

**Pluralismo no
Ius Constitutionale
Commune
latino-americano**

Editor

João Luiz da Silva Almeida

Conselho Editorial

| | | |
|------------------------------------|-----------------------------------------|------------------------------------|
| Abel Fernandes Gomes | Gina Vidal Marcilio Pompeu | Luiz Henrique Sormani Barbugiani |
| Adriano Pilatti | Gisele Cittadino | Manoel Messias Peixinho |
| Alexandre Bernardino Costa | Gustavo Noronha de Ávila | Marcelo Pinto Chaves |
| Ana Alice De Carli | Gustavo Sénéchal de Goffredo | Marcelo Ribeiro Uchôa |
| Anderson Soares Madeira | Jean Carlos Dias | Márcio Ricardo Staffen |
| André Abreu Costa | Jean Carlos Fernandes | Marco Aurélio Bezerra de Melo |
| Beatriz Souza Costa | Jeferson Antônio Fernandes Bacelar | Marcus Mauricius Holanda |
| Bleine Queiroz Caúla | Jerson Carneiro Gonçalves Junior | Maria Celeste Simões Marques |
| Bruno Soeiro Vieira | João Marcelo de Lima Assafim | Murilo Siqueira Comério |
| Daniela Copetti Cravo | João Theotonio Mendes de Almeida Jr. | Océlio de Jesus Carneiro de Moraes |
| Daniele Maghelly Menezes Moreira | José Emilio Medauar | Ricardo Lodi Ribeiro |
| Diego Araujo Campos | José Ricardo Ferreira Cunha | Roberto C. Vale Ferreira |
| Enzo Bello | José Rubens Morato Leite | Salah Hassan Khaled Jr. |
| Firly Nascimento Filho | Josiane Rose Petry Veronese | Sérgio André Rocha |
| Flávio Ahmed | Leonardo El-Amme Souza e Silva da Cunha | Simone Alvarez Lima |
| Frederico Antonio Lima de Oliveira | Lúcio Antônio Chamon Junior | Valter Moura do Carmos |
| Frederico Price Grechi | Luigi Bonizzato | Vicente Paulo Barreto |
| Geraldo L. M. Prado | Luis Carlos Alcoforado | Victor Sales Pinheiro |
| | | Vinícius Borges Fortes |

Conselheiros beneméritos

Denis Borges Barbosa (*in memoriam*)
Marcos Juruena Villela Souto (*in memoriam*)

Filiais

Sede: Rio de Janeiro
Rua Octávio de Faria, nº 81 – Sala 301
CEP: 22795-415
Recreio dos Bandeirantes
Rio de Janeiro – RJ
Tel. (21) 3933-4004 / (21) 3249-2898

Maceió
(Divulgação)
Cristiano Alfama Mabilia
cristiano@lumenjuris.com.br
Maceió – AL
Tel. (82) 9-9661-0421

São Paulo
(Distribuidor)
Rua Sousa Lima, 75
CEP: 01153-020
Barra Funda – São Paulo – SP
Telefax (11) 5908-0240

Ana Carolina Lopes Olsen

**Pluralismo no
*Ius Constitutionale
Commune*
latino-americano**

Diálogos Judiciais sobre
Direitos Humanos

EDITORA LUMEN JURIS
RIO DE JANEIRO
2021

Copyright © 2021 by Ana Carolina Lopes Olsen

Categoria: Direitos Humanos

PRODUÇÃO EDITORIAL
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Diagramação: Rômulo Lentini

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.
não se responsabiliza pelas opiniões
emitidas nesta obra por seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895, de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

O52p

Olsen, Ana Carolina Lopes

Pluralismo no ius constitutionale commune latino-americano : diálogos judiciais sobre direitos humanos / Ana Carolina Lopes Olsen. – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2021.

540 p. ; 12 cm.

Bibliografia : p. 443-514.

ISBN 978-65-5510-499-8

1. Direitos humanos. 2. Pluralismo jurídico. 3. Deferência. 4. Diálogos judiciais. 5. Direito constitucional. I. Título.

CDD 342.8

Ficha catalográfica elaborada por Ellen Tuzi CRB-7: 6927

A Guilherme, Thomas e Max, por tudo.



Agradecimentos

Este livro foi concebido originalmente como tese defendida junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. 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, Danielle Anne Pamplona, que estiveram presentes na banca de defesa do projeto e contribuíram imensamente apontando-me caminhos valiosos. E também às professoras Míriam Lorena Henríquez Viñas, Jânia Maria Lopes Saldanha e Amélia do Carmo Sampaio Rossi, avaliadoras da banca final de doutorado, por seus aportes engrandecedores. Todas essas mulheres fantásticas são inspiração diária para seguir na pesquisa em Direito Público.

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 especialmente 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 compartilha 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 Massimo, 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.

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 para a entrega da tese. Os acertos são dele, os erros, todos meus.

A todos os amigos queridos que fiz no doutorado, dentre os quais impossível não ressaltar 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.

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.

A 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).



Prefácio

Para que as luzes do outro sejam percebidas por mim devo por bem apagar as minhas, no sentido de me tornar disponível para o outro.

(Mia Couto)

A palavra prefácio vem do latim *praefatio*, aquilo que é dito (*fatio*) antes (*prae*). Neste sentido prefaciador é dar face à um texto. Dizer o que vem antes do texto envolve não apenas expor o seu conteúdo mas também dizer sobre ele, identificá-lo, buscar e revelar os compromissos deste texto. Mas também significa explicitar e falar dos compromissos do autor que o escreveu e neste sentido prefaciador envolve uma responsabilidade para com o texto e seu autor. Ser convidada para escrever um prefácio, apresentar a face do texto para mim envolve sempre a ideia de reconhecimento e este compromisso.

O livro que ora prefacio tem como tema central os direitos humanos, este é o seu centro, seu eixo e seu compromisso fundamental. A proposta da tese é explicitar a deferência e o pluralismo no contexto do *ius constitutionale commune* latino-americano e pensar a contribuição dos diálogos judiciais para a realização destes direitos. Falar sobre direitos humanos no contexto da América Latina é falar sobre o outro, os outros, vários e plurais pois este é nosso cenário enquanto continente: diverso em todos sentidos mas também com muito em comum. Como diz a autora logo no início de seu trabalho *pensar os direitos neste cenário demanda enfrentar o que é plural e o que é comum*. Continente riquíssimo em culturas, cores, religiões, etnias, línguas, eis o sentido do diverso. Em comum a pobreza e a desigualdade, o passado de colonização e escravidão.

No livro *Entre Nous – Thinking the Other*¹, Emmanuel Levinas reflete sobre ontologia, o ser e o outro. A relação com o outro pressupõe a necessidade e a impossibilidade ao mesmo tempo de conhecer o outro. Nesta impossibilidade é que a justiça, neste autor, vai significar sempre uma infinita responsabilidade para com o outro. Pensar a justiça, o outro e seus direitos é sempre o pressuposto envolvido na reflexão sobre os direitos humanos.

1 LEVINAS, Emmanuel. **Entre Nous. Thinking-of-the-other**. New York: Columbia University Press, 1998.

Neste autor – Levinas - a ontologia denomina o tempo verbal do ser como acontecimento ou como aventura ou como gesta. O ser é ser-aí, ser-no-mundo, ser com os outros...a vida como aventura, como acontecimento, gerúndio. Ser no tempo é ser no mundo. Ser no mundo, viver, é estar entre os homens (e mulheres), como pontua Hannah Arendt. Eis o sentido da pluralidade – viver é estar com o outro/outros, na diversidade e complexidade mas também naquilo que é único e comum a cada um e comum a todos. Pensar o humano e seus direitos, ainda mais no cenário latino-americano envolve, como já dito, o comum e o plural. Os direitos humanos, para além da reflexão teórica, demandam o pensar concreto, aplicado, consolidado em textos e decisões políticas e jurisdicionais, mas também o direito que vem da rua e das florestas, da comunidade, das raízes das diferentes nacionalidades, etnias, línguas e construções simbólicas.

Ser no mundo e ser livre é também o dever de agir politicamente. Esse eu, o sujeito que fala, é fundamentalmente político, no sentido arendtiano do termo: a ação política desdobrada em práxis e discurso, cujo pressuposto é a liberdade. Liberdade aqui entendida como liberdade dos antigos, na clássica distinção de Benjamin Constant ou ainda liberdade positiva, no sentido que lhe confere Isaiah Berlin. Liberdade de fazer acontecer o imprevisível e o indizível. A ideia de liberdade se liga à de universidade, na medida em que o conhecimento só avança quando submetido ao crivo da crítica que possibilita a sua revisão e transformação.

No livro *Interpretação e Ideologias*, Paul Ricoeur analisa o “compreender-se diante da obra”. E afirma que “(...) o texto é a mediação pela qual nos compreendemos a nós mesmos”.² Neste sentido afirmo que este texto nos revela a compreensão da autora sobre si mesma e nesta auto compreensão fica explícito seu compromisso com os direitos humanos. E o texto – a profunda reflexão teórica, a riqueza das referências teóricas, o rigor linguístico e o olhar crítico também revelam a acadêmica e professora comprometida com a pesquisa e a universidade.

Este livro é fruto da tese de doutorado defendida junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. A autora e agora doutora, Ana Carolina, foi minha orientanda neste programa. Orientação esta compartilhada com a amiga e professora Melina Girardi Fa-

2 RICOEUR, Paul. **Interpretação e ideologias**. 3ª. Ed. Tradução de Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: F. Alves, 1988, p. 57.

chin a quem reconheço como a verdadeira “maestra” na condução da pesquisa e redação da tese. O prazer de participar com a Melina na construção deste trabalho, ideias e ideais compartilhados, reafirmam minha perspectiva de que a universidade e a pesquisa acontecem em um movimento de tempo e gerações, entrelaçados também pelo afeto e o compromisso com o saber e os direitos.

No binômio ou dicotomia plural/comum a pesquisa se inicia com a compreensão do pluralismo jurídico e a perspectiva em que as normas de direitos humanos representam um eixo comum. Propõe-se a harmonização e a produção de um direito comum que permita o reconhecimento e convivência das diferenças e não a sua aniquilação. Aqui se faz uma análise – dedutiva e comparativa - dos diálogos judiciais materializados entre o sistema europeu e interamericano. A reflexão sobre os fundamentos e razões de decidir do Tribunal de Direitos Humanos e da Corte Interamericana dos Direitos Humanos busca compreender a operacionalidade do conceito de diálogos judiciais e também a interação e vinculação das cortes.

A partir da compreensão destes diálogos e do seu grau de vinculação - a partir desta interação - a autora passa a analisar a distribuição de competências nos níveis doméstico e supranacional dos sistemas. O foco central do segundo capítulo deste livro é a reflexão sobre o princípio da subsidiariedade em sua dimensão positiva e negativa e seus diversos sentidos: procedimental, substancial e remedial. A partir desta análise desvela-se o papel cooperativo do *Ius Constitutionale Commune* comprometido com um diálogo judicial cooperativo e aberto a diferentes concepções de sentido dos diversos sistemas. E a partir da dimensão negativa do princípio da subsidiariedade que foi enfrentado o estudo da margem de apreciação e sua aplicação pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

No seu terceiro capítulo a análise se volta ao 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.” Controle de convencionalidade e responsabilização dos Estados, alcance normativo deste controle e seu efeito vinculante são pensados para medir a força e o grau de abertura que deve haver na construção de padrões comuns interamericanos.

O último capítulo busca contribuir para uma doutrina de deferência compatível com o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina e se divide em dois momentos: a compatibilidade do instituto da margem de apreciação com o sistema interamericano e 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*. Conclui-se que os critérios de deferência aos Estados só podem ser apresentados em definitivo quando consideradas as circunstâncias concretas do caso em análise.

