos Humanos. 5 de abril de 2012, p. 223. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/garcia_lucero_y_otros_cl/contest.pdf. Acceso en 19 ene. 2020.

CHOUDRHY, Sujit. Migration as a new metaphor in comparative constitutional law. *In*: CHOUDRHY, Sujit. **The Migration of Constitutional Ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

CHUECA SANCHO, Angel G. La sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Ruiz Mateos. Universidad Carlos III de Madrid. **Revista del Instituto Bartolomé de las Casas**: Boletín Oficial del Estado, mai-dez, p. 553-570, 1994.

CLERICO, Laura. La enunciación del margen de apreciación: Fontevecchia 2017 desde los márgenes. **Revista Derechos en Acción**, año 3 n. 7, p. 295-317, 2018.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

COLETTA, Ricardo Della. STF conclui julgamento e enquadra homofobia na lei dos crimes de racismo. **Folha de S. Paulo**. 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/06/stf-conclui-julgamento-e-enquadra-homofobia-na-lei-dos-crimes-de-racismo.shtml>. Acesso em: 21 jun. 2019.

COLOMBIA. **Constitución Política de Colombia 1991**. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html. Acceso en: 2 agosto 2019.

COLOMBIA. **Ley 1448 de 2011**. Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. Disponible en:
<http://wp.presidencia.gov.co/sitios/normativa/leyes/Documents/Juridica/LEY%201448%20DE%202011.pdf>. Acceso en: 15 ene. 2020.

COMISIÓN IDH. **CIDH condena el uso excesivo de la fuerza en el contexto de las protestas sociales en Chile, expresa su grave preocupación por el elevado número de denuncias y rechaza toda forma de violencia**. 2019. Disponible en:
<https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/317.asp>. Access en: 8 dic. 2019.

COMISSÃO IDH. **CIDH solicita Opinião Consultiva à Corte IDH sobre a figura do impeachment**. 13 outubro 2017. Disponível em:
<https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2017/161.asp>. Acesso em: 9 jan. 2020.

COMISSÃO IDH. **Observações preliminares da visita in loco da CIDH ao Brasil**. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/238OPport.pdf>. Acesso em: 9 jan. 2020.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Diálogo entre Cortes e o Controle de Convencionalidade – algumas reflexões sobre a relação entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. *In*: MEZZETI, Luca; CONCI, Luiz Guilherme Araro (coord.). **Diálogo entre cortes: a jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015. p. 117-158.

CONTESSÉ, Jorge. Contestation and Deference in the Inter-American Human Rights System. **Law and Contemporary Problems**, v. 79, n. 2, p. 123-145, 2016.

CONTESSÉ, Jorge. **Subsidiarity in Inter-American human rights law**. 2015. Available at: https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/SELA15_Contesse_CV_Eng.pdf. Access in: Jul. 24, 2019, p. 24.

CONTESSÉ, Jorge. The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A rejoinder to Paolo Carozza and Pablo González Domínguez. **International Journal of Constitutional Law**. v. 15, n. 2, p. 414-435, 2017. Available at: <https://ssrn.com/abstract=2795312>. Access in: Sep. 18, 2019.

CONTRERAS, Pablo. National Discretion and International Deference in the Restriction of Human Rights: A Comparison Between the Jurisprudence of the European and the Inter-American Court of Human Rights. **Northwestern Journal of International Human Rights**, vol. 11, issue 1, p. 28-83, 2012.

CORASATINI, Vittorio. Implementación de las sentencias y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un debate necesario. **Revista do Instituto Interamericano de Derechos Humanos**, vol. 49, 2009, p. 13-28.

CORRÊA, Paloma Morais. Corte interamericana de direitos humanos: opinião consultiva 4/84 — a margem de apreciação chega à América. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 10, n. 2, p. 262-279, 2013, p. 267.

CORTE IDH. Control de Convencionalidad. **Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos** n. 7. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf>. Acceso en: 10 oct. 2019, p. 6.

CORTE IDH. **Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Aprobado por la Corte en su XLIX período ordinario de sesiones celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/2000.pdf>. Acceso en: 15 enero 2020.

CORTE IDH. **Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Aprovado pela Corte no seu LXXXV Período Ordinário de Sessões celebrado de 19 a 28 de novembro de 2009. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf. Acesso em: 10 ago. 2019.

CORTE IDH. **Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Aprovado pela Corte no seu XLIX Período Ordinário de Sessões celebrado de 16 a 25 de novembro de 2001 e reformado parcialmente pela Corte em seu LXXXII Período Ordinário de Sessões, celebrado de 19 a 31 de janeiro de 2009. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/ene_2009_por.pdf. Acesso em: 15 jan. 2020.

CORTE IDH. **Relatório Anual 2018**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2018/portugues.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2020.

CORTE Suprema y polémica por CIDH: “La justicia está ligada a tratados internacionales”. **El Dínamo**, 24 de abril de 2019. Disponible en: <https://www.eldinamo.cl/nacional/2019/04/24/corte-suprema-y-polemica-por-cidh-la-justicia-esta-ligada-a-tratados-internacionales/>. Acceso en: 19 oct. 2019.

COUNCIL OF EUROPE. **Annual Report 2018 of the European Court of Human Rights**. Available at: https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2018_ENG.pdf. Access in: Jan. 3 2020, p. 161.

COUNCIL OF EUROPE. **European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms**. Adopted in Rome 4 Nov. 1950. Available at: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf. Access in: Sep. 22, 2019.

COUNCIL OF EUROPE. Parliamentary Assembly. **Resolution 1226**. Execution of judgments of the European Court of Human Rights, 2000.

COUNCIL OF EUROPE. Protocol n. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Amending the Control System of the Convention. **Council of Europe Treaty Series No. 194**. May 13, 2004. Available at: https://www.echr.coe.int/Documents/Library_Collection_P14_ETS194E_ENG.pdf. Access in: July 23, 2019.

COUNCIL OF EUROPE. Protocol No. 15 amending the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. **Council of Europe Treaty Series No. 213**. Jun. 24, 2013. Available at: https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_15_ENG.pdf. Access in: July 23, 2019.

DALMAU, Rubem Martínez. Asembleas constituintes e novo constitucionalismo en América Latina. **Tempo Exterior**, Pontevedra, n. 17, p. 5-15, xulio/diciembre 2008.

DE VERGOTTINI, Giuseppe. El diálogo entre tribunales. Traducción de F. Reviriego Picón. UNED, **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 28, p. 335-352, 2011.

DELGADO, Francisco R. Barbosa. Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales. **Revista Derecho del Estado**, n. 26, p. 107-135, enero-junio 2011.

DELMAS-MARTY, Mireille. L' intégration européenne entre pluralisme, souverainisme et universalisme. **Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé**, (2016), 3, p. 447-454.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Legal pluralism as a dynamic process in a moving world**. Feb 28, 2018. Available at: <http://jamesgstewart.com/legal-pluralism-as-a-dynamic-process-in-a-moving-world/>. Access in: Mar. 25, 2018.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Les Forces Imaginantes Du Droit: Le Pluralisme Ordonné 2**. Paris: Seuil, 2006.

DELMAS-MARTY, Mireille. Ordering Pluralism. Max Weber Lecture Series 2009/06. **European University Institute**, Florence. ISSN 1830-7736. 2009, Available at: https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/14274/MWP_LS_2009_06.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Access in: Dec. 03, 2018.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DELMAS-MARTY, Mireille; IZORCHE, Marie-Laure. Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit: réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste. **Revue de droit de McGill**, n. 46, p. 923-954, 2001.

DENARI, Karina. Monitoramento decisório da Corte Constitucional da Costa Rica: lições para o STF? **JOTA**, 31 de outubro de 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/monitoramento-decisorio-da-corte-constitucional-da-costa-rica-licoos-para-o-stf-31102019>. Acesso em: 01 nov. 2019.

DIAS, Roberto; MOHALLEM, Michael Freitas. O diálogo jurisdicional sobre direitos humanos e a ascensão da rede global de cortes constitucionais. *In*: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (coord.). **Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 347-383.

DÍAZ CREGO, María. Diálogo Judicial. Eunomía. **Revista en Cultura de la Legalidad**. N. 9, octubre 2015 – marzo, p. 289-299, 2016.

DIXON, Rosalind. Transnational Constitutionalism and Unconstitutional Constitutional Amendments. **University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper No. 349**, 2011. Available at: <http://www.law.uchicago.edu/academics/publiclaw/index.html>. Access in: Dec. 10, 2018.

DIXON, Rosalind; POSNER, Eric A. The limits of constitutional convergence. Law School of University of Chicago. **Public Law and Legal Theory**. Working Paper n. 329. November 2010. Available at: <http://ssrn.com/abstract=1677634>. Access in: Mar. 2, 2019.

DJEFFAL, Christian. Dynamic and Evolutive Interpretation of the ECHR by Domestic Courts? An Inquiry into the Judicial Architecture of Europe. *In*: AUST, Helmut Phillip; NOLTE, Georg (ed.). **The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence**. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 175-197.

DOBOZI, Veronica. Les rapports entre la CJEU et la CEDH. *In*: ARCARI, Maurizio; BALMOND, Louis (ed.). **Judicial Dialogue in the International Legal Order: between pluralismo and legal certainty**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2014, p. 91-129.

DOUZINAS, Costas. Human Rights for Martians. **Critical Legal Thinking**, 3 may 2016. Available at: <http://criticallegalthinking.com/2016/05/03/humanrightsformartians/>. Access in: May 10, 2018.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DUCHIADE, André. Brasil e mais quatro países pedem 'mais autonomia' à comissão de direitos humanos da OEA. **O Globo Mundo**. Rio de Janeiro, 23 de abril de 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/mundo/brasil-mais-quatro-paises-pedem-mais-autonomia-comissao-de-direitos-humanos-da-oea-23617611>. Acesso em: 26 dez. 2019.

DUHAIME, Bernard. Subsidiarity in the Americas: What Room is there for Deference in the Inter-American System? *In*: GRUSZCZYNSKI, Lukasz; WERNER, Wouter. **Deference in International Courts and Tribunals**. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 289-315.