A publicação da presente tese de doutorado contribui para o desenvolvimento de uma nova maneira de pensar a proteção dos direitos humanos e suas possibilidades de realização dentro do sistema interamericano. Esta compreensão é radicalmente necessária para a explicitação, também, de como o discurso acerca dos direitos humanos pode ganhar mais concretude e conduzir, efetivamente, ao respeito e proteção dos mesmos. Desta forma, o trabalho que ora apresento ao leitor constitui, antes de mais nada, uma importante referência na compreensão dos direitos humanos em sua manifestação concreta, especialmente na América Latina.

Por fim, volto à uma citação feita por Ana Olsen logo no início de seu texto: “la vida vibra más donde es más dura”³. Dura é a vida onde o momento presente é o único possível. Dura é a vida quando não se pode ter esperança pois esperar não é possível em face das necessidades cotidianas da existência. Dura é a vida onde o presente é o momento possível e o futuro um tempo impossível. Esta vida que vive no presente vibra e requer, de todos nós, um compromisso com a esperança e um futuro possível a todas e todos.

Curitiba, primavera de 2020.

Katya Kozicki

Professora titular de Teoria do Direito
PUCPR e UFPR

3 RESTREPO, Laura. **Dulce Compañía**. Bogota: Alfaguara, 2005.

Apresentação

Tenho a honra de, a convite da autora Ana Carolina Lopes Olsen, fazer a apresentação de sua relevante obra sobre *PLURALISMO NO IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE LATINO-AMERICANO: DIÁLOGOS JUDICIAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS*. O escrito, agora em formato livro, foi originalmente apresentado na forma de tese doutoral no programa de pós graduação em direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, que contou com a orientação da Professora Titular Katya Kozicki e com minha co-orientação.

Antes de falar da obra, primeiro é necessária uma palavra sobre a própria autora. Além da amizade sincera que o processo de trocas e diálogos ao longo do doutorado trouxe, o trabalho de produção da tese permitiu-me testemunhar verdadeira atividade de pesquisa. Ana Carolina Lopes Olsen reúne em si duas características fundamentais de uma pesquisadora: a dedicação e a insatisfação. Se foi sua insatisfação com as respostas fáceis e com as teorias já prontas que a levaram a passear por tantas doutrinas, teorias, centros de investigação e reflexões (não apenas teórica, mas fisicamente também!), foi sua dedicação que as consolidou, de modo verdadeiramente original, nas páginas de fôlego que seguem aos leitores.

A obra inova – de modo crítico e provocativo – nos debates sobre as interações entre o direito constitucional brasileiro e o direito internacional dos direitos humanos. Nela o leitor encontrará problematização crítica sobre os modos pelos quais os diálogos em direitos humanos podem corroborar para a formação de um espaço constitucional comum, sobretudo na região latino-americana (daí a filiação teórica à corrente do *ICCAL - ius constitutionale commune latino americano*) que fomenta constitucionalismos em prol da consolidação dos direitos humanos.

A autora não escapa, ao revés, marca suas reflexões na crise contemporânea que faz surgir inúmeros desafios às democracias e aos direitos humanos vez que estes são, ao mesmo tempo, pressupostos, garantia e ferramenta do princípio democrático. O pensamento localizado é uma de suas característi-

cas já que os efeitos desta crise são sentidos de modo agudo na região latino-americana, marcada por processos de democratização recentes e incompletos, e que, recentemente, experiencia intensa erosão democrática.

Partindo da premissa que os direitos humanos possuem, neste cenário, papel ativo de resistência, a obra traz os diálogos em direitos humanos como importantes ferramentas para refrear ameaças e degradações à democracia. Dialogar é, para a autora, uma forma de preservar o Estado de Direito e garantir a proteção dos direitos humanos; o apelo dialógico aparece, portanto, como possibilidade de contenção autoritária. Deste ponto já fica clara a imensa contribuição aportada pela obra, ciente de sua responsabilidade histórica e contextual.

O intento desta interação dialógica que o livro entoa é senão expandir e engrandecer a proteção dos direitos humanos a fim de proporcionar a coexistência complementar que interage sempre em benefício das pessoas e de seus direitos, conforme esclarece a autora já de início. Tal interação cooperativa é fundamental para a conformação de um espaço constitucional comum que gravita ao redor do princípio *pro personae* e que se baseia em um intercâmbio dos sistemas global, regionais e locais.

Não há assim mais – se é que um dia houve – um único *locus* constitucional, mas objetivos constitucionais comuns que se cumprem em um espaço de alteridade, reconhecimento e deferência. Esta nova espacialidade pública, aderida pela reflexão, desafia velhos conceitos, ressignifica estruturas e rompe hierarquias, em prol de uma rede, de vários planos, localizados em diversos níveis, que se alimentam e limitam reciprocamente.

Nesse sentido, uma das importantes noções que o livro se dispõe a descortinar é aquela de subsidiariedade. Particularmente desconheço no direito brasileiro reflexão que tenha ido tão a fundo neste tema.

A concepção contemporânea da proteção dos direitos humanos inaugurou uma nova esfera da responsabilidade quanto à sua implementação: estes deixaram de ser tema exclusivo da soberania estatal-constitucional. Como consequência, isso impactou o modo de pensar e conceber não só os direitos, mas também o direito constitucional como um todo: este novo cenário demanda um alargamento da visão tradicional, segundo a qual apenas os Es-

tados guardam responsabilidades por direitos e somente para com seus cidadãos; o que não os desconsidera como primeiros e principais responsáveis.

O direito dos direitos humanos estabelece, portanto, padrões mínimos que devem ser observados pelos Estados vinculados aos sistemas de proteção. As interações com os sistemas internacionais são relevantes para preservar o Estado de Direito e garantir a proteção dos direitos humanos, de modo complementar e subsidiário.

Neste sentido, o livro recupera a noção de subsidiariedade cooperativa. Destacando-se que os tribunais nacionais têm um espaço para exercer controle sobre a convencionalidade das normas nacionais. Por outra parte, esses tribunais constitucionais devem levar em conta os padrões regionais construídos sobre a jurisprudência interamericana, e isso os legitima perante a Corte Interamericana. O princípio da subsidiariedade deve, portanto, ter um papel prescritivo, o que, em sua opinião, significa maior autocontenção da Corte Interamericana e maior consideração aos Estados.

Para o sistema internacional, isso não significa fechar os olhos às violações dos direitos humanos ocorridas nos Estados - muito pelo contrário, sublinha a autora. O aumento do diálogo cooperativo com os tribunais nacionais não enfraquece a sua tarefa de proteger os direitos quando as autoridades estatais falham ou causam violações. Este diálogo visa apenas aumentar a consideração dos contextos nacionais para que os padrões comuns de direitos humanos ganhem legitimidade e eficácia, pontua a obra.

Não há apenas um único sentido que dê conta de traduzir toda sua complexidade dos diálogos. Ciente desta multiplicidade e sem querer reduzir complexidades, o livro centra-se naqueles de caráter judicial fundado na internalização das decisões internacionais que tem relação direta com o chamado controle de convencionalidade.

Na importante reflexão levada a diante sobre o controle de convencionalidade a autora rompe com a tradicional abordagem de cima para baixo das Cortes Internacionais em relação aos Estados, principalmente devido às dificuldades de efetivação encontradas pelo Sistema Interamericano nos primórdios de seu funcionamento. Diálogo pressupõe via de mão dupla que não opere de cima

para baixo – o que implica em um redesenho institucional-constitucional que dê conta deste cenário multinível e pluralista. Assim, alerta a obra, a aplicação dos parâmetros interpretativos das cortes internacionais quando do exercício do controle de convencionalidade deveria incluir as concepções desenvolvidas pelas cortes nacionais a respeito da proteção dos direitos humanos.

Aí que o livro envereda por um mecanismo facilitador destes intercâmbios interpretativos: a margem de apreciação nacional. De origem marcadamente europeia, a *margin of appreciation* permite que os organismos estatais conferissem interpretação própria – compatível com os parâmetros convencionais – sobre os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos.

Há, de modo compreensível, pelo déficit democrático na nossa região latino-americana, muita resistência a esta posição. Não por outra razão que a Corte Interamericana adota um modelo maximalista de adjudicação e, por vezes, a margem de apreciação é vista como ameaça de escape para justificar certo grau de descumprimento das sentenças internacionais.

A autora não ignora tais críticas, mas oferece alternativa que, embora soe contra intuitiva, tem muito a contribuir: pensar em diálogos legítimos, não de imposição de decisões. De acordo com o que o leitor achará na obra, a co-operação deve aproximar as jurisdições para que os juízes nacionais possam enfrentar ameaças coevas às democracias.

Aponta o livro que a Corte Interamericana não pode se fechar diante da desconfiança dos cenários nacionais em oferecer boas respostas em termos de direitos humanos. Assim que, na visão defendida pela autora, certa margem de deferência poderia ser reconhecida aos Estados na definição dos meios para o cumprimento de suas obrigações convencionais em matéria de direitos humanos.

A obra faz, portanto, coro com o que se vem chamando de diálogo crítico ou responsável em que o direito internacional dos direitos humanos funciona como ampliador da compreensão de direitos humanos internamente. Dar espaço de diálogo aos âmbitos locais fomenta perspectiva de baixo para cima, mediante a qual os sistemas internacionais não apenas incorporaram parâmetros interpretativos e protetivos dos Estados, mas lhes concederam espaços para internalizarem o direito internacional dos direitos humanos, sustenta a autora.

Sublinho que a contribuição ímpar da obra, a partir de base teórica sólida e refinada, é dar voz e vez aos constitucionalismos locais para interagirem com os sistemas internacionais a fim de articularem suas demandas de modo a privilegiar a expansão e emancipação do humano. São as narrativas construtivas a partir de baixo, da periferia do constitucionalismo global que tem dado cor, gênero, idade e tantos outros matizes a estas conversações. Na fronteira do mundo, do poder, e do direito os locais de fala são muito distintos; mas, como a obra bem nos mostra, o diálogo pode ser mediador dessas tensões e diferenças.

Por certo, terão as leitoras e os leitores uma excelente leitura!

Curitiba, primavera pandêmica de 2020.