DWORKIN, Ronald. **Is Democracy Possible Here?: Principles for a New Political Debate**. Princeton University Press, 2008, e-book. Available at: <https://pt.scribd.com/read/232950179/Is-Democracy-Possible-Here-Principles-for-a-New-Political-Debate>. Access in: Jan. 2, 2020.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo, Revisão Técnica Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. The Partnership Conception of Democracy. **California Law Review**, v. 86, p. 453-458, 1998. Available at: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1585&context=californialawreview>. Access in: Jan. 3, 2020.

ECUADOR. **Constitución de la República Ecuador**. 2008. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf. Acceso en: 20 nov. 2019.

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**. Diario Oficial de la Federación 5 de febrero de 1917, última reforma DOF 29 de enero de 2016. Disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/cn16.pdf>. Acceso en: 2 jan. 2020.

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. **Ley General de Víctimas**. Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de enero de 2013. Disponible en: <https://www.legal-tools.org/doc/0fdc8c/pdf/>. Acceso en: 15 ene. 2020.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Composition of the Court**. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/judges&c=>. Acesso em: 6 mar. 2019.

EUROPEAN UNION. Treaty on the European Union. **Official Journal of the European Union**, 26 oct. 2012.

FACHIN, Melina Girardi. (Org.) **Direito Constitucional Multinível: Diálogos a partir do Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Curitiba: Prismas, 2017.

FACHIN, Melina Girardi. À Guisa de Introdução: os sentidos do constitucionalismo multinível”. *In*: FACHIN, Melina Girardi (org.). **Direito Constitucional Multinível: Diálogos a partir do Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Curitiba: Prismas, 2017, p. 15-28.

FACHIN, Melina Girardi. **Direitos Humanos e Desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FACHIN, Melina Girardi; NOWAK, Bruna. Quem dá a última palavra? As relações da Corte Interamericana de Direitos Humanos com os Ordenamentos Jurídicos Nacionais à luz do caso Fontevecchia e D’Amico v. Argentina. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, PR, v. 8, n. 78, p. 83-109, maio 2019.

FACHIN, Melina Girardi; NOWAK, Bruna. The Joint Declaration to the Inter-American System of Human Rights: Backlash or Contestation? **Blog of the International Journal of Constitutional Law**. Available at: <http://www.iconnectblog.com/2019/12/the-joint-declaration-to-the-inter-american-system-of-human-rights-backlash-or-contestation/>. Access in: Dic. 26 2019.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. **El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales**. 3 ed. Revista y actualizada. San Jose, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.

FAUSTO, Boris. O neopopulismo na América Latina. **Folha de S. Paulo**, caderno Opinião, Tendências e Debates, São Paulo 17 fev. 2006.

FERNANDES, Talita; CARVALHO, Daniel. Bolsonaro muda comissão sobre a ditadura e diz que agora governo é de direita. **G1**, 1 de agosto de 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/08/bolsonaro-muda-comissao-de-mortos-e-desaparecidos-em-meio-a-ataques-sobre-o-tema.shtml>. Acesso em: 26 dez. 2019.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio: O Dicionário da Língua Portuguesa**. 7 ed. Verbete diálogo. Curitiba: Positivo, 2009.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. El control de convencionalidad como un vehículo para el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales de América. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, v. 22, ano 2016, p. 337-356. Bogota: Fundación Konrad Adenauer. Programa de Estado de Derecho para Latinoamérica.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Hacia la formación jurisprudencial interamericana de un *Ius Constitutionale Commune Americanum*: eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay). *In*: BOGDANDY, Armin von; FIX-FERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. **Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos**.

Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional; Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2014, p. 329-382.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. What Do We Mean When We Talk About Judicial Dialogue? Reflections of a Judge of the Inter-American Court of Human Rights. **Harvard Human Rights Journal**, v. 30, 2017.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; PELAYO MÖLLER, Carlos María. Artículo 1. Obligación de Respetar Derechos. *In*: STEINER, Christian; FUCHS, Marie-Christine (ed); URIBE, Patricia G. (coord). **Convención Americana sobre Derechos Humanos: Comentarios**. Segunda Edición. Bogota: Konrad Adenauer Stiftung, 2019, p. 31-70.

FIKFAK, Veronika. Changing State Behaviour: Damages before the European Court of Human Rights. **The European Journal of International Law** Vol. 29 no. 4, 2018, p. 1091-1125. Available at: <https://academic.oup.com/ejil/article-abstract/29/4/1091/5320178>. Access in: 22 set. 2019.

FIX-ZAMUNDIO, Héctor. Relaciones entre los Tribunales Constitucionales Latinoamericanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *In*: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.) **Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos: Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 673-765.

FOLLESDAL, Andreas. **Subsidiarity and the Global Order**. University of Oslo Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series No. 2012-34. Available at: <http://ssrn.com/abstract=2359963>. Access in: July 8, 2019.

FOLLESDAL, Andreas. The principle of subsidiarity as a constitutional principle in international law. **Global Constitutionalism**, Volume 2, Issue 01, March 2013, Cambridge University Press. p 3762. Available at: http://journals.cambridge.org/abstract_S2045381712000123. Access in: July 11, 2019.

FOLLESDALL, Andreas. Exporting the margin of appreciation: Lessons for the Inter-American Court of Human Rights. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 15, issue 2, p. 359-371, 1 april 2017.

FOLLONI, André. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. **Revista Direitos Humanos Fundamentais**. Osasco, ano 14, n. 1, p. 63-91, jan-jun/2014.

FRYDMAN, Benoît. Diálogo internacional dos juízes e a perspectiva ideal de justiça universal. Trad. Mara Beatriz Krug. *In*: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (coord.). **Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 15-31.

FRYDMAN, Benoît. Diálogo internacional dos juízes e a perspectiva ideal de justiça universal. Trad. Mara Beatriz Krug. *In*: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (coord.). **Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 15-31, p. 24-25.

GABRIEL MAINO, Carlos Alberto. Los derechos humanos: baluarte y socavo de las instituciones. Hacia un adecuado equilibrio entre el control judicial de convencionalidad y la

representación política de los procesos democráticos. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, v. 22, p. 357-380, 2016, Bogota: Fundación Konrad Adenauer. Programa de Estado de Derecho para Latinoamérica.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Trad. Carlos Cernado Carrera. **Protección Multinivel de Derechos Humanos**. Capítulo 9. Barcelona: Universidad Pompeu Fabra, 2015.

GARCÍA RAMÍREZ, Sérgio. La “navegación americana” de los derechos humanos: hacia un *Ius Commune*. In: BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.). **Ius Constitutionale Commune en América Latina**: textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017, p. 55-108.

GARCÍA ROCA, Javier. El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo. UNED, **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 30, 2012, p. 183-224. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.30.2012.7005>. Acceso en: 19 feb. 2019.

GARCÍA ROCA, Javier. **El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración**. 1 ed. Cuadernos Civitas. Thomson Reuters, 2010.

GARCÍA ROCA, Javier. La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. **Teoría y Realidad Constitucional**, núm. 20, p. 117-143, 2007.

GARCÍA ROCA, Javier; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; BUSTOS GISBERT, Rafael. La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo. In: GARCÍA ROCA, Javier; et. al. (editores). **El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos**. Pamplona: Thomson Reuters, p. 65-107.

GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? **Perfiles Latinoamericanos**. Distrito Federal, México: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, julio-diciembre, n. 28, p. 9-32, 2006.

GARGARELLA, Roberto. El constitucionalismo según John Rawls. Araucaria. **Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades** n. 14, diciembre 2005, p. 16-32.

GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución**: Dos siglos de constitucionalismo em América Latina (1810 – 2010). Buenos Aires: Katz, 2014.

GARGARELLA, Roberto. Tribunales Internacionales y Democracia: Enfoques deferentes o de interferencia. **Revista Latinoamericana de Derecho Internacional**, n. 4, 30 mayo 2016. Disponible en: <http://www.revistaladi.com.ar/ladi/numero-4/>. Acceso en: 25 jun. 2019.

GENTILI, Gianluca; MAX, Elaine. The Supreme Court of Canada’s Transnational Judicial Communication on Human Rights (1982-2014): an Empirical Assessment. In: MÜLLER, Amrei; KJOS, Hege Elisabeth. **Judicial Dialogue and Human Rights**: studies on International Courts and Tribunals. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 114-152.

GERARDS, Janneke. Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights. **Human Rights Law Review**, 2018, 18, p. 495-515.

GODOY, Miguel Gualano de. A Democracia Deliberativa como Guia para a Tomada de Decisões Legítimas. Análise teórica a partir de Carlos Santiago Nino e algumas práticas institucionais no Brasil contemporâneo. **Revista Co-herencia**, v. 8, n.14 Medellín jan./jun. 2011, p. 63-91.

GOMES, Eduardo Biacchi; TOMÉ DA MATA, Edilany. Control de convencionalidad/constitucionalidad en la Unión Europea y el Sistema de Reenvío Perjudicial. **Revista Sequência**, n. 81, p. 47-76, Florianópolis, abr. 2019.

GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. Diálogo coevolutivo. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MARTÍNEZ RAMÍREZ, Fabiola; FIGUEROA MEJÍA, Giovanni A (coord.) **Diccionario de derecho procesal, constitucional y convencional**. 2 ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014, p. 590-594.

GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. Interacciones y convergências entre la corte interamericana de derechos humanos y los tribunales constitucionales nacionales: un enfoque coevolutivo. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. **Estudos Avançados de Direitos Humanos**. Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um Novo Direito Público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 312-337.

GÓNGORA-MERA, Manuel. El control de convencionalidad en órdenes jurídicos de tradición continental: el valor de la jurisprudencia interamericana a la luz de la experiencia del Tribunal Constitucional Alemán. In: HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. **El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile**. Santiago: DER Ediciones, 2017, p. 147-212.

GONZALEZ, Enric. A revolução dos jovens do Chile contra o modelo social herdado de Pinochet. **El País**. Internacional. Santiago, 24 de novembro de 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/11/23/internacional/1574543096_923129.html . Acesso em: 27 dez. 2019.

GREER, Steven. The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights. **Human Rights Files n. 17**. Council of Europe Publishing, jul. 2000.

GROTE, Rainer. Las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso Hannover contra Alemania y el diálogo permanente entre esta Corte y los Tribunales Alemanes en los casos de conflictos entre libertad de prensa y derecho a la privacidad. In: BOGDANDY, Armin von; MORALES-ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia (coord). **Ius Constitutionale Commune na América Latina**. V. III. **Diálogos Jurisdicionais e Controle de Convencionalidade**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 189-200.

GUEDES, Armando M. Marques. A internacionalização do direito constitucional e a constitucionalização do direito internacional. **Revista de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte, 1995. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1481/1410>. Acesso em: 27 jan. 2019.

GUERRA, Gustavo Rabay; MARCOS, Henrique Jerônimo Bezerra. O drible continental: a margem de apreciação nacional na decisão de convencionalidade do crime de desacato pelo Superior Tribunal de Justiça. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 63, n. 2, p. 169-189, ago. 2018. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/59194>. Acesso em: 30 nov. 2019.

GUIMÓN, Pablo. Trump, um homem preso em seu muro. **El País Internacional**. Washington, 10 jan. 2019. Disponible en: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/01/09/internacional/1547062357_441866.html. Acceso en: 27 enero 2019.

HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elizete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **The Constitutionalization of International Law and the Legitimation Problems of a Constitution for World Society**. *Constellations*, Volume 15, No 4, 2008.

HART, Naomi. Complementary Protection and Domestic Courts. *In*: MÜLLER, Amrei; KJOS, Hege Elisabeth. **Judicial Dialogue and Human Rights: studies on International Courts and Tribunals**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 173-215.

HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam. Cimientos, auge y progresivo desuso del control de convencionalidad interno: veinte interrogantes. **Revista Chilena de Derecho**, vol. 45 No 2, p. 337-361, 2018.

HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam. La naturaleza del control interno de convencionalidad y su disímil recepción en la jurisprudencia de las cortes chilenas. **Revista Derecho del Estado** n. 43, p. 131-159, mayo-agosto 2019.

HENTREI, Simon. **Complementary Adjudication: Legitimizing International Judicial Authority in the Americas**. Tese depositada perante a Faculdade de Direito da Universidade de Frankfurt am Main: Set. 2018, defendida em 29 out. 2019.

HENTREI, Simon. La generalización del principio de complementariedad en aras de configurar la autoridad judicial internacional. *In*: UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio; SAIZ ARNAIZ, Alejandro; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coord.). **La garantía jurisdiccional de los Derechos Humanos: un estudio comparado de los sistemas regionales de tutela: europeo, interamericano y africano**. *European Inklings*, n. 6, 2015, p. 178-200.

HERMET, Guy. El populismo como concepto. **Revista de Ciencia Política**, v. XXIII, n. 1, 5-18, 2003.

HERRERA GARCÍA, Alfonso. El diálogo jurisprudencial de la Suprema Corte mexicana con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tras las reformas constitucionales del 2011. *In*: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso. **Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales**. México: Tirant lo Blanch, 2013, p. 859-888.

HERRERA, Juan C. ¿Es posible consolidar un *Ius Commune* en América Latina sin contemplar la integración económica, política y social?. **Serie Documentos de Trabajo**, n.o

72. Departamento de Derecho Constitucional, Universidad de Externado de Colombia, Bogotá, 2019, p. 4-6.

HERRERA, Juan C. P. Judicial Dialogue and Transformative Constitutionalism in Latin America: The Case of Indigenous Peoples and Afro-descendants. **Revista Derecho del Estado**, Bogota, n. 43, p. 191-233, mayo-agosto de 2019.

HIRSCHL, Ran. On the blurred methodological matrix of comparative constitutional law. *In*: CHOUDHRY, Sujit. **The Migration of Constitutional Ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 39-66.

HITTERS, Juan Carlos. ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad). **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, n. 10, julio-diciembre 2008, p. 131-156.

HITTERS, Juan Carlos. Un avance en el control de convencionalidad: el efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana. **La Ley**, Buenos Aires, Argentina 27 mayo 2013.

HORBACH, Carlos Bastide. O direito comparado no STF: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, 2015, p. 193-210.

HUNEEUS, Alexandra. Reforming the State from Afar: Structural Reform Litigation at the Human Rights Courts. **Yale Journal of International Law**, v. 40, article 2, p. 2-40, 2015. Available at: <https://pdfs.semanticscholar.org/4d5f/bed8fa90823b85873b7941a451aaef66ac49.pdf>. Access in: Nov. 4, 2019.

HUNEEUS, Alexandra; MADSEN, Mikael Rask. Between universalism and regional law and politics: A comparative history of the American, European, and African human rights systems. **I-CON**, v. 16, n. 1, 136–160, 2018. Available at: <https://academic.oup.com/icon/article-abstract/16/1/136/4995560>. Access in: Nov. 1 2019.

IGLESIAS VILA, Marisa. Subsidiariedad y tribunales internacionales de derechos humanos: ¿deferencia hacia los estados o división cooperativa del trabajo? **Revista de la Facultad de Derecho PUCP**, n. 79, p. 191-122, 2017.

IGLESIAS VILA, Marisa. Subsidiarity, margin of appreciation and international adjudication within a cooperative conception of human rights. Oxford University Press and New York University School of Law. **I•CON** (2017), Vol. 15 No. 2, p. 393-413, 2017.

INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISAS ESPACIAIS. Programa Queimadas. **Tabela anual comparativa de biomas do Brasil** - últimos anos no intervalo de 01/Jan até 25/Dez. Disponível em: <http://queimadas.dgi.inpe.br/queimadas/portal-static/situacao-atual/>. Acesso em: 26 dez. 2019.

ISSAEVA, Maria; SERGEEVA, Irina; SUCHKOVA, Maria. Execução das decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos na Rússia: Avanços recentes e desafios atuais. **SUR Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 8, n. 15, dez. 2011.

JACHTENFUCHS, Markus; KRISCH, Nico. Subsidiarity in Global Governance. **Law & Contemporary Problems**, v. 79, 2016. Available at: <http://ssrn.com/abstract=2672123>. Access in: Feb. 10, 2019.

JACKSON, Vicki C. **Constitutional engagement in a transnational era**. New York: Oxford University Press, 2010.

JACKSON, Vicki C. Transnational Challenges to Constitutional Law: Convergence, Resistance, Engagement. **Federal Law Review**, v. 35, issue 2, 2007. Available at: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/FedLawRw/2007/7.html>. Access in: Feb. 10, 2019.

JUSTIÇA derruba censura de Bolsonaro à Ancine. Conversa Afiada, com Paulo Henrique Amorim. 11 de outubro de 2019. Disponível em: <https://www.conversaafiada.com.br/brasil/justica-derruba-censura-de-bolsonaro-a-ancine>. Acesso em 26 dez. 2019.

KIBET, Eric; FOMBAD, Charles. Transformative constitutionalism and the adjudication of constitutional rights in Africa. **African Human Rights Law Journal**, v. 17, p. 340-366, 2017. Available at: <http://dx.doi.org/10.17159/1996-2096/2017/v17n2a1>. Access in: Oct. 20, 2019.

KLARE, Karl E. Legal Culture and Transformative Constitutionalism. **South African Journal on Human Rights**, v. 1, 1998. Available at: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/02587203.1998.11834974>. Access in: Oct. 20, 2019.

KOH, Harold Hongju. **Transnational Legal Process**. Yale Law School Legal Scholarship Repository (1996). Paper 2096. Available at: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2096. Access in: Nov. 10, 2018.

KRENN, Christoph. La técnica del margen de apreciación y su potencial legitimador: sobre la capacidad funcional de los tribunales supranacionales e internacionales. *In*: UGARTEMENDIA EXEIZABARRENA, Juan Ignacio; SAIZ ARNAIZ, Alejandro; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (Directores). **La garantía jurisdiccional de los Derechos Humanos: Un estudio comparado de los sistemas regionales de tutela: europeo, interamericano y africano**. Oñati, 2015, p. 53-83.

KRISCH, Nico. The Open Architecture of European Human Rights Law. **Law, Society, Economy Working Papers** 11/2007. Available at: www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps.htm. Access in: Feb. 24, 2019.

KUMM, Mattias. Is the Structure of Human Rights Practice Defensible? Three Puzzles and Their Resolution. *In*: JACKSON, Vicki C.; TUSHNET, Mark (ed.). **Proportionality: New Frontiers, New Challenges**. New York: Cambridge University Press, 2017, p. 51-74.

KUMM, Mattias. The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: An Integrated Conception of Public Law. **Indiana Journal of Global Legal Studies**. V. 20, Issue 2, Article 4, 2013, p. 605-628. Available at: <http://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol20/iss2/4>. Access in: June 30, 2019.

KUNZ, Raffaella. The Italian Constitutional Court and ‘Constructive Contestation’. **Journal of International Criminal Justice**, Oxford University Press. n. 14, 2016, p. 621-627.

KYMLICKA, Will. **Multicultural Citizenship**. New York: Oxford University Press, 1998.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. O controle de convencionalidade e o Judiciário brasileiro: a sua aplicação pelo Tribunal Superior do Trabalho como forma de proteger a dignidade da mão-de-obra (vedação de terceirização de atividade-fim) no case Carneiro Távora v. Telemar Norte Leste e Contax. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 109-128, jan./abr. 2017.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MORAES, Maria Valentina de. **O diálogo entre Cortes Nacionais e Internacionais frente à proteção dos direitos humanos e fundamentais**. IV Mostra de Pesquisa de Direito Civil Constitucionalizado. Universidade Santa Cruz do Sul, 2017. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/ecc/article/view/17818/4675>. Acesso em: 10 fev. 2019.

LEGALE, Siddharta; ARAÚJO, Luiz Cláudio Martins de. **Direitos Humanos na prática interamericana**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

LEGG, Andrew. **The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

LEGRAND, Pierre. **Como ler o direito estrangeiro**. Trad. Daniel Wunder Hachem. São Paulo: Contra Corrente, 2018.