Melina Girardi Fachin

Professora Adjunta dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da UFPR



Sumário

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Introdução | 1 |
| 2. Diálogos Judiciais para Interpretação e Aplicação dos Direitos Humanos | 7 |
| 2.1 Pluralismo jurídico multinível | 9 |
| 2.2 Harmonização em torno dos direitos humanos..... | 16 |
| 2.3 Diálogos judiciais..... | 26 |
| 2.3.1 Delimitação conceitual | 30 |
| 2.3.2 Os sentidos dos diálogos judiciais..... | 43 |
| 2.3.3 Diálogos judiciais e direito comparado..... | 55 |
| 2.4 Modalidades de diálogos judiciais | 68 |
| 2.4.1 Diálogos judiciais segundo o critério espacial..... | 69 |
| 2.4.1.1 Diálogos horizontais | 70 |
| 2.4.1.2 Diálogos verticais | 78 |
| 2.4.2 Diálogos judiciais segundo o critério comportamental..... | 83 |
| 2.4.2.1 O modelo de convergência, resistência e engajamento | 84 |
| 2.4.2.2 Diálogos judiciais vinculados e não vinculados | 96 |
| 3. Subsidiariedade nos Sistemas Europeu e Interamericano de Direitos Humanos: o Sentido da Margem de Apreciação | 105 |
| 3.1 Princípio da subsidiariedade nos sistemas multinível de proteção de direitos humanos | 107 |

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3.1.1 O princípio da subsidiariedade no direito internacional dos direitos humanos | 108 |
| 3.1.2 O princípio da subsidiariedade no sistema europeu e interamericano de direitos humanos..... | 112 |
| 3.2 A configuração do princípio da subsidiariedade: dimensões e sentidos | 119 |
| 3.2.1 Princípio da subsidiariedade em sentido procedimental..... | 123 |
| 3.2.2 Princípio da subsidiariedade em sentido substancial | 129 |
| 3.2.2.1 Dimensão negativa da subsidiariedade em sentido substancial..... | 130 |
| 3.2.2.2 Dimensão positiva da subsidiariedade em sentido substancial..... | 140 |
| 3.2.3 Princípio da subsidiariedade em sentido remedial..... | 145 |
| 3.3 A subsidiariedade em sentido cooperativo..... | 154 |
| 3.3.1 A proposta do diálogo judicial cooperativo | 165 |
| 3.4 Margem de apreciação como dimensão negativa da subsidiariedade... 175 | |
| 3.4.1 A margem de apreciação no Tribunal Europeu de Direitos Humanos..... | 177 |
| 3.4.1.1 Margem de apreciação e proporcionalidade | 185 |
| 3.4.1.2 Margem de apreciação e deferência | 192 |
| 3.4.2 Razões de segunda ordem e aplicação da margem de apreciação... 199 | |
| 3.4.2.1 O critério do consenso sobre temas política ou moralmente controversos | 201 |
| 3.4.2.2 O critério da perícia ou proximidade em relação à causa | 207 |

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3.4.2.3 O critério da legitimidade democrática | 210 |
| 4. Promoção e Proteção dos Direitos Humanos no <i>Ius Constitutionale Commune</i> na América Latina..... | 215 |
| 4.1 <i>Ius constitutionale commune</i> latino americano | 217 |
| 4.1.1 O constitucionalismo transformador: delimitações conceituais | 233 |
| 4.1.2 O papel transformador da Corte Interamericana de Direitos Humanos..... | 244 |
| 4.2 Controle de convencionalidade como dimensão positiva da subsidiariedade em sentido cooperativo | 259 |
| 4.2.1 A autoridade pública da Corte Interamericana de Direitos Humanos..... | 261 |
| 4.2.1 A doutrina do controle de convencionalidade na perspectiva dialógica | 274 |
| 4.3 A harmonização em torno de standards comuns no <i>Ius Constitutionale Commune</i> latino-americano | 285 |
| 4.3.1 A força jurídica das sentenças: <i>res judicata</i> e <i>res interpretata</i> ... | 287 |
| 4.3.1.1 Precedentes no <i>Ius Constitutionale</i> <i>Commune</i> Latino Americano?..... | 301 |
| 4.3.2 A força jurídica das opiniões consultivas..... | 313 |
| 5. Uma Proposta de Deferência em Prol do Pluralismo | 321 |
| 5.1 Há espaço para margem de apreciação nacional no <i>Ius Constitutionale Commune</i> latino-americano? | 322 |
| 5.1.1 Uma compatibilização problemática..... | 323 |

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 5.1.2 Razões de segunda ordem da margem de apreciação no ambiente latino-americano..... | 338 |
| 5.1.2.1 Legitimidade democrática no contexto interamericano..... | 350 |
| 5.1.3 Posição adotada..... | 362 |
| 5.2 Respeitar o plural: a deferência possível no <i>Ius Constitutionale Commune</i> latino-americano..... | 366 |
| 5.2.1 Padrões de deferência aplicados pela Corte Interamericana..... | 367 |
| 5.2.1.1 Deferência na definição dos sentidos dos direitos humanos | 374 |
| 5.2.1.2 Deferência na definição dos remédios | 394 |
| 5.2.2 A deferência possível na perspectiva do diálogo judicial cooperativo | 410 |
| 6. Conclusão..... | 427 |
| Referências | 443 |
| Referências de Casos Citados | 499 |

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

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

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

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 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 convencio-

nais 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. 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 atentar-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, 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 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 e protetora do pluralismo, 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. 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

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, 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, 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.

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 dotadas de autoridade. A mundialização 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 siste-

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 juízes 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 fundamental – esse ideal acaba por “contaminar” a política, que deve considerá-lo em sua atuação. ALLARD, J. La “cosmopolitisation” de la justice [...], p. 72 *et. seq.*

10 DELMAS-MARTY, Mireille. **Legal pluralism as a dynamic process in a moving world**. Feb 28, 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.

mas de proteção de direitos humanos, como o interamericano, eles assumem características específicas que merecem ser enfrentadas.

2.1 Pluralismo jurídico multinível

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. 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.¹⁶

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

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

14 DELMAS-MARTY, M. **Legal pluralism as a dynamic process in a moving world**, 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 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 VOINA-MOTOC, I. Conceptions of Pluralism and International Law, p. 409.

global, a sanção não ocuparia mais a posição determinante da juridicidade das normas, mas sim o valor simbólico que elas carregam.¹⁷ É nesse sentido que muitas normas internacionais de direitos humanos não trazem aplicada à sua estrutura deôntica 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.¹⁸ 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.¹⁹

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.²⁰ 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.²¹ O direito internacional funcionaria, em sua proposta, como elemento de coesão, promovendo, de um lado, uma maior cooperação entre os diversos atores do sis-

17 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.

18 VOINA-MOTOC, I. Conceptions of Pluralism and International Law, p. 414-415.

19 *Ibid*, p. 420-421.

20 DELMAS-MARTY, M. **Legal pluralism as a dynamic process in a moving world**.

21 NEVES, M. **Tranconstitucionalismo**, p. 116.

tema global e harmonização entre os níveis, e de outro, como veículo da tensão entre os sistemas, pois evidencia as divergências.²²

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.²³

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.²⁴ O direito estatal, por sua vez, não desaparece nessa multilateralidade, mas se torna um dos vários centros a ser considerado de forma relacional, e não absoluta.²⁵

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.²⁶ Essa nova “ordem” implica redes verticais e horizontais, em que se verificam constantes trocas de informações, coordenação descentralizada de políticas, implemento de cooperação e assistência nas mais diversas áreas. Não se trata de levar ao nível interna-

22 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.

23 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, p. 77.

24 NEVES, M. **Tranconstitucionalismo**, p. 17-18.

25 CALIXTO, A. J.; CARVALHO, L. C. Pluralismo Jurídico [...], p. 14.

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

cional os critérios de governança usados pelos Estados no relacionamento com seus cidadãos, mas sim de identificar ferramentas para atender os conflitos e os embates naturalmente decorrentes de uma performance global desses cidadãos.²⁷ 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.²⁸

As redes mencionadas por Slaughter abrem espaço tanto para uma convergência criativa entre os atores, quanto para divergência informada.²⁹ 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.³⁰ 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.³¹ Quanto à diferença legítima, exige-se o respeito ao pluralismo como vantagem apriorística do sistema, decorrente da inafastável reali-

27 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, A. M. *A New World Order*, p. 8.

28 SLAUGHTER, A. M. *A New World Order*, p. 16

29 *Ibid.*, p. 24.

30 *Ibid.*, p. 29-30.

31 ALLARD, J. La “cosmopolitisation” de la justice [...], p. 75.

dade 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.³²

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 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.³³ 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.³⁴ 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 autêntico “*mestizaje jurídico*”, como uma característica essencial de um “*ius commune americano*”³⁵ 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”.³⁶ 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

32 SLAUGHTER, A. M. *A New World Order*, p. 29-30.

33 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.

34 MORALES ANTONIAZZI, M. La doble estatalidad abierta [...], p. 182.

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

36 MORALES ANTONIAZZI, M. La doble estatalidad abierta [...], p. 183.

a abertura aos direitos humanos e à integração em “uma nova ordem pública multinível, que abrange a interamericanização e a mercosularização”.³⁷

Esse fenômeno latino-americano demonstra que, se de um lado há uma cédência de soberania por parte dos Estados, de outro eles ganham em interdependência³⁸ na medida em que o direito constitucional se internacionaliza e o direito internacional se constitucionaliza.³⁹ 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.⁴⁰

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”.⁴¹

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 sentido, “o Direito

37 MORALES ANTONIAZZI, M. *La doble estatalidad abierta* [...], p. 189, 197.

38 DELMAS-MARTY, M. *Legal pluralism as a dynamic process in a moving world*. Feb 28, 2018.

39 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, p. 227 *et. seq.*

40 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.

41 *Ibid.*, p. 85.

Constitucional não começa onde cessa o Direito Internacional [...], o Direito Internacional não termina onde começa o Direito Constitucional.⁴²

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.⁴³ 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.⁴⁴ 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.⁴⁵

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 comunidade internacional – uma obrigação *erga omnes*.⁴⁶ Não se trata de anular a soberania, mas compreendê-la a partir dos direitos humanos.⁴⁷

42 HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elizete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 10-12.

43 PETERS, Anne. Humanity as the A and Ω of Sovereignty. **The European Journal of International Law**, v. 20 n. 3, 2009, p. 513-544, p. 516-517.

44 *Ibid.*, p. 518.

45 *Ibid.*, p. 522-523.

46 *Ibid.*, p. 523; 526.

47 *Ibid.*, p. 543.

Nesse panorama jurídico de pluralismo multinível, 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*”.⁴⁸

2.2 Harmonização 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 múltiplo⁴⁹, 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”.⁵⁰

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.⁵¹ 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 2001.⁵² A solução para a com-

48 DELMAS-MARTY, M. *Les Forces Imaginantes Du Droit* [...], p. 9.

49 *Ibid.*, p. 7-9.

50 DELMAS-MARTY, Mireille. *Ordering Pluralism*. Max Weber Lecture Series 2009/06. **European University Institute**, Florence. 2009.

51 DELMAS-MARTY, M. *Les Forces Imaginantes Du Droit* [...], p. 19.

52 *Ibid.*, p. 23.

plexidade jurídica está em “manter uma separação, sem impor a fusão, e ainda construir uma ordem, ou um espaço ordenado”.⁵³

Diante desse quadro, Delmas-Marty oferece três propostas de ordenação do pluralismo jurídico: coordenação por entrecruzamento, unificação e harmonização.⁵⁴ 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”.⁵⁵ 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.⁵⁶

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

53 DELMAS-MARTY, M. *Les Forces Imaginantes Du Droit* [...], p. 26.

54 *Ibid.*, p. 37.

55 DELMAS-MARTY, M. *Ordering Pluralism*, p. 2.

56 DELMAS-MARTY, M. *Les Forces Imaginantes Du Droit* [...], p. 47.

uma das soluções seria recuperar critérios de interpretação como as noções de *ius cogens*⁵⁷, o que resta dificultado em razão da ausência de qualquer verticalidade nesse 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”.⁵⁸

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.⁵⁹

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

57 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.

58 DELMAS-MARTY, M. **Les Forces Imaginantes Du Droit** [...], p. 67-68.

59 *Ibid.*, p. 102-103, 107.

superior.⁶⁰ 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 comum a todos.⁶¹

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 vinculante para todos os Estados-Membros.⁶² 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.⁶³

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:⁶⁴

60 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. DELMAS-MARTY, M. **Les Forces Imaginantes Du Droit** [...], p. 112-113, 121.

61 *Ibid.*, p. 124-125.

62 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.

63 DELMAS-MARTY, M. **Les Forces Imaginantes Du Droit** [...], p. 129.

64 *Ibid.*, p. 101.

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.

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. A conformidade entre direito nacional e supranacional⁶⁵ 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.⁶⁶ 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, a ser abordado no segundo capítulo.

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.⁶⁷ É precisamente o movimento de constitucionalização do direito internacional e internacionalização do direito constitucional.⁶⁸ Esse fenômeno dinâmico tem sua origem, 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

65 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.