LETSAS, Gerald. Two concepts of the Margin of Appreciation. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 26, n. 4, p. 705-732, 2006.

LOIS, Cecília Caballero; MARQUES, Gabriel Lima. A desconstrução semântica da supremacia judicial e a necessária afirmação do judicial review: uma análise a partir da democracia deliberativa de Habermas e Nino. **Sequência** [online], n. 66, p.113-136, Florianópolis, 2013 Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552013000100005&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 15 jan. 2020.

LÓPES GUERRA, Luis. Dialogues between the Strasbourg Court and National Courts. In: MÜLLER, Amrei; KJOS, Hege Elisabeth (ed.). **Judicial Dialogue and Human Rights: studies on International Courts and Tribunals**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 401-409.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; SANTOS JUNIOR, Luiz Haroldo Pereira dos. Controle de Convencionalidade e Margem de Apreciação Nacional: (In)Compatibilidade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. **Revista de Direito Público**, Porto Alegre, vol. 14, n. 81, p. 35-54, maio-jun. 2018.

LOPEZ, Ismael; LOVE, Julia; McCOOL, Grant. Nicaragua expels OAS missions investigating violent protests. 20 Dec. 2018. **Reuters**, World News. Available at: <https://www.reuters.com/article/us-nicaragua-oas-idUSKCN1OJ05O>. Access in: Jan. 30, 2019.

LUPU, Yonatan; VOETEN, Erik. Precedent in International Courts: A Network Analysis of Case Citations by the European Court of Human Rights. **British Journal of Political Science**, n. 42, March 2012, p. 413-439.

MALAMUD, Andrés. El contexto del diálogo jurídico interamericano: fragmentación y diferenciación en sociedades más prósperas. *In*: BOGDANDY, Armin von; FIX-FERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. **Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos**. Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional; Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2014, p. 107-124.

MALARINO, Ezequiel. Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *In*: PASTOR, Daniel (ed.) **El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos**. Buenos Aires: Adhoc, 2005. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3515/6.pdf>. Acceso en: Dic. 10, 2020.

MARINO, Thiago Fuchs. A prisão após segunda instância, o STF e os tratados internacionais. **Justificando**, 11 de novembro de 2019. Disponível em: <https://www.justificando.com/2019/11/11/a-prisao-apos-segunda-instancia-o-stf-e-os-tratados-internacionais/>. Acesso em: 13 nov. 2019.

MATOS, Monique Fernandes Santos. Adesão da União Europeia à Convenção Europeia de Direitos do Homem e a Interação entre o Tribunal de Justiça da União Europeia e a Corte Europeia de Direitos Humanos. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Curso de Direito. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação**, v. 9, n. 1, 2014, p. 1-23. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/download/45572/31249>. Acesso em: 27 fev. 2019.

MAZUI, Guilherme. 'Se não puder ter filtro, nós extinguiremos a Ancine', diz Bolsonaro. **G1**, 19 de julho de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/19/se-nao-puder-ter-filtro-nos-extinguiremos-a-ancine-diz-bolsonaro.ghtml>. Acesso em 26 dez. 2019.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos Humanos na Jurisprudência Internacional: Sentenças, Opiniões Consultivas, Decisões e Relatórios Internacionais**. São Paulo: Método, 2019.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, Patrícia Perrone Campos de. “A vida como ela é”: comportamento estratégico nas cortes. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, no 2, p. 688-718, 2018.

MELLO, Patrícia Perrone Campos de. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o Ius Constitutionale Commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer? **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 253-285, 2019.

MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. New York: Oxford University Press, 2013, p. 14-121.

MENKE, Christoph; POLLMANN, Arnd. **Filosofía de los Derechos Humanos**. Trad. Remei Capdevilla Werning. Barcelona: Herder, 2010.

MERKEL, Wolfgang. Embedded and Defective Democracies. **Democratization**, v. 11, n. 5, p. 33-58, December 2004.

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. **Tesis del Tribunal Pleno aprobada el 28 de noviembre de 2011**, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro III, diciembre de 2011, tomo 1.

MEYER, Emilio Peluso Neder. Sempre é tempo de voltar à questão da anistia. **JOTA**, 04 maio 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/sempre-tempo-questao-anistia-04052018>. Acesso em: 20 fev. 2019.

MILLON-DELSON, Chantal. **L'état subsidiaire**. Ingérence et non-ingérence de l'État: le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne. Paris: Presses Universitaires de France, 1992.

MOHALLEM, Michael Freitas. Horizontal Judicial Dialogue on Human Rights: the Practice of Constitutional Courts in South America. *In*: MÜLLER, Amrei; KJOS, Hege Elisabeth. **Judicial Dialogue and Human Rights: studies on International Courts and Tribunals**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 67-112.

MORALES ANTONIAZZI, Mariela. Diálogo transjurisdiccional en materia de protección de las personas privadas de libertad: Aportes de la Corte IDH en la construcción de un Ius Constitutionale Commune. *In*: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (coord.). **Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 301-345.

MORALES ANTONIAZZI, Mariela. La doble estatalidad abierta: interamericanización y mercosurización de las Constituciones suramericanas. *In*: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. **Estudos Avançados de Direitos Humanos**. Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 178-227.

MORALES ANTONIAZZI, Mariela. O Estado Aberto: Objetivo do Ius Constitutionale Commune em Direitos Humanos. *In*: BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Ius Constitutionale Commune na América Latina**. Volume I: Marco Conceptual. Curitiba: Juruá, 2016. p. 53-74.

MUZZI FILHO, Carlos Victor. O Relator e a Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade: Crítica à Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *In*: BARBOSA, Cláudia Maria; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona; SILVA, Lucas Gonçalves da (coord.). **Política judiciária, gestão e administração da justiça**. Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/k3k67b7p/71fGMDZkzcBNxT7R.pdf> Acesso em: 12 fev. 2019.

N'DRI, Alban Kouakou. El sistema africano de los Derechos Humanos: aproximación político-institucional de la protección de los Derechos Humanos en la Unión Africana. *In*: UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio; SAIZ ARNAIZ, Alejandro; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coord.). **La garantía jurisdiccional de los Derechos Humanos: un estudio comparado de los sistemas regionales de tutela: europeo, interamericano y africano**. European Inklings, n. 6, 2015, p. 425-448.

NEGISHI, Yota. The subsidiarity principle's role in allocating competences between human rights courts and states parties: the hybrid model of centralized and diffused conventionality

control of domestic law. *In*: BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Ius Constitutionale Commune na América Latina**. V. III. Diálogos Jurisdiccionais e Controle de Convencionalidade. Curitiba: Juruá, 2016, p. 125-160.

NEUMAN, Gerald L. Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights. **The European Journal of International Law**, v. 19, n. 1, 2008, p. 101-123.

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

NIEMBRO ORTEGA, Roberto. Sobre la legitimidad democrática del diálogo entre jueces nacionales y internacionales tratándose de derechos fundamentales. *In*: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. **Estudios avanzados de Derechos Humanos**. Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo Direito Público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 112-140.

NIKKEN, Pedro. La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *In*: SISTEMA Interamericano de Protección de Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI, el. Tomo I. San José: **Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos**, 1999, p. 161-188. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2454/10.pdf>. Acceso en: 29 nov. 2019.

NINO, Carlos Santiago. **Ética e Direitos Humanos**. Trad. Nélio Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2011.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003.

NUÑEZ POBLETE, Manuel. Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos. *In*: ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea; NUÑEZ POBLETE, Manuel (coord.) **El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales**. Universidad Autónoma de Mexico, p. 3-49.

OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. El Bloque de constitucionalidad en Colombia. **Centro de Estudios Constitucionales de Chile**, v. 3 n.1, p. 231-242, 2005. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/820/82003112.pdf>. Acceso en: 26 oct. 2019.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais: Efetividade Frente à Reserva do Possível**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2018.

OLSEN, Ana Carolina Lopes; FACHIN, Melina Girardi. Diálogo Judicial Cooperativo en el Ius Constitutionale Commune para la Defensa de los Derechos Humanos. Apresentação realizada no Painel n. 10, Dialogues: Building bridges to protect democracy and human rights. **ICON-S Conference**, em Santiago, Chile, 3 de junio de 2019.

OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. Diálogos judiciais sobre direitos humanos no Ius Constitutionale Commune Latino-Americano. *In*: VILLATORE, Marco Antônio César; MATTOS, Marília Sores de; FERRAZ, Miriam Olivia Knopik (Org.) **Ensaio sobre Violação de Direitos Humanos: Análise Jurídica da Proteção no Ordenamento Jurídico**. Porto Alegre: Fi, 2019, p. 415-433.

OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. O papel da Corte Interamericana de Direitos humanos na construção dialogada do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 302-363, 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. San Jose, Costa Rica, 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 20 fev. 2019.

PARIS, Davide. Constitutional courts as European Union courts: The current and potential use of the EU law as a yardstick for constitutional review. **Maastricht Journal of European and Comparative Law**, v. 24, n. 6, December 2017, p. 792-821.

PARLAMENTO DEL MERCOSUR. **Proyecto Pedido de Informes del Parlamento del Mercosur a los Presidentes de Argentina, Brasil y Paraguay acerca de la Petición Presentada ante la CIDH el 11 de Abril de 2019**. Montevideo, 23 abril 2019. Disponible en: <https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/file/16747/1/mep-166-2019.pdf>. Acceso en: 20 nov. 2019.

PARRA VERA, Óscar. El impacto de las decisiones interamericanas. Notas sobre la producción académica y una propuesta de investigación en torno al “empoderamiento institucional”. In: BOGDANDY, Armin von; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. **Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos**. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos, 2014, p. 383-420.

PAUL, Álvaro. The Emergence of a More Conventional Reading of the Conventionality Control Doctrine. **Revue générale de droit**, n. 49 p. 275-302, 2019.

PEGORARO, Lucio. Estudio Introdutorio. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.). **Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos: Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 31-80.