66 DELMAS-MARTY, Mireille. Ordering Pluralism, p. 3.

67 DELMAS-MARTY, M. *Les Forces Imaginantes Du Droit* [...], p. 71-72.

68 GUEDES, A. M. M. A internacionalização do direito constitucional [...].

internacionais e demandam a criação de tribunais capazes de cobrar o mesmo comportamento de todos os Estados pertencentes ao sistema supranacional.⁶⁹

A interação promovida pela abertura das normas constitucionais à integração supranacional cria “espaços constitucionais” – não em sentido hierárquico⁷⁰, mas como espaços de influência, interdependência e complementariedade recíprocas.⁷¹ 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.⁷²

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.⁷³ 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. Essa integração jurídica é de fato pluralista pois permite a coexistência de dois ou mais níveis jurídicos que interagem, influenciando-se reciprocamente.⁷⁴ En-

69 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. 442-443.

70 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** n. 349, 2011, p. 2-3.

71 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.

72 DELMAS-MARTY, M. **Les Forces Imaginantes Du Droit** [...], p. 80.

73 *Ibid.*, p. 104-107.

74 *Ibid.*, p. 110.

tretanto, trata-se de performance complexa, pois a extensão e a profundidade das dimensões de controle e deferência não estão perfeitamente delimitadas.

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.⁷⁵ 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

75 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.

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.⁷⁶ Assim, as categorias de Delmas-Marty não precisam ser 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.⁷⁷

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”⁷⁸ – ainda que possam fundamentar graves conflitos quando surgem versões antagônicas sobre sua violação.⁷⁹ 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.⁸⁰

76 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.

77 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.

78 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.

79 ALLARD, J. La “cosmopolitisation” de la justice [...], p. 78.

80 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.

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.⁸¹ Na jurisprudência global, em toda a sua extensão, proliferam discussões sobre direitos humanos.⁸² Os sistemas internacional e regional de direitos humanos forjaram mecanismos jurídicos que fomentam um ambiente multicultural⁸³, 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.⁸⁴ Assim, não só a pluralidade de sistemas encontra espaço, mas a pluralidade de interesses, de direitos e de identidades passa a ser veiculada por cortes constitucionais e pelos sistemas de proteção dos direitos humanos.

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.⁸⁵ Como essas normas podem combinar múltiplos significados, os sistemas jurídicos devem assumir uma identidade liberal capaz de preservar a divergência.⁸⁶ 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.⁸⁷

81 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.

82 SLAUGHTER, A. M. **A New World Order**, p. 79.

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

84 ALLARD, J. La “cosmopolitisation” de la justice [...], p. 79.

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

86 KYMLICKA, W. **Multicultural Citizenship**, p. 75.

87 SLAUGHTER, A. M. **A New World Order**, p. 80.

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.⁸⁸ A interpretação de uma dada norma veiculadora de direito humano poderá gerar controvérsias, leituras e abordagens díspares. 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 envolvidas⁸⁹, 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 propostas divergentes.⁹⁰ 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.⁹¹ 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.⁹² Ainda que possam surgir interpretações variadas, os sentidos não serão antagônicos.

88 DELMAS-MARTY, M. **Por um direito comum**, p. 262-263. No mesmo sentido, MENKE, Christoph; POLLMANN, Arnd. **Filosofía de los Derechos Humanos**. Traducción de Remei Capdevilla Werning. Barcelona: Herder, 2010.

89 NEVES, M. **Tranconstitucionalismo**, p. 256.

90 DELMAS-MARTY, M. **Por um direito comum**, p. 183.

91 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, p. 24.

92 *Ibid.*, p. 25.

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*”.⁹³

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.⁹⁴ 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.⁹⁵

2.3 Diálogos judiciais

A multiplicidade de sistemas jurídicos só pode atingir alguma ordenação se aqueles que detém 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.⁹⁶ Significa dizer que os múltiplos polos de produção jurisdicional do direito têm se engajado, como uma decorrência

93 TUSHNET, Mark. The Inevitable Globalization of Constitutional Law. **Harvard Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Series Paper** n. 09-06. 18 dez. 2008, p. 21.

94 CALIXTO, A. J.; CARVALHO, L. C. Pluralismo Jurídico [...], p. 12.

95 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, p. 189.

96 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.

natural da globalização, da atenuação das distâncias e dos canais abertos pela tecnologia da informação.⁹⁷ 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)⁹⁸ entre os juízes, com resultados muito produtivos em termos de intercâmbio de ideias.⁹⁹

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.¹⁰⁰ As respostas interpretativas não surgem num único instante, mas decorrem de um processo fragmentário de interações contínuas.¹⁰¹

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.¹⁰² 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:

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

98 ALLARD, J. La “cosmopolitisation” de la justice [...], p. 63.

99 BURGORGUE-LARSEN, L. **El Diálogo Judicial** [...], p. XIX.

100 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.

101 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.

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

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 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.¹⁰³

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.¹⁰⁴

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.¹⁰⁵ 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.¹⁰⁶

103 SLAUGHTER, Anne-Marie. **A Global Community of Courts...**, p. 193.

104 *Ibid.*, p. 194.

105 SLAUGHTER, Anne-Marie. **A New World Order**, p. 68.

106 *Ibid.*, p. 80.

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.¹⁰⁷

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 jurisdicional, e à compreensão da mútua aprendizagem.¹⁰⁸ 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.¹⁰⁹

107 SLAUGHTER, Anne-Marie. *A New World Order*, p. 68-69.

108 *Ibid.*, p. 69.

109 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, J. El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos [...], p. 190.

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”¹¹⁰, 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 judiciais¹¹¹, diálogos internacionais dos juízes¹¹², diálogo interjudicial¹¹³,

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

111 BURGORGUE-LARSEN, L. **El Diálogo Judicial** [...], *passim*; NEVES, M. **Tranconstitucionalismo**, 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, E. What Do We Mean When We Talk About Judicial Dialogue? [...], *passim*; 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; 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 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.

112 FRYDMAN, B. Diálogo internacional dos juízes e a perspectiva ideal de justiça universal, *passim*.

113 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.

diálogo entre jurisdições ou diálogos jurisdicionais¹¹⁴ e diálogos entre Cortes¹¹⁵. 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.¹¹⁶ Isso posto, surge a dúvida: poder-se-ia tratar de um diálogo de juízes individualmente considerados ou apenas a partir de uma atuação colegiada? Nesse aspecto, há alguma divergência.

Jullie 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 quais-

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

115 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: 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; 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.

116 AGUILAR CAVALLO, G. El diálogo judicial multinível, p. 154.

quer juízes, seja individualmente, seja colegiadamente, desde que pertencentes a jurisdições diversas.¹¹⁷ 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.¹¹⁸ Nas diversas ordens jurídicas, juízes pertencentes a variados graus jurisdicionais podem lidar com a proteção dos direitos humanos.¹¹⁹ 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*”.¹²⁰ No mesmo sentido seguem Ferrer Mac-Gregor¹²¹, Luiz Carlos Martins de Araújo¹²² e Daniel Sarmento¹²³. 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.¹²⁴

117 ALLARD, J. La “cosmopolitisation” de la justice [...], p. 63.

118 NEVES, M. **Tranconstitucionalismo**, 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.

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

120 SAIZ ARNAIZ, A. La interacción entre los tribunales que garantizan derechos humanos [...], p. 30.

121 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. What Do We Mean When We Talk About Judicial Dialogue? [...], p. 90-91.

122 ARAUJO, L. C. M. **Constitucionalismo Transfronteiriço, Direitos Humanos e Direitos Fundamentais** [...], p. 113.

123 SARMENTO, D. O Direito Constitucional e o Direito Internacional [...], p. 122.

124 PIOVESAN, F. Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições, 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*”.¹²⁵ Muitas vezes os diálogos não serão entre duas cortes, ou dois juízes, mas envolvendo vários centros jurisdicionais simultaneamente, em uma manifestação multilateral.¹²⁶ 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 específicos¹²⁷ – 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 nacionais¹²⁸ e se justificam em um ambiente de pluralismo jurídico.¹²⁹ 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*

125 BURGORGUE-LARSEN, L. **El Diálogo Judicial** [...], p. 113.

126 GARCÍA ROCA, J. **El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos** [...], p. 184.

127 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.

128 MOHALLEM, M. F. **Horizontal Judicial Dialogue on Human Rights** [...], p. 117.

129 SAIZ ARNAIZ, A. **La interacción entre los tribunales que garantizan derechos humanos** [...], p. 31.

un espacio en que las fronteras territoriales, pero también las culturales, lingüísticas, y de la sociedad se alejan cada vez un poco más.¹³⁰ Aguillar Cavallo observa que mais que 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.¹³¹

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.¹³² 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.¹³³ 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.¹³⁴ Como afirmara Slaughter, *"courts are talking to one another all over the world"*.¹³⁵

Todavia, ainda que o fenômeno seja difundido globalmente, uma observação se impõe: ele se manifesta notadamente em sistemas jurídicos que, ainda que não logrem plenamente o intento, se inserem em um panorama demo-

130 BURGORGUE-LARSEN, L. **El Diálogo Judicial** [...], p. 112.

131 AGUILAR CAVALLO, G. El diálogo judicial multinível, p. 161.

132 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.

133 A título de exemplo 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. SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication. **University of Richmond Law Review**, n. 29, 1994, p. 99-137, p. 99.

134 SLAUGHTER, A. M. **A New World Order**, p. 66.

135 SLAUGHTER, A. M. A Global Community of Courts, p. 191.

crático e liberal.¹³⁶ 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.¹³⁷ 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.¹³⁸ O Direito que fundamenta essas comunicações é, em uma concepção abrangente, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o qual conforma o *ethos* dos diálogos judiciais¹³⁹ ao lado das diversas disposições constitucionais que o materializam no ambiente doméstico.¹⁴⁰ 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.¹⁴¹ 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.

136 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.

137 MOHALLEM, M. F. Horizontal Judicial Dialogue on Human Rights [...], p. 68.

138 AGUILAR CAVALLO, G. El diálogo judicial multinível, 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.

139 AGUILAR CAVALLO, G. El diálogo judicial multinível, p. 257.

140 BIDART CAMPOS, G. J. La interpretación de los derechos humanos en la Jurisdicción Internacional [...], p. 92.

141 *Ibid.*, p. 95.

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 sentidos¹⁴², necessário esclarecer que não se defende uma exportação desses sentidos como manifestações 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.¹⁴³

Para tanto, afasta-se da noção de diálogos a mera citação de jurisprudência estrangeira¹⁴⁴, 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.¹⁴⁵ 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.*¹⁴⁶

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

143 SALDANHA, J. M. L.; BRAVO, I. G. C. Diálogos jurisdicionais e acesso (universal?) à justiça [...], p. 268-269.

144 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.

145 *Ibid.*, p. 30.

146 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.

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.¹⁴⁷

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 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*”.¹⁴⁸ No mesmo sentido segue Marcelo Neves, ao descrever os diálogos judiciais como “conversações espontâneas”¹⁴⁹, e Jania Saldanha e Irina Bravo mencionam comunicações “não hierárquicas nem lineares”.¹⁵⁰ Ainda, Pegoraro é enfático ao afirmar que os diálogos judiciais só teriam lugar quando a troca jurisprudencial fosse espontânea, significa dizer, quando o

147 GARCÍA ROCA, J. El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos [...], p. 197.

148 MOHALLEM, M. F. Horizontal Judicial Dialogue on Human Rights [...], p. 68.

149 NEVES, Marcelo. **Tranconstitucionalismo**, p. 116.

150 SALDANHA, J. M. L.; BRAVO, I. G. C. Diálogos jurisdicionais e acesso (universal?) à justiça [...], p. 269.

juiz não se sentisse compelido a decidir tomando em conta a posição do outro, mas porque o deseja fazer enquanto ato de livre convencimento.¹⁵¹

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.¹⁵² 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 nacionais.” Assim, o valor das decisões de cortes supranacionais como o TEDH seria, sobretudo, argumentativo para aqueles que não fossem parte no processo¹⁵³, evidenciando a força persuasiva que comanda o intercâmbio de razões nos diálogos judiciais, pois ausente autoridade coercitiva no plano internacional.¹⁵⁴

Nessa mesma linha segue Daniel Sarmiento, 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 di-

151 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.

152 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.

153 *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.

154 SLAUGHTER, A. M. A Typology of Transjudicial Communication, p. 125.

vergir 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.¹⁵⁵

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)¹⁵⁶ exige apreciar o tema dos diálogos por um outro enfoque, em que o caráter espontâneo pode deixar de ser essencial.¹⁵⁷ 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 judicial¹⁵⁸, 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.¹⁵⁹

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. 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

155 SARMENTO, D. O Direito Constitucional e o Direito Internacional: diálogos e tensões, p. 123; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. What Do We Mean When We Talk About Judicial Dialogue? [...], p. 97.

156 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. San Jose, Costa Rica, 22 de novembro de 1969.

157 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.

158 AGUILAR CAVALLO, G. El diálogo judicial multinível, p. 153.

159 *Ibid.*, p. 159-160.

irrecorribilidade de suas decisões (artigo 67, CADH).¹⁶⁰ 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.¹⁶¹

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.¹⁶² A ideia é que as cortes promovam um aprendizado construtivo, estabelecendo elos de conexão entre os seus entendimentos e aqueles manifestados pelas demais cortes.¹⁶³ 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 Estados¹⁶⁴, integram um sistema plural, porém harmônico. Elas atuam em uma verdadeira rede de trabalho¹⁶⁵, 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

160 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos.

161 FERRER MAC-GREGOR, E. What Do We Mean When We Talk About Judicial Dialogue? [...], p. 107-108.

162 SAIZ ARNAIZ, A. La interacción entre los tribunales que garantizan derechos humanos [...], p. 29.

163 NEVES, Marcelo. **Tranconstitucionalismo**, p. 119.

164 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.

165 GARCÍA ROCA, J. El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos [...], p. 192.

ambas fazem parte de uma nova modelagem da cortesia judicial.¹⁶⁶ 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 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.¹⁶⁷

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.¹⁶⁸

166 SLAUGHTER, A. M. *A New World Order*, p. 86-87.

167 *Ibid.*, p. 87-88.

168 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 jun. 2019.

Essa troca mútua¹⁶⁹ 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.¹⁷⁰ Além dessas situações, há que se considerar sistemas de direitos humanos como o interamericano em que a desconsideração da decisão supranacional pelo Estado destinatário pode desencadear sua responsabilidade internacional.¹⁷¹

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.¹⁷² 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.¹⁷³ No lugar do exercício puro e simples de autoridade de uma corte nacional ou supranacional¹⁷⁴, deve surgir um comprometimento

169 SARMENTO, D. O Direito Constitucional e o Direito Internacional: diálogos e tensões, p. 129.

170 FRYDMAN, B. Diálogo internacional dos juízes e a perspectiva ideal de justiça universal, p. 22.

171 SARMENTO, D. O Direito Constitucional e o Direito Internacional: diálogos e tensões, p. 129.

172 No mesmo sentido, GARCÍA ROCA, J. El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos [...], p. 192.

173 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, J. El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos [...], p. 198-199.

174 SAIZ ARNAIZ, A. Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos [...], p. 158-159.

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.

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.¹⁷⁵ Ao tratar da função dos diálogos

175 SLAUGHTER, A. M. *A New World Order*, p. 67-68.

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 omissivo 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.¹⁷⁶ 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.¹⁷⁷ 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 humanos. Na Europa, essa cláusula pode ser encontrada na Constituição de 1978 da Espanha (artigo 10.2)¹⁷⁸, e na Constituição de Portugal de 1976, pós Revisão Constitucional de 2005 (artigo 8º).¹⁷⁹ 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

176 SLAUGHTER, A. M. *A Global Community of Courts*, p. 197.

177 SAIZ ARNAIZ, A. *La interacción entre los tribunales que garantizan derechos humanos [...]*, p. 36-39.

178 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; URUENA, René; TORRES PÉREZ, Aida (Coord). **Protección Multinivel de los Derechos Humanos**: Manual. Red de Derechos Humanos e Educación Superior, 2013, p. 428.

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

bia (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.¹⁸⁰

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.¹⁸¹

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 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 resalta Saiz Arnaiz, “*la mayoría de las condenas acaban por suponer una certa desautorización del tribunal constitucional o del respectivo tribunal supremo,*

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

181 SAIZ ARNAIZ, A. La interacción entre los tribunales que garantizan derechos humanos [...], 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, P. La apertura de las Constituciones a su interpretación conforme a los tratados internacionales, p. 448.

ante los que normalmente se habrán agotado las vías nacionales de recurso”.¹⁸² 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.¹⁸³ 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.¹⁸⁴ 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.¹⁸⁵ 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 direito¹⁸⁶, ou ainda para proteger garantias conquistadas em face de atentados à liberdade por maiorias eventuais.¹⁸⁷ No Brasil, por exemplo, o Supremo

182 SAIZ ARNAIZ, A. La interacción entre los tribunales que garantizan derechos humanos [...], p. 37.

183 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**.

184 SAIZ ARNAIZ, A. La interacción entre los tribunales que garantizan derechos humanos [...], p. 37.

185 MOHALLEM, M. F. Horizontal Judicial Dialogue on Human Rights [...], 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.

186 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.

187 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

Tribunal Federal fundamentou sua decisão a respeito da configuração do discurso de ódio e definição de antissemitismo como racismo no julgamento do Habeas Corpus 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.¹⁸⁸ 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.¹⁸⁹

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.¹⁹⁰ 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 dissidentes¹⁹¹, o que parece indicar que esses diálogos têm por objetivo confirmar a posição defendida

2018, em que medidas judiciais e administrativas autorizaram operações de busca e apreensão em universidades às vésperas do segundo turno das 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.

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

189 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.

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

191 MOHALLEM, M. F. Horizontal Judicial Dialogue on Human Rights [...], p. 80.

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).¹⁹² O Supremo Tribunal Federal distancia-se um pouco desse quadro, na medida em que a maior parte de seu diálogo se dirige às cortes do hemisfério norte, notadamente Estados Unidos e Alemanha.¹⁹³

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.¹⁹⁴ 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”.¹⁹⁵

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 domésticas¹⁹⁶, em outro exemplo relevante como o caso de refugiados e migrantes for-

192 MOHALLEM, M. F. **Horizontal Judicial Dialogue on Human Rights** [...], p. 86.

193 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.

194 TORRES PÉREZ, A. El Impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en España, p. 429-430.

195 FRYDMAN, B. Diálogo internacional dos juízes e a perspectiva ideal de justiça universal, p. 25.

196 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.

çados.¹⁹⁷ 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.¹⁹⁸ 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 descurar dos padrões convencionais já definidos nos sistemas regionais.¹⁹⁹

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 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 haber discrepancias e incluso oposiciones*” já que “*el orden no puede venir de la unificación sino del respecto al pluralismo*”.²⁰⁰

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.²⁰¹ 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

197 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’*”. HART, Naomi. **Complementary Protection and Domestic Courts...**, p. 197-198.

198 *Ibid.*, p. 195.

199 *Ibid.*, p. 198-199.

200 GARCÍA ROCA, J.; NOGUEIRA ALCALÁ, H.; BUSTOS GISBERT, R. La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo, p. 77.

201 MOHALLEM, M. F. Horizontal Judicial Dialogue on Human Rights [...], p. 93.

soluções para a proteção da dignidade humana.²⁰² 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.²⁰³ 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.²⁰⁴ 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 concreto, a fim de avaliar a presença ou não de violação das normas de direitos humanos envolvidas.²⁰⁵

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*”.²⁰⁶ 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

202 AGUILAR CAVALLO, G. El diálogo judicial multinivel, p. 158.

203 SAIZ ARNAIZ, A. La interacción entre los tribunales que garantizan derechos humanos [...], p. 39-42.

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

205 SAIZ ARNAIZ, A. La interacción entre los tribunales que garantizan derechos humanos [...], p. 39-40.

206 GARCÍA ROCA, J. El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos [...], p. 187.

esforçar “por aproximarse a los destinatarios de sus sentencias precisamente para reforzar su legitimidade al construirlas desde el intercambio de categorías, cruces de conceptos o lecturas compartidas de los derechos.”²⁰⁷

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.²⁰⁸

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 inconvencionalidade das leis de anistia em casos de 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.²⁰⁹ Em todos eles, as cortes manifestaram que as leis de anistia não poderiam ser invocadas para prevenir

207 SAIZ ARNAIZ, A. La interacción entre los tribunales que garantizan derechos humanos [...], p. 40.

208 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, G. El diálogo entre tribunales, p. 358.

209 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.

a investigação dos fatos, ou impedir a responsabilização dos agentes estatais em casos de violação de direitos humanos.²¹⁰

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.²¹¹ Nessa linha, ao dialogarem entre si as cortes supranacionais também contribuem para o seu reconhecimento recíproco, de modo que “*la jurisprudencia de cada uno*

210 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 aprovou 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, pendente 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**, 4 maio 2018.

211 GARCÍA ROCA, J.; NOGUEIRA ALCALÁ, H.; BUSTOS GISBERT, R. La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo, p. 94-95.

de los dos ordenamientos transnacionales adopta rasgos del otro para definirse a sí mismo".²¹² A partir desse 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.²¹³

Não se trata de criar isoladamente padrões de proteção de direitos humanos para em seguida fundamentá-los por uma dinâmica de *cherry picking*²¹⁴, 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*.²¹⁵ Muitas vezes, os fundamentos de uma decisão correspondem ao reflexo da argumentação levada pelas partes, e a figura do *amicus curiae* é especialmente relevante.²¹⁶ 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.

212 GARCÍA ROCA, J.; NOGUEIRA ALCALÁ, H.; BUSTOS GISBERT, R. La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo, p. 96.

213 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.

214 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.

215 *Ibid.*, p. 139-141.

216 TZANAKOPOULOS, A. Judicial Dialogue as a Means of Interpretation, p. 88-89.

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.²¹⁷ Ao incorporar padrões de julgamento do seu equivalente europeu, a Corte IDH dá um passo em direção a uma troca recíproca de fundamentos e argumentos²¹⁸ 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.²¹⁹ 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.²²⁰

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 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.

217 BURGORGUE-LARSEN, L. **El Diálogo Judicial**: máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos, p. 25-26.

218 *Ibid.*, p. 26.

219 *Ibid.*, p. 27-28.

220 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.

2.3.3 Diálogos judiciais e direito comparado

Os diálogos judiciais não se confundem com o uso do direito comparado, ainda que se relacionem com ele. 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,²²¹ e muitas vezes sequer podem ser concebidas como direito comparado.

Giuseppe De Vergottini debruçou-se sobre essa dificuldade e lançou luzes na distinção entre os diálogos judiciais e o uso de direito comparado.²²² 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.²²³ Em ambientes de maior fragmentação – atualmente como se pode ver na América Latina, com a saída da Venezuela do bloco interamericano em 2012²²⁴, e o silêncio e isolamento adotado pelo governo de Daniel Ortega na Nicarágua²²⁵, 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.²²⁶

221 SAIZ ARNAIZ, A. Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos [...], p. 154.

222 DE VERGOTTINI, G. El diálogo entre tribunales, p. 335-352.

223 *Ibid.*, p. 346.

224 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-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.

225 LOPEZ, Ismael; LOVE, Julia; McCOOL, Grant. Nicaragua expels OAS missions investigating violent protests. 20 Dec. 2018. **Reuters**, World News.