PÉREZ HERRERA, Elisa. **Valor jurídico y jerarquía en el derecho chileno de los Derechos Humanos contenidos en Tratados Internacionales**. Tesis presentada en la Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago de Chile, 2018. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/151648/Valor-jur%C3%ADdico-y-jerarqu%C3%ADa-en-el-derecho-chileno-de-los-derechos-humanos-contenidos-en-tratados-internacionales.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acceso en: 26 oct. 2019.

PEREZ, Augustina. Una mirada desde América Latina sobre el margen de apreciación estatal en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿génesis de una permanente tensión entre democracia y derechos? **Revista Jurídica de la Universidad de Palermo**, año 15, n. 1, p. 79-98, mayo 2017.

PERÚ. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. **Plan Integral de Reparaciones**. Ley n. 28592. Lima, jun. 2013. Disponible en: https://cman.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2017/07/Lineamientos_SIMBOLICAS.pdf. Acceso en: 15 ene. 2020.

PETERS, Anne. Dual Democracy. *In*: KLABBERS, Ian; PETERS, Anne; ULFSTEIN, Geir. **The Constitutionalization of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 263-341.

PETERS, Anne. Humanity as the A and Ω of Sovereignty. **The European Journal of International Law**, v. 20 n. 3, 2009, p. 513-544, doi: 10.1093/ejil/chp026.

PILDES, Richard. Supranational Courts and the Law of Democracy: The European Court of Human Rights. New York University, School of Law. **Public Law and Legal Theory Research Paper Series**. Workin Paper 16-43. September 2016.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n.19 jan./jun. 2012, p. 67-93.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Discurso proferido no lançamento da obra Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Curitiba, Salão Nobre da Faculdade de Direito, Praça Santos Andrade, n. 50, em 24 de outubro de 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Impacto das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do STF**. São Paulo: Podium, 2015.

PIOVESAN, Flávia. Ius Constitutionale Commune en América Latina: Context, Challenges, and Perspectives. *In*: BOGDANDY, Armin von; et. al. (ed.) **Transformative Constitutionalism in Latin America**. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 49-65.

PIOVESAN, Flávia. Princípio da complementariedade e soberania. **Revista Centro de Estudos Judiciários**, Conselho da Justiça Federal, v. 4 n. 11 mai./ago. 2000.

PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Impacto Transformador, Diálogos Jurisdicionais e os Desafios da Reforma. **Revista de Direitos Emergentes na Sociedade Global**, v. 3, n. 1, p. 76-101, jan/jul. 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/REDESG/article/view/16282/pdf#.XHZdfS3Oo6g>. Acesso em: 27 fev. 2019.

PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**, promulgada em 2 de abril de 1976. VII Revisão Constitucional 2005.

PREITE SOBRINHO, Wanderley. Brasil registra uma morte por homofobia a cada 16 horas, aponta relatório. **UOL**, São Paulo, 20 fev. 2019. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/02/20/brasil-matou-8-mil-lgbt-desde-1963-governo-dificulta-divulgacao-de-dados.htm>. Acesso em: 19 jan. 2020.

PRIMEIRO júri federalizado do Brasil terá início nesta terça, em Pernambuco. **Revista Consultor Jurídico**, 13 de abril de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-abr-13/primeiro-juri-federalizado-brasil-inicio-nesta-terca>. Acesso em: 30 jul. 2019.

QUISPE REMÓN, Florabel. El agotamiento de recursos internos en los sistemas regionales de protección de los derechos humanos. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, v. 8, n. 8, 2008, p. 79-84.

RAMOS, André de Carvalho. Realizando a convergência entre o nacional e o internacional: os círculos concêntricos da pluralidade das ordens jurídicas no Brasil. *In*: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (coord.). **Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 437-468.

RAPATSA, Mashele (Mr.). Transformative Constitutionalism in South Africa: 20 Years of Democracy. **Mediterranean Journal of Social Sciences**, v. 5, n. 27, p. 887-995, December 2014.

RAULUS, Helena. The Charter of Fundamental Rights as a set of constitutional principles. *In*: TRYBUS, Martin; RUBINI, Luca. **The Treaty of Lisbon and the Future of European Law and Policy**. Cheltenham, UK: Edward Elgar, p. 181-199.

REPÚBLICA DOMINICANA. **Constitución de la República Dominicana**, de 13 de junio de 2015.

RESENDE, Ranieri L. Deliberation and Decision-Making Process in the Inter-American Court of Human Rights: Do Individual Opinions Matter? **Northwestern Journal Human Rights**, v. 17, article 2, p.25-50, 2019. Available at: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njihr/vol17/iss1/2>. Access in: Nov. 28, 2019.

RESTREPO, Laura. **Dulce Compañía**. Bogota: Alfaguara, 2005.

REYES-TORRES, Amaury A. **Margen de Apreciación, Control de Convencionalidad y Derechos**. Working Paper 4/2014 AART. Disponible en: <https://independent.academia.edu/AmauryAREyesTorres>. Acceso en: 20 ago. 2019.

ROA ROA, Jorge Ernesto. **La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2015.

ROA ROA, Jorge Ernesto; CHUEIRI, Vera Karam de; et. al. *Amicus Curiae* sobre a solicitação de opinião consultiva relativo à figura do juízo político ou *Impeachment* apresentada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Revista da Faculdade de Direito UPFR**, v. 63, n. 1, p. 213-266, jan./abr. 2018.

ROA ROA, José Ernesto. La protección de los derechos políticos frente a las funciones disciplinarias de las autoridades administrativas: subsidiariedad y deferencia en el sistema interamericano de derechos humanos. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, no 2, 2018 p. 800-823.

RODILES, Alejandro. The Law and Politics of the Pro Persona Principle in Latin America. *In*: BOGDANDY, Armin von; et. al. (ed.) **Transformative Constitutionalism in Latin America**. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 153-174.

ROLLA, Giancarlo. Algunas consideraciones sobre la tutela de los derechos y libertades fundamentales ante las jurisdicciones supranacionales. *In*: SAIZ ARNAIZ, Alejandro;

SOLANES MULLOR, Joan; ROA ROA, Jorge Ernesto. **Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 71-88.

ROSSI, Amélia Sampaio. Direitos Fundamentais e Direitos Humanos: o estreitamento das fronteiras conceituais ea necessidade de um diálogo entre a órbita jurídica interna e internacional. **Opini3n Jur3dica**, v. 18, ed. 37, 2019, p. 209-230.

ROUX, Theunis. Transformative constitutionalism and the best interpretation of the South African Constitution: distinction without a difference? **Stellenbosch Law Review**, v. 2, p. 258-285, 2009. Available at: https://pdfs.semanticscholar.org/5eae/e8eb64bd96f5248d8eb39fa61660129576be.pdf?_ga=2.36844192.1693293173.1579901614-517184858.1579901614. Access in: Jan. 10, 2020.

RUIZ-MORALES, Manuel L. El control de convencionalidad y los sistemas de protecci3n de los derechos humanos americano y europeo. Su recepci3n en el caso argentino y espa3ol. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, 21, 129-160, 2017. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.21.06>. Acceso en: 20 jul. 2019.

SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo. Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *In*: BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. **Ius Constitutionale Commune en Am3rica Latina**: textos b3sicos para su comprensi3n. M3xico: Instituto de Estudios Constitucionales el Estado de Quer3taro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 457-502.

SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo; PACHECO ARIAS, Gabriela. Las sesiones “itinerantes” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un largo y fecundo caminar por Am3rica. *In*: GARCÍA RODRIGUEZ, S3rgio; CASTAÑEDA HERNANDEZ, Mireya (ed.). **Recepci3n Nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Admisi3n de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana**. M3xico: Universidad Aut3noma de M3xico, 2009, p. 37-73.

SAGÜÉS, N3stor Pedro. El “control de convencionalidad” como instrumento para elaboraci3n de un ius commune interamericano. *In*: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.), **La justicia constitucional y su internacionalizaci3n**. ¿Hacia un ius constitutionale commune en Am3rica Latina?, IJ-UNAM, IIDC, 2010, p. 449-468.

SAGÜÉS, N3stor Pedro. El control de convencionalidad y la problem3tica de sus toques. **Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional**. Buenos Aires, Argentina, 21, 22, 23 mayo 2019. Disponible en: http://aadconst.org.ar/revistadigital/wp-content/uploads/2019/05/Nestor_Pedro_Sagues.pdf. Acceso en: 9 nov. 2019.

SAGÜÉS, N3stor Pedro. Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad. **Estudios Constitucionales**, A3o 8, No 1, 2010, p. 117-136.

SAIZ ARNAIZ, Alejandro (Director); SOLANES MULLOR, Joan; ROA ROA, Jorge Ernesto. **Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**. Val3ncia: Tirant lo Blanch, 2017.

SAIZ ARNAIZ, Alejandro. La interacci3n entre los tribunales que garantizan derechos humanos: razones para el di3logo. *In*: SAIZ ARNAIZ, Alejandro (Director); SOLANES

MULLOR, Joan; ROA ROA, Jorge Ernesto. **Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**. Valência: Tirant lo Blanch, 2017, p. 29-43.

SAIZ ARNAIZ, Alejandro. Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: las razones para el diálogo. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (ed.). **Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales: XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional**, p. 131-160, 2013.

SALAZAR UGARTE, Pedro. La disputa por los derechos y el *Ius Constitutionale Commune*. *In*: FIX FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; BOGDANDY, Armin von. **Ius Constitutionale Commune en América Latina**. Rasgos, potencialidades y desafíos. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014, p. 37-59.

SALAZAR UGARTE, Pedro. The Struggle for Rights. *In*: BOGDANDY, Armin von; et. al. (ed.) **Transformative Constitutionalism in Latin America**. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 67-82.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRAVO, Irina Graziela Cervantes. Diálogos jurisdicionais e acesso (universal?) à justiça: a possível construção de um fundamento processual para o cosmopolitismo. *In*: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (coord.). **Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 253-294.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRUM, Márcio Morais. A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado? **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, vol. XV, p. 195-238, 2015.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; MORAIS, José Luiz Bolzán de; VIEIRA, Lucas Pacheco. Reenvio Prejudicial Interamericano: um novo mecanismo processual para o desenvolvimento do direito internacional dos Direitos Humanos. *In*: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coord). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica: avançando no diálogo constitucional e regional**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011, p. 601-623.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; SILVA, Maria Beatriz Oliveira da; MELLO; Rafaela da Cruz. Novas geometrias jurídicas e a construção de um direito comum pluralista: uma análise da aplicação da margem nacional de apreciação pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. **Revista Culturas Jurídicas**, v. 2, n. 3, p. 157-181, 2015.