226 DE VERGOTTINI, G. El diálogo entre tribunales, p. 350.

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.²²⁷ E aí reside a diferença.²²⁸

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.

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 seus 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.²²⁹ 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

227 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: Interscencia, 2015, p. 693-711, p. 701.

228 DE VERGOTTINI, G. *El diálogo entre tribunals*, 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, A. M. *A Typology of Transjudicial Communication*, p. 113.

229 ALLARD, J. *La “cosmopolitisation” de la justice: entre mondialisation et cosmopolitisme*, p. 75.

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 realizam em múltiplas direções.²³⁰ 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.²³¹

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.²³²

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.²³³ Referida coesão normativa pode ser apontada como uma

230 MOHALLEM, M. F. Horizontal Judicial Dialogue on Human Rights [...], p. 68.

231 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, P. A. The Latin-American Judicial Dialogue: a Two-Way Street Towards Effective Protection, p. 701-702.

232 GARCÍA ROCA, J. El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos [...], p. 191.

233 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,

progressiva “osmose entre ordenamentos nacionais e internacionais”, tanto na Europa quanto na América Latina²³⁴, ainda que muitas vezes se manifestem resistências por parte de certas cortes constitucionais, comprometendo a integridade do sistema.²³⁵ 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.²³⁶

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.

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 juízes ao diálogo. BURGORGUE-LARSEN, L. **El Diálogo Judicial**: máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos, 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.

234 ROLLA, G. Algunas consideraciones sobre la tutela de los derechos y libertades fundamentales [...], p. 71.

235 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.

236 No sistema europeu, o espaço para as diversidades manifesta-se por meio da doutrina da margem de apreciação. ROLLA, G. Algunas consideraciones sobre la tutela de los derechos y libertades fundamentales [...], p. 74. No sistema interamericano, o espaço para deferência ainda carece de melhor configuração, para o que a presente tese visa contribuir.

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 fez 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 2010.²³⁷ Verificou-se uma verdadeira conversa entre 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 estrangeiro²³⁸, 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,

237 CORTE IDH. *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilla do Araguaia”) vs. Brasil*, párrafo 163.

238 LEGRAND, P. *Como ler o direito estrangeiro*, p. 57-58.

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.²³⁹ 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)²⁴⁰ 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).²⁴¹ 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.²⁴² 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.²⁴³

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.²⁴⁴

239 CHOUDRHY, 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.

240 *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.

241 *Ibid.*, p. 20-21.

242 *Ibid.*, p. 21.

243 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.

244 *Ibid.*, p. 324.

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.²⁴⁵ 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 julgador, 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.²⁴⁶

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).²⁴⁷ 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.²⁴⁸ 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*

245 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.

246 HIRSCHL, R. On the blurred methodological matrix of comparative constitutional law, p. 41.

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

248 HORBACH, C. B. O direito comparado no STF: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira, p. 206-208; HART, N. Complementary Protection and Domestic Courts., p. 194.

cotejo de las líneas de argumentación concretado en la sentencia y no en simples reconstrucciones en buena parte forzadamente inductivas”.²⁴⁹

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.²⁵⁰ Referida prática poderia ser identificada como uma manifestação de um discurso judicial globalizado, tal como mencionado por Slaughter²⁵¹, 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.²⁵²

Para além dos aportes jurisprudenciais, uma perspectiva de caráter 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.²⁵³ Cabe aos juízes envolvidos analisar os casos estrangeiros em toda a sua extensão, de

249 DE VERGOTTINI, G. El diálogo entre tribunales, p. 358.

250 HIRSCHL, R. On the blurred methodological matrix of comparative constitutional law, p. 41-42.

251 SLAUGHTER, A. M. **A New World Order**, *passim*.

252 HIRSCHL, R. On the blurred methodological matrix of comparative constitutional law, p. 43.

253 HIRSCHL, R. On the blurred methodological matrix of comparative constitutional law, p. 43-44.

forma contextualizada, a fim de identificar pontos em comum ou inconsistências até formar seu convencimento a seu respeito.²⁵⁴

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 comparativa no direito constitucional: “*theory building through causal inference*”.²⁵⁵ 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 jul-

254 HART, N. Complementary Protection and Domestic Courts, p. 195.

255 HIRSCHL, R. On the blurred methodological matrix of comparative constitutional law, p. 46.

gado as soluções formuladas por outras jurisdições, pois existe um mínimo comprometimento com a atividade jurisdicional como uma empreitada comum.²⁵⁶ 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.²⁵⁷ Mais do que preencher lacunas (“*gap-filling*”), os diálogos judiciais promovem deliberação.²⁵⁸

Ressaltam alguns autores precisamente o elemento de disputa ou de discórdia que podem se manifestar nos diálogos judiciais²⁵⁹, 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 cruzada²⁶⁰ de padrões constitucionais e internacionais de direitos humanos em um ambiente de respeito pelas diferenças, de modo que as cortes logrem 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.²⁶¹ 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 2001²⁶², assim como a incorporação, por tribunais latino-americanos, da doutrina do núcleo essencial e da proporcionalidade, criados pela jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha.²⁶³

256 SLAUGHTER, A. M. A Typology of Transjudicial Communication, p. 122.

257 SLAUGHTER, A. M. A Global Community of Courts, p. 196.

258 *Ibid.*, p. 198.

259 NEVES, M. **Tranconstitucionalismo**, p. 117.

260 SLAUGHTER, A. M. A Typology of Transjudicial Communication, p. 117.

261 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. What Do We Mean When We Talk About Judicial Dialogue? [...], p. 91.

262 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.

263 AGUILAR CAVALLO, G. El diálogo judicial multinível, p. 154.

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 respeitoso 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 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.²⁶⁴ 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.²⁶⁵ Como coloca García Roca, os diálogos podem “canalizar o desacordo”, apontando novas linhas interpretativas.²⁶⁶

Dessa forma, diálogos judiciais implicam avanços e retrocessos, em que o mutualismo entre o nacional e o transnacional propicia influências cruzadas e dinâmicas²⁶⁷, mas seu fio condutor, sua razão de existência, é sempre encontrar soluções que valorizem a dignidade humana por meio dos direitos huma-

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

265 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, 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 crítica 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.

266 GARCÍA ROCA, J. El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos [...], p. 210.

267 ARAUJO, L. C. M. **Constitucionalismo Transfronteiriço, Direitos Humanos e Direitos Fundamentais** [...], p. 50.

nos, e tendo como elemento essencial a democracia.²⁶⁸ Segundo Saiz Arnaiz²⁶⁹, essas soluções devem se pautar pela busca da efetividade, e estarem fundadas em metodologias deliberativas.²⁷⁰ 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 abertas²⁷¹ à evolução de sentido, 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.²⁷² Nesse sentido, tanto cortes domésticas quanto cortes regionais ou internacionais podem dar origem a novos *standards* em direitos humanos, capazes de harmonizar as diferenças.²⁷³

Esse diálogo coevolutivo é marcado por (i) policentrismo, em virtude da diversidade de intérpretes dos direitos humanos para a construção dos

268 MORALES ANTONIAZZI, M. La doble estatalidad abierta: interamericanización y mercosurización [...], p. 307.

269 SAIZ ARNAIZ, A. La interacción entre los tribunales que garantizan derechos humanos [...], p. 31.

270 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.

271 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 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, G. J. La interpretación de los derechos humanos en la Jurisdicción Internacional y en la Jurisdicción Interna, p. 99-100.

272 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.

273 *Ibid.*, p. 591.

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.²⁷⁴

A partir dessas características²⁷⁵, 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 sustantivos de derechos humanos y obligaciones correlativas estatales*”.²⁷⁶

Posto isso, os diálogos judiciais têm no direito comparado mais propriamente uma ferramenta²⁷⁷ que uma condição necessária²⁷⁸, um método de trabalho capaz de aportar racionalidade e legitimidade ao processo decisório, de modo que as escolhas não sejam feitas 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.²⁷⁹ Todavia, na comparação, o processo se exaure na solução

274 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.

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

276 GÓNGORA-MERA, M. E. Diálogo coevolutivo, p. 594.

277 FRYDMAN, B. Diálogo internacional dos juízes e a perspectiva ideal de justiça universal, p. 23.

278 GARCÍA ROCA, J. El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos [...], p. 207.

279 LEGRAND, P. *Como ler o direito estrangeiro*, p. 13-14.

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.²⁸⁰

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 a Corte IDH e as cortes nacionais, pode-se medir o com-

280 BURGORGUE-LARSEN, L. De la internacionalización del diálogo entre los jueces, p. 254.

prometimento 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.²⁸¹ 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 Jackson²⁸², no segundo, de Laurece Burgogue-Larsen²⁸³, Jânia Saldanha²⁸⁴ e Manuel Góngora-Mera²⁸⁵, bem como Slaughter²⁸⁶.

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.²⁸⁷

281 SLAUGHTER, A. M. A Typology of Transjudicial Communication, p. 99-137.

282 JACKSON, Vicki C. Transnational Challenges to Constitutional Law: Convergence, Resistance, Engagement. **Federal Law Review**, v. 35, issue 2, 2007; JACKSON, Vicki C.. **Constitutional engagement in a transnational era**. New York: Oxford University Press, 2010.

283 BURGORGUE-LARSEN, L. De la internacionalización del diálogo entre los jueces, p. 231 *et. seq.*

284 SALDANHA, J. M. L.; BRAVO, I. G. C. Diálogos jurisdicionais e acesso (universal?) à justiça [...], p. 253-294.

285 GÓNGORA-MERA, M. E. Interacciones y convergencias entre la corte interamericana de derechos humanos [...], p. 312-337.

286 SLAUGHTER, A. M. A Typology of Transjudicial Communication, p. 112 *et. seq.*

287 *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 reciprocidade²⁸⁸, 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.²⁸⁹ 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).²⁹⁰ 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.²⁹¹ Nos relacionamentos entre cortes constitucionais, portanto, abre-se espaço para uma bidirecionalidade, um processo

288 SLAUGHTER, A. M. A Typology of Transjudicial Communication, p. 103. Nesse sentido, afastando-se De Vergottini, como mencionado supra.

289 MOHALLEM, M. F. Horizontal Judicial Dialogue on Human Rights [...], p. 69.

290 MOHALLEM, M. F. Horizontal Judicial Dialogue on Human Rights [...], p. 82-83.

291 *Ibid.*, p. 85.

cooperativo de troca recíproca de argumentos, sem que nenhum dos interlocutores possa clamar por primazia em relação ao outro.²⁹²

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.²⁹³ Essa homogeneidade entre os sistemas pode ser encontrada em 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; (ii) o uso reiterado de critérios e princípios judiciais análogos para fundamentar suas decisões, como o princípio da proporcionalidade, da proteção efetiva, da interpretação evolutiva, o princípio democrático e o princípio da autodeterminação dos titulares dos direitos; (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.²⁹⁴

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 oportu-

292 GARCÍA ROCA, J.; NOGUEIRA ALCALÁ, H.; BUSTOS GISBERT, R. La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo, p. 76.

293 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.

294 GARCÍA ROCA, J.; NOGUEIRA ALCALÁ, H.; BUSTOS GISBERT, R. La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo, p. 82-83.

nidade 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 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.²⁹⁵

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 Sala²⁹⁶, que poderiam, eventualmente, produzir decisões contraditórias sobre a implementação das mesmas normas de direitos humanos.²⁹⁷ 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.²⁹⁸

A primeira delas é de caráter contextual, tanto em sentido jurídico quanto político. No sentido jurídico, existe relevante norma convencional presente na

295 GARCÍA ROCA, J.; NOGUEIRA ALCALÁ, H.; BUSTOS GISBERT, R.. La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo, p. 84.

296 EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Composition of the Court.**

297 GARCÍA ROCA, J.; NOGUEIRA ALCALÁ, H.; BUSTOS GISBERT, R.. La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo, 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.

298 *Ibid.*, p. 86-87.

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.²⁹⁹ 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.³⁰⁰ Em contrapartida, por muitos anos, a Europa foi comparada a um “*club de democracias estables*”³⁰¹, 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.³⁰²

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 re-

299 GARCÍA ROCA, J.; NOGUEIRA ALCALÁ, H.; BUSTOS GISBERT, R.. La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo, p. 86. O controle de convencionalidade, e os diálogos judiciais mantidos em seu nome, serão objeto do terceiro capítulo.

300 PIOVESAN, F. Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições, p. 73.

301 GARCÍA ROCA, J.; NOGUEIRA ALCALÁ, H.; BUSTOS GISBERT, R.. La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo, p. 87.

302 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 evident 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.

conhece e declara a violação dos direitos, como também pela intensidade das medidas de reparação que determina.³⁰³

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.³⁰⁴ 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.³⁰⁵ 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.³⁰⁶

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.³⁰⁷ Em diversos casos, os diálogos travados com o TEDH se mostraram profundamente analíticos, tendo por pano de fundo a preocupação em harmonizar a jurisprudência proveniente de sistemas jurídicos que, embora diversos, estivessem fulcrados no mesmo pilar, qual seja, a proteção da pessoa humana.³⁰⁸

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

304 BURGORGUE-LARSEN, L. *El Diálogo Judicial*: máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos, p. 26.

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

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

307 BURGORGUE-LARSEN, L. *El Diálogo Judicial*: máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos, 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.

308 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.

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.³⁰⁹

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.³¹⁰ Também no caso Artavia Murillo e outros (Fertilização “*in vitro*”) vs. Costa Rica, a Corte IDH considerou longamente o posicionamentos 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*”.³¹¹ Ainda, a fim de fundamentar o direito à identidade cultural, no

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*.

309 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, p. 90.

310 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.

311 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

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).³¹²

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.³¹³ 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.³¹⁴

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.³¹⁵ O intrincamento jurisprudencial mantido pelas cortes foi considerado, por Piovesan, como um

nos julgados colacionados pelo TEDH, a material não foi enfrentada 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, G. L. Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights, p. 109.

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

313 PIOVESAN, F. Sistema Interamericano de Derechos Humanos [...], p. 92.

314 BURGORGUE-LARSEN, L. **El Diálogo Judicial**: máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos, p. 27-28.

315 *Ibid.*, p. 26-27.

processo dinâmico de “europeicização” do sistema interamericano, e “interamericanização” do sistema europeu.³¹⁶

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 humanos, passaram a comunicar sua jurisprudência a fim de identificar *standards* comuns.³¹⁷ Essa interação fica ainda mais evidente após a adesão da União Europeia à Convenção Europeia de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, promovendo um verdadeiro dever de coerência entre as duas cortes.

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.³¹⁸ 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.³¹⁹ 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.³²⁰ 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 global de harmonização do pluralismo.

316 PIOVESAN, F. Sistema Interamericano de Direitos Humanos [...], p. 90.

317 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.

318 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. 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.

319 BURGORGUE-LARSEN, L. **El Diálogo Judicial...**, p. 30.

320 *Ibid.*, p. 42-43.

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.³²¹ 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 omissos na proteção dos direitos humanos.³²² 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*”.³²³ 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.³²⁴

A verticalidade dos diálogos judiciais é uma marca vigorosa do sistema interamericano³²⁵, notadamente em virtude da abertura das cláusulas constitucio-

321 SLAUGHTER, A. M. A Typology of Transjudicial Communication, p. 106.

322 CAROZZA, Paolo. **Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law**. Notre Dame Law School. Scholarly Works. Paper 564. 2003.

323 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.

324 CAROZZA, P. **Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law**, p. 62.

325 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 supranacionais seriam apenas

nais para os tratados internacionais de direitos humanos e a criação da doutrina do controle de convencionalidade pela Corte Interamericana, 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.³²⁶ 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.³²⁷

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 *Trabalhadores Demitidos do Congresso vs. Peru*.³²⁸ Nessa linha, juízes integrantes das jurisdições domésticas deveriam fundamentar suas decisões com base no entendimento adotado pela Corte IDH. Os plexos

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-ZAMUNDIO, H. *Relaciones entre los Tribunales Constitucionales Latino-americanos* [...], p. 680-681.

326 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. 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.

327 ROLLA, G. *Algunas consideraciones sobre la tutela de los derechos y libertades fundamentales* [...], p. 80-81.

328 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.

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 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.³²⁹

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 julgamento³³⁰, e indiretamente os demais Estados-membros do sistema, em virtude de sua autoridade persuasiva.³³¹ 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

329 FIX-ZAMUNDIO, H. Relaciones entre los Tribunales Constitucionales Latino-americanos [...], p. 675-676; 744.

330 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**.

331 ROLLA, G. Algunas consideraciones sobre la tutela de los derechos y libertades fundamentales [...], p. 80-81.

mais modesto de ingerência a fim de evitar, quando possível, confrontos diretos que pudessem comprometer a *compliance* dos Estados.³³²

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.³³³ 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 regional 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 1979.³³⁴

Uma segunda possibilidade seria o processo pelo qual diversas reclamações individuais levam ao tribunal regional princípios presentes de forma similar nas variadas ordens nacionais. A corte regional funciona como agente catalizador, destilando e refinando esses princípios para que eles se tornem princípios de direito regional e retornem, portanto, à jurisprudência nacional.³³⁵

De fato, como os diálogos judiciais são multidimensionais, em um mesmo sistema a que pertencem cortes nacionais e uma corte regional, os fluxos argumentativos podem percorrer várias direções, vindo a partir das cortes nacionais, ou das cortes regionais. Trata-se do fenômeno identificado por Góngora-Mera como fluxos “*top-down*” e “*bottom-up*” dos diálogos judiciais,

332 KRISCH, Nico. The Open Architecture of European Human Rights Law. *Law, Society, Economy Working Papers* 11/2007, p. 24-25.

333 SLAUGHTER, A. M. A Typology of Transjudicial Communication, p. 111.

334 CORTE IDH. *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilla do Araguaia”) vs. Brasil*; 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.

335 SLAUGHTER, A. M. A Typology of Transjudicial Communication, p. 112.

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.³³⁶

Esse mesmo fenômeno foi observado por Javier García Roca³³⁷ 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. O tema será abordado no segundo capítulo.

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,

336 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, M. E. Interacciones y convergencias entre la corte interamericana de derechos humanos [...], p. 314-315.

337 GARCÍA ROCA, J. El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos [...], p. 203.

por certo não impede que o TEDH promova uma série de orientações para os Estados, inclusive no sentido de solicitar reformas legislativas internas.³³⁸

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 regionais 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 Burgogue-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 regionais e internacionais). Nesse caso, podem influir ou não as relações conven-

338 GARCÍA ROCA, J. El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos [...], p. 204-205.

cionais como as presentes nos sistemas regionais de proteção, de modo a orientar a disposição interna das cortes em engajar-se em diálogos judiciais. Será o primeiro a ser abordado.

2.42.1 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. São três as formas de interação entre cortes nacionais e internacionais ou supranacionais: a convergência, a resistência e o engajamento.³³⁹

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).³⁴⁰

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 estrangeira³⁴¹, notadamen-

339 JACKSON, V. C. *Transnational Challenges to Constitutional Law: Convergence, Resistance, Engagement*, p. 1.

340 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, V. C. *Transnational Challenges to Constitutional Law: Convergence, Resistance, Engagement*, p. 2-3.

341 BURGORGUE-LARSEN, L. *El Diálogo Judicial: máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos*, p. 221.

te da Corte IDH em decisões que envolvem a aplicação de direitos humanos da Convenção Americana.³⁴² Decisões da corte supranacional influenciam profundamente a produção jurisprudencial do país, especialmente a partir da Sentença C-225/95, que estabeleceu o conceito de bloco de constitucionalidade:³⁴³

*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.*³⁴⁴

A *Corte Suprema de la Nación*, da Argentina, mostrou-se profundamente aderente às sentenças da Corte IDH por muitos anos.³⁴⁵ 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

342 CEPEDA ESPINOSA, M. J.; LANDAU, D. *Colombian Constitutional Law*, p. 42-43.

343 BURGORGUE-LARSEN, L. *El Diálogo Judicial: máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos*, p. 221

344 COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-225 de 1995*.

345 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 *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.

declaração de prescrição que impedira a investigação penal de um agente policial pela prática de tortura.³⁴⁶

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 citam normas convencionais e sua interpretação segundo os *standards* europeus firmados pela Corte supranacional.³⁴⁷

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*”.³⁴⁸

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

346 CSJN. Sentencia del 23 diciembre 2004, Espósito, 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 “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, p. 10.

347 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, N. The Open Architecture of European Human Rights Law, p. 6-7.

348 O caso indiano foi *Vishaka vs. Rajasthan* julgado pela Corte Constitucional da Índia. JACKSON, V. C. Transnational Challenges to Constitutional Law: Convergence, Resistance, Engagement, p. 3.

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.³⁴⁹

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 de *compliance* por parte da maior parte das cortes constitucionais³⁵⁰, 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.³⁵¹ 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.³⁵²

349 JACKSON, V. C. *Transnational Challenges to Constitutional Law...*, p. 3-4.

350 KRISCH, N. *The Open Architecture of European Human Rights Law*, p. 2-3.

351 KRISCH, N. *The Open Architecture of European Human Rights Law*, p. 5.

352 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

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.³⁵³ 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 marcou um novo comportamento radicalmente oposto: de convergente, a *Corte Suprema de la Nación* mostrou-se resistente.³⁵⁴

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

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, N. The Open Architecture of European Human Rights Law, p. 8.

353 ABRAMOVICH, V. Comentarios sobre “Fontevecchia” [...], p. 11.

354 *Ibid.*, p. 12.

(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*.³⁵⁵

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.³⁵⁶ 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.³⁵⁷ 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.³⁵⁸ 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 autocontenção voltada para o direito doméstico.³⁵⁹ 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.³⁶⁰

355 JACKSON, V. C. *Transnational Challenges to Constitutional Law: Convergence, Resistance, Engagement*, 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.

356 *Ibid.*, p. 17.

357 JACKSON, V. C.. *Constitutional engagement in a transnational era*, 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.

358 *Ibid.*, p. 20-22.

359 *Ibid.*, p. 26.

360 *Ibid.*, p. 27.

Importante salientar que esses elementos podem vir isolados ou combinados, a fim de fundamentar a resistência das cortes ao direito estrangeiro.³⁶¹

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.³⁶²

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.³⁶³ Em 2008, no caso envolvendo a demissão arbitrária de juízes (Aplitz 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

361 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.

362 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, X.; STEININGER, S. Parting ways or lashing back? Withdrawals, *backlash* and the Inter-American Court of Human Rights, p. 5-7.

363 Caso Aplitz 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 2012.³⁶⁴

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, concluiu 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*”.³⁶⁵

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

364 SOLEY, X.; STEININGER, S. Parting ways or lashing back? [...], p. 16.

365 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, A. El ilegítimo ‘control de constitucionalidad’ de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, p. 575-608.

decisões estrangeiras – sejam elas oriundas de cortes constitucionais ou internacionais.³⁶⁶ Por meio do engajamento, uma corte mostra-se aberta para a consideração de razões fornecidas por outras cortes em casos similares, 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.³⁶⁷

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.³⁶⁸

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.³⁶⁹

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.³⁷⁰

Primeiramente, os compromissos internacionais firmados por um Estado – aderindo a tratados internacionais de direitos humanos e reconhecendo a jurisdição internacional de Cortes moldadas para a sua interpretação e

366 JACKSON, V. C. *Transnational Challenges to Constitutional Law: Convergence, Resistance, Engagement*, p. 6

367 Na mesma linha de engajamento segue a Corte Constitucional da África do Sul. *Ibid.*, p. 6

368 *Ibid.*, p. 8.