SANDOVAL, Clara. Two steps forward, one step back: Reflections on the jurisprudential turn of the Inter-American Court of Human Rights on domestic reparation programs. **The International Journal of Human Rights**, p. 1192-1208, 2017. Available at: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r37045.pdf>. Access in Jan. 9, 2020.

SANTANA, Anna Luisa Walter de; PAMPLONA, Danielle Anne. Contribuições do ICCAL: o constitucionalismo transformador frente às violações de direitos humanos por empresas. *In*: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coord). **Constitucionalismo transformador, inclusão, e direitos sociais: Desafios do Ius Constitutionale Commune Latino-Americano à Luz do Direito Econômico Internacional**. Salvador: Juspodium, 2019, p. 179-192.

SANTIAGO, Alfonso. El principio de subsidiariedad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. **Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas**. Instituto de Política Criminal, 7 ago. 2013. Disponible en: <https://www.ancmyp.org.ar/user/files/02-Santiago13.pdf>. Acceso en: 22 maio 2019.

SANTÍN, Carolina. Colômbia: A busca de um ritmo. **Folha de S. Paulo**. Mundo: América do Sul em Ebulição, 26 de dezembro de 2019.

SANTOLAYA, Pablo. La apertura de las Constituciones a su interpretación conforme a los tratados internacionales. *In*: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.) **Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos**: Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 447-456.

SARLET, Ingo Wolfgang. Controle de convencionalidade dos tratados internacionais. **Conjur**, 10 abr. 2015. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-abr-10/direitos-fundamentais-control-e-convencionalidade-tratados-internacionais>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

SARMENTO, Daniel. O Direito Constitucional e o Direito Internacional: diálogos e tensões. *In*: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (coord.). **Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 93-137.

SAUVÉ, Jean-Marc. **Subsidiarity**: a two-sided coin? The role of the national authorities. Seminar organised by the European Court of Human Rights. Strasbourg, Friday 30 January 2015. Available at: https://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20150130_Seminar_JMSauvé_ENG.pdf. Access in: Feb. 20, 2019.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 145-165, abr./jun. 2005.

SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA (BRASIL), COMISSÃO DE ANISTIA (BRASIL), CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

SERRANO, Andrés González; MELENDEZ SALAMANCA, María Isabel. La jurisdicción militar desde los fallos de la Corte Interamericana en relación con Colombia. **Saber, Ciencia y Libertad**, v. 11, n.1 p. 37-60, Cartagena, 2016.

SHANY, Yuval. Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law? **The European Journal of International Law**, v. 16 no. 5, 2006, doi: 10.1093/ejil/chi149.

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.

SILVA, Carla Ribeiro Volpini; JUNIOR, Bruno Wanderley. A responsabilidade internacional do Brasil em face do controle de convencionalidade em sede de direitos humanos: conflito de interpretação entre a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal quanto a Lei de anistia. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, p. 611-629, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional. *In*: NEVES, Marcelo. **Transnacionalidade do Direito**: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 101-112.

SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. *In*: BOGDANDY, Armin von; PIOVENSAN, Flávia, MORALES ANTONIAZZI, Mariela (Org.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, p. 515-530.

SINEMBARGO. **CoIDH respeta sistemas judiciales de los países, afirma García-Sayán**. 28 febrero 2013. Disponible en: <https://www.sinembargo.mx/28-02-2013/544525>. Acceso en: 18 set. 2019.

SKORDAS, Aquilles. Treaty Interpretation and Global Governance: The Role of Domestic Courts. *In*: AUST, Helmut Phillip; NOLTE, Georg (ed.). **The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence**. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 290-316.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A Global Community of Courts. **Harvard International Law Review**, v. 44, n. 1, 2003, p. 191-219.

SLAUGHTER, Anne-Marie. **A New World Order**. New Jersey: Princeton University Press, 2004.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication. **University of Richmond Law Review**, n. 29, 1994, p. 99-137. Available at: <http://scholarship.richmond.edu/lawreview/vol29/iss1/6>. Access in: Feb. 11, 2019.

SOLEY, Ximena. La desaparición forzada de personas en la jurisprudencia de la Corte IDH. *In*: RUI VEGA, Luis Efrén; SPIGNO, Irene. **Estudios de casos líderes interamericanos y europeos**. Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2016, p. 183-201.

SOLEY, Ximena. The transformative dimension of the Inter-American jurisprudence. *In*: BOGDANDY, Armin von; et. al. (ed.). **Transformative Constitutionalism in Latin America**. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 337-356.

SOLEY, Ximena; STEININGER, Silvia. Parting ways or lashing back? Withdrawals, *backlash* and the Inter-American Court of Human Rights. **MPIL Research Paper Series No.** 2018-01. Available at: <https://ssrn.com/abstract=3103666>. Access in: 10 dec. 2018.

SOLTMAN, Daniel. Applauding Uruguay's Quest for Justice: Dictatorship, Amnesty, and Repeal of Uruguay Law No. 15.848. **Washington University Global Studies Law Review**, v. 12, p. 829-848, 2013. Available at: https://openscholarship.wustl.edu/law_globalstudies/vol12/iss4/9. Access in: July 25, 2019.

SOUZA SANTOS, Boaventura de. **Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization and Emancipation**. London: Butterworth, 2002.

SPANO, Robert. Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity. **Human Rights Law Review**, 2014, 14, 487–502. Downloaded from <https://academic.oup.com/hrlr/article-abstract/14/3/487/644292> by Max-Planck-Institute for medical research user on 28 January 2019.

SPIELMANN, Dean. **Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and The National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?** Downloaded from <https://www.cambridge.org/core>. IP address: 200.185.218.64, on 23 Jul 2019 at 21:57:33, subject to the Cambridge Core terms of use, Available at: <https://www.cambridge.org/core/terms>. <https://doi.org/10.5235/152888712805580570>. Access in: Jan. 28, 2019.

STADEN, Andreas von. **Democratic Legitimacy of Judicial Review Beyond the State: Normative Subsidiarity and Judicial Standards of Review.** Available at: <http://ssrn.com/abstract=1969442>. Access in: July 23, 2019.

STAES, Dorothea. The importation of “external sources” by the ECtHR. *In*: ARCARI, Maurizio; BALMOND, Louis (ed.). **Judicial Dialogue in the International Legal Order: between pluralism and legal certainty.** Napoli: Editoriale Scientifica, 2014, p. 61-89.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Plenário referenda liminar que suspendeu medida provisória que transferia demarcação de terras indígenas para Ministério da Agricultura.** 01 ago. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=418183>. Acesso em: 20 set. 2019.

TEUBNER, Gunther. Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society. *In*: TEUBNER, Gunther (ed.). **Global Law Without a State.** Brookfield: Dartmouth, 1997, p. 3-28.

TIGROUDJA, Hélène, The Advisory Jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights (La Compétence Consultative de la Cour Interaméricaine des Droits de L'Homme) (French). **La Fonction Consultative des Juridictions Internationales**, 2009. Available at: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1720423>. Access in: Nov. 30, 2019.

TIMMER, Alexandra. S.H. and Others v. Austria: margin of appreciation and IVF. **Strasbourg Observers**, 9 nov. 2011. Available at: <https://strasbourgobservers.com/2011/11/09/s-h-and-others-v-austria-margin-of-appreciation-and-ivf/>. Access in: Oct. 9, 2019.

TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Accountability e Independência Judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).* **Revista de Sociologia e Política** v. 21, n. 45, mar. 2013, p. 29-46.

TORRES PÉREZ, Aida. El Impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en España. *In*: GALINDO, George Rodrigo Bandeira; URUEÑA, René; TORRES PÉREZ, Aida (Coord). **Protección Multinível de los Derechos Humanos: Manual.** Red de Derechos Humanos e Educación Superior. 2013. Disponible en: https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/PMDH_Manual.pdf. Acceso en: 17 feb. 2019.

TORRES PÉREZ, Aida. En defensa del pluralismo constitucional. *In*: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.). **Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos: Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 457-480.

TORRES PÉREZ, Aida. In Nobody's Name: A Checks and Balances Approach to International Judicial Independence. **MPIL Research Paper Series** n. 2017-03. Available at:

<https://ssrn.com/abstract=2924435>. Access in: Nov. 15, 2019.

TORRES VÁSQUEZ, Henry. La seguridad nacional y totalitarismo; el resurgimiento del populismo. **Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales**, n. 31, 2009, p. 141-157. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3224937>. Acceso en: 10 jul. 2019.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Conselho da Europa. **Convenio Europeo de Derechos Humanos**. Strasbourg. Disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf. Acceso en: 6 enero 2020.

TUROLLO JR., Reynaldo, CANCIAN, Natalia. Supremo blindo Congresso de medidas de Bolsonaro que atropelam Legislativo. **Folha de S. Paulo**, 6 jan. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/01/supremo-blinda-congresso-de-medidas-de-bolsonaro-que-atropelam-legislativo.shtml>. Acesso em: 8 jan. 2020.

TUROLLO JR., Reynaldo, URIBE, Gustavo. Barroso, do STF, suspende medida de Bolsonaro sobre demarcação de terra indígena. **Folha de S. Paulo**, 24 jun. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/06/barroso-do-stf-suspende-medida-de-bolsonaro-sobre-demarcacao-de-terra-indigena.shtml>. Acesso em: 8 jan. 2020.

TUSHNET, Mark. The Inevitable Globalization of Constitutional Law. **Harvard Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Series Paper No. 09-06**. 18 dez. 2008. Available at: <http://ssrn.com/abstract=1317766>. Access in: Dec. 3, 2018.

TZANAKOPOULOS, Antonios. Judicial Dialogue as a Means of Interpretation. *In*: AUST, Helmut Phillip; NOLTE, Georg (ed.). **The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence**. Oxford: Oxford University Press, 2016, p.72-95.

U2. Every breaking wave. 4 min, 12 s. *In*: U2. **Songs of innocence**. New York: Electric Lady Studios, 2014.

ULFSTEIN, Geir. Institutions and Competences, *In*: KLABBERS, Ian; PETERS, Anne; ULFSTEIN, Geir. **The Constitutionalization of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 45-80.

UNITED NATIONS. **Viena Convention on the Law of the Treaties**. Viena, 1969. Treaties Series, n. 1155, p. 331, 2005.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo. La judicialización de la política en Colombia: Casos, Potencialidades y Riesgos. **SUR – Revista Internacional de Derechos Humanos**, n. 6, ano 4, p. 53-69, 2007.

VALENTE, Rubens. Procuradoria aponta 'desvio de finalidade' de Bolsonaro em comissão sobre ditadura. **Folha de S. Paulo**, 1 de outubro de 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/10/procuradoria-aponta-desvio-de-finalidade-de-bolsonaro-em-comissao-sobre-ditadura.shtml>. Acesso em: 30 dez. 2019.

VARELLA, Marcelo D., MONEBHURRUM, Nitish; GONTIJO, André Pires. **Proteção Internacional dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Processo, 2019.

VARGAS VERA, Georgina (2018). La aplicación del Principio de Subsidiariedad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: avances y retos. **Iuris Dictio** n. 21, p. 99-109, 2018.

VÁZQUEZ ESQUIVEL, Efrén; CIENFUEGOS SORDO, Jaime Fernando. El diálogo judicial como diálogo hermenéutico: perspectivas de los derechos humanos en el diálogo de las Altas Cortes y la Jurisdicción Interna. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, vol. 61, n. 1, jan./abr. 2016, p. 9–41.

VENTER, François. Globalization of Constitutional Law through comparative Constitution-making. **Law and Politics in Africa, Asia and Latin America**, V. 41, N. 1, 2008, p. 16-31. Publicado por: Nomos Verlagsgesellschaft mbH Stable. Available at: <http://www.jstor.org/stable/43239422>. Access in: May 5, 2016.

VOINA-MOTOC, Iulia. Conceptions of Pluralism and International Law. *In*: FABRI, Hélène Ruiz; JOUANNET, Emmanuelle; TOMKIEWICZ, Vincent. **Select Proceedings of the European Society of International Law**. v. 1, 2006. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2008, p. 401-430.

WALKER, Neil. The migration of constitutional ideas and the migration of the constitutional idea: the case of the EU. *In*: CHOUDHRY, Sujit. **The Migration of Constitutional Ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 320-321.

WARD, Ian. The end of sovereignty and the new humanism. **Stanford Law Review**, n. 55, v. 5, maio 2003, p. 2091-2112.

WIKIPEDIA. **List of parties to the Vienna Convention on the Law of Treaties**. Available at: https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_parties_to_the_Vienna_Convention_on_the_Law_of_Treaties. Access in: Feb. 18, 2019.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco. Control de convencionalidad y tribunales nacionales. Dilemas y perspectivas. *In*: HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. **El Control de Convencionalidad: Un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile**. Santiago: DER Ediciones, 2017, p. 489-564.

REFERÊNCIAS DE CASOS CITADOS

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 379.269-MS**. Min. Relator Reynaldo Sares Fonseca. Relator para Acórdão Min. Antônio Saldanha Palheiro. Julgado em 24 mai. 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.640.084-SP**. Relator Min. Ribeiro Dantas. Julgado em 15 dez. 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510-DF**. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 29 de maio de 2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ**. Relator Min. Ayres Brito. Julgado em 05 mai. 2011, DJE 13 out. 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153-DF**. Relator: Min. Eros Grau. Julgado em 29 abr. 2010. Publicação DJ 06 ago. 2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Caso Raposa Serra do Sol**. Acórdão. Pet. n.o 3.388 /PR. Pleno. Relator Min. Carlos Britto. DJU, Brasília, 17 de abril de 2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 141.949/RJ**. Segunda Turma. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 13 mar. 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14700730>. Acesso em: 15 nov. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 82.424-RS**. Rel. Ministro Moreira Alves. Brasília: Diário de Justiça, 19 mar. 2004.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 82.959-7**, São Paulo. Relator Min. Marco Aurélio. Julgado em 23 de fevereiro de 2006. Publicado no DJ 02 de setembro de 2006.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347-DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Decisão liminar proferida em 9 set. 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 466.343/SP**. Ministro Relator César Peluso. Julgado em 3 dezembro 2008, Diário da Justiça n. 104, publicado em 05 junho 2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 511.961-SP**. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgado em 17 jun. 2009. Brasília, Diário da Justiça, 13 de novembro de 2009.
- COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentença C-007/18**. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-007-18.htm>. Acesso em: 23 fev. 2019.

COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia C-225 de 1995**. Disponible em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-225-95.htm>. Acceso em: 23 fev. 2019.

COMISIÓN IDH, **Informe n. 48/00**, caso 11.166, Walter Vásquez Vejarano vs. Perú, 13 de abril de 2000.

COMISIÓN IDH. **Informe n. 98/03**, caso 11.204, Statehood Solidarity Committee vs. USA, 29 de diciembre de 2003.

CORTE IDH. **Caso "Cinco Pensionistas" vs. Perú**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98.

CORTE IDH. **Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001.

CORTE IDH. **Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198.

CORTE IDH. **Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C 154.

CORTE IDH. **Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam**. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15.

CORTE IDH. **Caso Alvarado Espinoza y otros vs. México**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 370.

CORTE IDH. **Caso Anzualdo Castro vs. Perú**. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C n. 202.

CORTE IDH. **Caso Arrom Suhurt y otros vs. Paraguay**. Fondo. Sentencia de 13 de mayo de 2019. Serie C No. 377.

CORTE IDH. **Caso Arrom Suhurt y otros vs. Paraguay**. Resumen oficial emitido por la Corte Interamericana.

CORTE IDH. **Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257.

CORTE IDH. **Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de febrero de 2016.

CORTE IDH. **Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) vs. Perú**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2019. Serie C No. 394.

CORTE IDH. **Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C n. 239.

CORTE IDH. **Caso Baena Ricardo y otros (“270 trabajadores”) vs. Panamá.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.

CORTE IDH. **Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá.** Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104.

CORTE IDH. **Caso Barreto Leiva vs. Venezuela.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C n. 206.

CORTE IDH. **Caso Barrios Altos vs. Perú.** Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C-75.

CORTE IDH. **Caso Blake vs. Guatemala.** Excepciones Preliminares. Sentencia de 2 de julio de 1996, Serie C N. 27.

CORTE IDH. **Caso Boyce y otros vs. Barbados.** Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169.

CORTE IDH. **Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México.** Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.

CORTE IDH. **Caso Castañeda Gutman vs. México.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184.

CORTE IDH. **Caso Cepeda Vargas vs. Colombia.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213.

CORTE IDH. **Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C n. 170.

CORTE IDH. **Caso Colindres Schonenberg vs. El Salvador.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2019. Serie C No. 373.

CORTE IDH. **Caso de la "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia.** Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.

CORTE IDH. **Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

CORTE IDH. **Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia.** Sentencia de 31 de enero de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C-140.

CORTE IDH. **Caso de las Comunidades Afro-descendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270.

CORTE IDH. **Caso Díaz Loreto y otros vs. Venezuela.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2019. Serie C n. 392.

CORTE IDH. **Caso Escher y otros vs. Brasil.** Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de mayo 2010.

CORTE IDH. **Caso Escher y otros vs. Brasil**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 19 de junio de 2012.

CORTE IDH. **Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil**. Sentença de 16 de fevereiro de 2017. Exceções Preliminares, Mérito, Reparação e Custas. Série C-333.

CORTE IDH. **Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil**. Sentença de 5 de fevereiro de 2018. Interpretação de Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas.

CORTE IDH. **Caso García Lucero y otras vs. Chile**. Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 267.

CORTE IDH. **Caso Garibaldi vs. Brasil**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de febrero de 2012.

CORTE IDH. **Caso Garibaldi vs. Brasil**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de febrero de 2011.

CORTE IDH. **Caso Gelman vs. Uruguay**. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C-221, párrafo 193.

CORTE IDH. **Caso Gelman vs. Uruguay**. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C-221.

CORTE IDH. **Caso Gelman vs. Uruguay**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013.

CORTE IDH. **Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C-30.

CORTE IDH. **Caso Girón y otro vs. Guatemala**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2019. Serie C No. 390.

CORTE IDH. **Caso Godínez Cruz vs. Honduras**. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 8.

CORTE IDH. **Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, de 17 de Octubre de 2017.

CORTE IDH. **Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de octubre de 2014.

CORTE IDH. **Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil**. Sentencia 24 noviembre 2010. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

CORTE IDH. **Caso Gómez Virula y otros vs. Guatemala**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2019. Serie C No. 393.

CORTE IDH. **Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No. 253.

CORTE IDH. **Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186.

CORTE IDH. **Caso Hernández vs. Argentina.** Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C No. 395.

CORTE IDH. **Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C n. 107.

CORTE IDH. **Caso Herzog y otros vs. Brasil.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de marzo de 2018. Serie C n. 353.

CORTE IDH. **Caso Isaza Uribe vs. Colombia.** Sentencia de 20 de noviembre de 2018. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 363.

CORTE IDH. **Caso Jenkins vs. Argentina.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2019. Serie C No. 397.

CORTE IDH. **Caso La Cantuta vs. Perú.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.

CORTE IDH. **Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile.** Sentencia de 5 de Febrero de 2001. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C-73.

CORTE IDH. **Caso Lagos del Campo vs. Perú.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340.

CORTE IDH. **Caso Lagos del Campo vs. Perú.** Sentencia de 21 de Noviembre de 2018. Interpretación de Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 366.

CORTE IDH. **Caso Las Palmeras vs. Colombia.** Sentencia del 6 de Diciembre de 2001. Fondo. Serie C n. 90.

CORTE IDH. **Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam,** de 30 de enero de 2014, serie C-276.

CORTE IDH. **Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276.

CORTE IDH. **Caso Loayza Tamayo vs. Perú.** Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33.

CORTE IDH. **Caso Loayza Tamayo vs. Perú.** Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42.

CORTE IDH. **Caso López Mendoza vs. Venezuela.** Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 20 de noviembre de 2015.

CORTE IDH. **Caso López y otros vs. Argentina.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2019. Serie C No. 396.

CORTE IDH. **Caso Maldonado Vargas y otros vs. Chile.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2015. Serie C No. 300.

CORTE IDH. **Caso Martínez Coronado vs. Guatemala.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de mayo de 2019. Serie C No. 376.

CORTE IDH. **Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia.** Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C-259.

CORTE IDH. **Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala.** Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116.

CORTE IDH. **Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala.** Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250.

CORTE IDH. **Caso Molina Theissen vs. Guatemala.** Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de marzo de 2019. Supervisión de cumplimiento de sentencia.

CORTE IDH. **Caso Molina Theissen vs. Guatemala.** Sentencia de 4 de mayo de 2004. Fondo. Serie C-106.

CORTE IDH. **Caso Muelle Flores vs. Perú.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375.

CORTE IDH. **Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala.** Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C-101.

CORTE IDH. **Caso Nogueira de Carvalho y otro vs. Brasil.** Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 28 de noviembre de 2006. Serie C No. 161.

CORTE IDH. **Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279.

CORTE IDH. **Caso Omeara Carrascal y otros vs. Colombia.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2018. Serie C No. 368.

CORTE IDH. **Caso Órdenes Guerra y otros vs. Chile.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2018. Serie C No. 372.

CORTE IDH. **Caso Palamare Iribarne vs. Chile.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.

CORTE IDH. **Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349.

CORTE IDH. **Caso Radilla Pacheco vs. México.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209.

CORTE IDH. **Caso Ricardo Canese vs. Paraguay.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C n. 111.

CORTE IDH. **Caso Rico vs. Argentina**. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 2 de septiembre de 2019. Serie C No. 383.

CORTE IDH. **Caso Rodríguez Revolorio y otros vs. Guatemala**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2019. Serie C No. 387.

CORTE IDH. **Caso Romero Feris vs. Argentina**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2019. Serie C No. 391.

CORTE IDH. **Caso Rosadio Villavicencio vs. Perú**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2019. Serie C No. 388.

CORTE IDH. **Caso Ruiz Fuentes y otra vs. Guatemala**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de octubre de 2019. Serie C No. 385.

CORTE IDH. **Caso Terrones Silva y otros vs. Perú**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C-360.

CORTE IDH. **Caso Tibi vs. Ecuador**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.

CORTE IDH. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú**. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C-158.

CORTE IDH. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006.

CORTE IDH. **Caso Trueba Arciniega y otros vs. México**. Sentencia de 27 de noviembre de 2018. Serie C No. 369.

CORTE IDH. **Caso Valenzuela Ávila vs. Guatemala**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de octubre de 2019. Serie C No. 386.

CORTE IDH. **Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras**. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C-1.

CORTE IDH. **Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras**. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C-4.

CORTE IDH. **Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras**. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C-7.

CORTE IDH. **Caso Vereda La Esperanza vs. Colombia**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 341.

CORTE IDH. **Caso Ximenes Lopes vs. Brasil**. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149.

CORTE IDH. **Caso Ximenes Lopes vs. Brasil**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de mayo de 2010.

CORTE IDH. **Caso Ximenes Lopes vs. Brasil**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2 mayo de 2008.

CORTE IDH. **Caso Ximenes Lopes vs. Brasil**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de septiembre 2009.

CORTE IDH. **Caso Yarce y otras vs. Colombia**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C No. 325.

CORTE IDH. **Caso Yatama vs. Nicaragua**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

CORTE IDH. **Casos Masacres de Río Negro y Gudiel Álvarez y otros vs. Guatemala**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de agosto de 2014.

CORTE IDH. **Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.

CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982**. "Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A No. 1.

CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989**. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Serie A No. 10.

CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994**. Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A No. 14.

CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-15/97 de 14 de noviembre de 1997**. Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A N. 15.

CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999**. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Serie A No. 16.

CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003**. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Serie A No. 18.

CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014**. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Serie A No. 21.

CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017**. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2,

13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A No. 24.

CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018.** La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A No. 25.

CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984.** Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Serie A No. 4.

CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985.** La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A No. 5.

CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986.** La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Serie A No. 6.

CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986.** Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A No. 7.

CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987.** Garantías judiciales en estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A No. 9.

CORTE IDH. **Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador.** Sentencia de 27 de Junio de 2012. Fondo y Reparaciones. Serie C-245.

CORTE IDH. **Resolución de 29 de Mayo de 2018.** Solicitud de Opinión Consultiva Presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case Brannigan and McBride v. United Kingdom.** Application n. 14553/89. Strasbourg, 1993.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case Christine Goodwin v. United Kingdom,** Application no. 28957/95, 11 July 2002.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case DN v. Switzerland.** Application n. 27154/95. Strasbourg, 2001.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case Handyside v. United Kingdom,** Application no. 5493/72, 1976.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case Kart v. Turkey.** Application n. 8917/05, 2008.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case Leyla Şahin v. Turkey.** Application no. 44774/98. Strasbourg, 2005.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case Odièvre v. France**. Application no. 42326/98. Strasbourg, 2003.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Hirst v. The United Kingdom** (n. 2). Application no. 74025/01. Strasbourg, 2005.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Van Kück v. Germany** (Application no. 35968/97), 12 sep. 2003.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case SH and others v. Austria**. N. 57813/00, 2011.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case Sunday Times v. United Kingdom** (1979–80).

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case X and others v. Austria**. 2013.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Wingrove v. United Kingdom** (1997).

EUROPEAN COURT ON HUMAN RIGHTS. **Cases of De Wilde, Ooms and Versyp ("Vagrancy") v. Belgium (Merits)**. Application no. 2832/66; 2835/66; 2899/66. Strasbourg, 18 June 1971.

INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. **Report n. 137/99**. Case 1.863, Andres Aylwin Azocar et. al. vs. Chile, December 27, 1999.

INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. **Report n. 30/93**. Case n. 10.804, José Efraín Ríos Montt vs. Guatemala. October 12, 1993.

INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. **Resolution n. 23/81**. Case 2141 (United States) Baby-Boy. March 6, 1981.

APÊNDICE A – QUADRO DE DECISÕES: DEFERÊNCIA NA DEFINIÇÃO E RESTRIÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

Processo	Direitos envolvidos e pretensões restritivas	Fundamentação relacionada à deferência
Opinião Consultiva OC-04/84	Direito à nacionalidade Restrições à naturalização, gerando diferença de tratamento	Levar a soluções injustas e contrárias à CADH; Observar um fim legítimo e obedece ao propósito para o qual foi criada; Ser proporcional (não é especialmente gravosa, e adequada ao fim a que se propõe; Reservar a autonomia dos Estados (prerrogativa dos Estados de adequar as normas convencionais a sua realidade); Preservar o pluralismo.
Opinião Consultiva OC-18/2003	Direitos dos trabalhadores migrantes indocumentados Restrições a direitos laborais	Preservar o pluralismo e as necessidades particulares dos Estados; Perseguir um fim legítimo; Ser proporcional ao fim a que se propõe; Preservar o mínimo essencial dos direitos a fim de garantir a dignidade humana.
Opinião Consultiva OC-24/2017	Direitos inerentes à identidade de gênero, e igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo	Não deve haver se tratar de direitos de grupos minoritários histórica e tradicionalmente perseguidos e violados; Não deve haver deferência para interpretações divergentes daquelas definidas na jurisprudência da Corte IDH.
Opinião Consultiva OC-25/2018	Asilo político como direito humano Alcance e limitações às restrições criadas pela legislação estatal	(No caso de asilo diplomático) Silêncio da CADH a respeito da matéria; Pluralismo no tratamento jurídico do tema pelos Estados; Ausência de um consenso entre os Estados; Preservar a soberania dos Estados.
Resolução de 29 de maio de 2018 Recusa de Opinião Consultiva	Garantias judiciais nos juízos políticos	Pluralismo dos desenhos institucionais e regulação da matéria entre os Estados; Ausência de consenso entre os Estados; Preservar a autonomia dos Estados para que atendam suas particularidades políticas.
Caso Yatama vs. Nicarágua, 2005	Direitos políticos Exigência de partidos políticos para exercício da elegibilidade Restrição à participação política de grupos indígenas	Observar os critérios convencionais para restrições; Discriminação resultante da restrição deve ser proporcional, necessária em uma sociedade democrática (não ser especialmente gravosa); Preservar o pluralismo para garantir particularidades dos Estados e dos titulares dos direitos (voto dissidente).
Caso Barreto Leiva vs.	Liberdade pessoal Garantias judiciais,	Preservar autonomia dos Estados para regular matéria recursal;

Venezuela, 2005	direito a recurso Regulação dos recursos em caso de prisões cautelares	Restrições devem observar requisitos convencionais; Preservar a essência do direito restringido.
Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador, 2007	Liberdade pessoal Garantias judiciais Regulação dos critérios para cabimento de prisão cautelar	Preservar autonomia dos Estados para definir a pertinência e a extensão das medidas cautelares de prisão; Restrições devem observar requisitos convencionais; Restrições devem ser proporcionais.
Caso Castañeda Gutman vs. México, 2008	Direitos políticos Exigência de partidos políticos para exercício da elegibilidade Restrição a candidaturas avulsas	Preservar o pluralismo (não há modelo único de democracia); Ausência de consenso entre os Estados; Restrições à elegibilidade devem observar critérios convencionais; Restrições devem ser proporcionais.
Caso Rico vs. Argentina, 2019	Garantias processuais Processos administrativos e políticos por faltas disciplinares de juízes	Preservar a autonomia dos Estados para definirem os processos disciplinares e os juízos políticos de seus agentes; Observar as garantias do devido processo legal; Ausência de consenso entre os Estados.

Fonte: a autora, 2020.