369 *Ibid.*, p. 8.

370 JACKSON, V. C. *Transnational Challenges to Constitutional Law: Convergence, Resistance, Engagement*, p. 9.

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.³⁷¹

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 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*”.³⁷²

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.³⁷³

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 en-

371 JACKSON, V. C. *Transnational Challenges to Constitutional Law: Convergence, Resistance, Engagement*, p. 9.

372 SANTOLAYA, P. *La apertura de las Constituciones a su interpretación conforme a los tratados internacionales*, p. 452.

373 JACKSON, V. C. *Transnational Challenges to Constitutional Law: Convergence, Resistance, Engagement*, p. 9-10.

tabulou 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.³⁷⁴ 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.³⁷⁵ No julgamento do caso Raposa Serra do Sol³⁷⁶, por exemplo, a despeito da posição indiferente adotada pelo Relator Carlos Ayres Britto³⁷⁷, 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

374 COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentença C-007/18**, parágrafos 131-146.

375 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.

376 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.

377 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.

com elas dialogando, garantiu a proteção aos direitos humanos pleiteados.³⁷⁸ 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 inconvenção) da lei de imprensa, a exigir diploma em curso superior de jornalismo para o exercício da função, em franca violação da liberdade de expressão.³⁷⁹

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”.³⁸⁰

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 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

³⁷⁸ *Ibid.*, p. 396-398.

³⁷⁹ 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.

³⁸⁰ KRISCH, N. *The Open Architecture of European Human Rights Law*, p. 21.

vê proveito na interação³⁸¹ – 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 inatingível³⁸² 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

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,

381 FRYDMAN, B. Diálogo internacional dos juízes e a perspectiva ideal de justiça universal, p. 26.

382 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, p. 6-7.

como também o grau de vínculo (de comprometimento) entre as jurisdições em uma classificação³⁸³ que foi acompanhada por Jania Saldanha e Irina Bravo.³⁸⁴

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.³⁸⁵

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.³⁸⁶ 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.³⁸⁷ 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

383 BURGORGUE-LARSEN, L. De la internacionalización del diálogo entre los jueces, p. 234-235.

384 SALDANHA, J. M. L.; BRAVO, I. G. C. Diálogos jurisdicionais e acesso (universal?) à justiça [...], p. 270.

385 BURGORGUE-LARSEN, L. De la internacionalización del diálogo entre los jueces, p. 234-235; SALDANHA, J. M. L.; BRAVO, I. G. C. Diálogos jurisdicionais e acesso (universal?) à justiça [...], p. 270.

386 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, L. De la internacionalización del diálogo entre los jueces, p. 235.

387 *Ibid.*, p. 236.

da França esboçou uma reação de resistência que demonstrou a abertura para os diálogos a respeito dos limites e possibilidades dessa obrigação convencional.³⁸⁸ 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 como disposta a levar em consideração as razões aportadas.³⁸⁹

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. Michael para o Tribunal de Justiça do Caribe.³⁹⁰

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.³⁹¹ 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 sis-

388 BURGORGUE-LARSEN, L. De la internacionalización del diálogo entre los jueces, p. 237.

389 SLAUGHTER, A. M. A Typology of Transjudicial Communication, p. 112-113.

390 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, L. De la internacionalización del diálogo entre los jueces, p. 240.

391 *Ibid.*, p. 236.

temas regionais de direitos humanos: deve prevalecer sempre a interpretação da corte regional?³⁹² 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*.³⁹³ É inegável que na maior 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 regional 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.³⁹⁴

Nessa linha, os juízes nacionais também podem tirar proveito dessa verticalidade convencional quando escoram suas decisões na autoridade da interpretação regional 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.³⁹⁵

392 BURGORGUE-LARSEN, L. De la internacionalización del diálogo entre los jueces, p. 244.

393 GÓNGORA-MERA, M. E. Interacciones y convergências entre la corte interamericana [...], p. 314-315.

394 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.

395 A margem de apreciação e seu alcance será objeto do segundo capítulo. BURGORGUE-LARSEN, L. De la internacionalización del diálogo entre los jueces, p. 246-247.

Em sentido diverso do que se verifica nos diálogos orquestrados, Burgorgue-Larsen propõe o diálogo desenfreado³⁹⁶: 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.³⁹⁷ 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 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 diálogos³⁹⁸, 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.³⁹⁹ 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.⁴⁰⁰

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

396 BURGORGUE-LARSEN, L. De la internacionalización del diálogo entre los jueces, p. 250.

397 SALDANHA, J. M. L.; BRAVO, I. G. C. Diálogos jurisdicionais e acesso (universal?) à justiça [...], p. 271.

398 SALDANHA, J. M. L.; BRAVO, I. G. C. Diálogos jurisdicionais e acesso (universal?) à justiça [...], p. 272-273. No mesmo sentido, BURGORGUE-LARSEN, L. De la internacionalización del diálogo entre los jueces, p. 258-259.

399 *Ibid.*, p. 251.

400 *Ibid.*, p. 253-254.

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 apreciação⁴⁰¹, priorizam-se as interpretações promovidas pelos Estados, deixando espaço para uma fraca aderência a padrões comuns. Para Gón-gora-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 seguir a la Corte Interamericana y hasta qué grado*”⁴⁰², 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

401 No caso europeu, no início da aplicação da teoria, ela acabou por chancelar interpretações mais restritivas dos direitos humanos no âmbito estatal. Nos últimos anos, contudo, a Corte Europeia tem desenvolvido estándares europeus, o que leva a uma menor margem para os Estados. GÓNGORA-MERA, M. E. *Interacciones y convergências entre la corte interamericana* [...], p. 319.

402 *Ibid.*, p. 320-321.

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.⁴⁰³ 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 Internacional do Trabalho (OIT) por diversas cortes nacionais, os quais foram posteriormente incorporados pela Corte IDH quando chamada a decidir sobre a matéria.⁴⁰⁴

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.⁴⁰⁵

403 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. GÓNGORA- MERA, M. E. Interacciones y convergências entre la corte interamericana [...], p. 329.

404 GÓNGORA-MERA, M. E. Interacciones y convergências entre la corte interamericana [...], p. 327.

405 SLAUGHTER, A. M. A Typology of Transjudicial Communication, p. 113-114.

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.⁴⁰⁶

406 GÓNGORA-MERA, M. E. Interacciones y convergências entre la corte interamericana [...], p. 332-333.



3. Subsidiariedade nos Sistemas Europeu e Interamericano de Direitos Humanos: o Sentido da Margem de Apreciação

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).⁴⁰⁷

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 harmonização⁴⁰⁸, 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.⁴⁰⁹ 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

407 DELMAS-MARTY, M. *Les Forces Imaginantes Du Droit: Le Pluralisme Ordonné*, p. 125.

408 *Ibid.*, p. 129.

409 CAROZZA, P. *Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law*.

determina um processo de supervisão por parte dos órgãos supranacionais, sempre que e na medida em que os Estados falhassem em seu mister.⁴¹⁰

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 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.⁴¹¹ Essa troca argumentativa se materializa na figura de um diálogo judicial cooperativo.

410 DELMAS-MARTY, M. **Les Forces Imaginantes Du Droit**: Le Pluralisme Ordonné, p. 71-72.

411 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.

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 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

Nos sistemas regionais, como é o caso do interamericano e do europeu, a estrutura multinível⁴¹² 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.⁴¹³

Essa é a tarefa do princípio da subsidiariedade, enquanto ferramenta conceitual e retórica⁴¹⁴, 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 sistema regional ou internacional, no segundo, permite apontar para a distribuição de competências em um sistema já configurado.⁴¹⁵

Segundo Chantal Millon-Delson, o vocábulo latino *subsidium* significa reserva, uma atuação de segurança essencial que visa cobrir eventual falta.⁴¹⁶ A subsidiariedade não autoriza o abuso que implique a usurpação da compe-

412 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.

413 DELMAS-MARTY, M. **Les Forces Imaginantes Du Droit: Le Pluralisme Ordonné**.

414 CAROZZA, P. **Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law**, 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, p. 4-5.

415 STADEN, Andreas von. **Democratic Legitimacy of Judicial Review Beyond the State: Normative Subsidiarity and Judicial Standards of Review**, p. 13.

416 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.

tência de um ente pelo outro mas, precisamente, uma divisão de tarefas em que o titular da ação subsidiária não substitui a atuação do outro.⁴¹⁷ 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.

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 discurso, orientando ações capazes de proteger direitos e reparar danos. O princípio da subsidiariedade procura estruturar essa relação dialógica.

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.⁴¹⁸ 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.⁴¹⁹

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.⁴²⁰ 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-

417 MILLON-DELSON, C. *L'état subsidiaire*. Ingérence et non-ingérence de l'État [...], p. 6.

418 CAROZZA, P. *Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law*, p. 42.

419 *Ibid.*, p. 43.

420 *Ibid.*, p. 43; MILLON-DELSON, C. *L'état subsidiaire*. Ingérence et non-ingérence de l'État [...], *passim*.

-se a ambivalência entre respeitar a autonomia do grupo social local, e prestar assistência sempre que este não lograr, por si mesmo, realizar seus objetivos.⁴²¹

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*”.⁴²² 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.⁴²³ 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. 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.⁴²⁴ 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.⁴²⁵

421 CAROZZA, P. **Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law**, p. 44.

422 PIOVESAN, F. Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições, p. 71-72.

423 FOLLESDAL, Andreas. The principle of subsidiarity as a constitutional principle in international law. **Global Constitutionalism**, V. 2, Issue 01, March 2013, Cambridge University Press. p 3762, p. 39.

424 *Ibid.*, p. 56-57.

425 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, p. 608; 623.

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 “*subsídium*” 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.⁴²⁶

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

426 CAROZZA, P. *Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law*, p. 58.

compromisso material com a realização dos direitos humanos.⁴²⁷ Não se trata de proteção da soberania. 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 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 e preservação do pluralismo.

No plano dos diálogos judiciais, essa cooperação se mostra ainda mais evidente 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 se torna cooperativo como será demonstrado adiante, tendo em vista 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.

427 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, p. 89.

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.⁴²⁸ 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 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 delimitado 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.⁴²⁹ 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

428 HUNEUS, A.; MADSEN, M. R. Between universalism and regional law and politics [...], p. 138.

429 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.

nações europeias recém egressas da II Guerra Mundial, e ainda marcadas por fortes doses de nacionalismo.⁴³⁰ O princípio da subsidiariedade materializa precisamente essa tensão.⁴³¹

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.⁴³² A subsidiariedade em sua dimensão negativa pautou a atuação do TEDH, que reconheceu aos Estados uma larga margem de apreciação.

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.⁴³³

430 HUNEEUS, A.; MADSEN, M. R. *Between universalism and regional law and politics* [...], p. 141.

431 CAROZZA, P. *Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law*, p. 53 *et. seq.*

432 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.

433 *Ibid.*, p. 515-518.

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.⁴³⁴

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 TEDH reconheceu maior margem de apreciação às cortes nacionais na medida em que elas decidiram o conflito de direitos com base na jurisprudência regional.⁴³⁵

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

434 KRISCH, N. The open architecture of European Human Rights Law, p. 6.

435 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.

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.⁴³⁶ 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.⁴³⁷ 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*”.⁴³⁸

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.⁴³⁹ 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.

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 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 Esta-

436 DJEFFAL, C. Dynamic and Evolutive Interpretation of the ECHR by Domestic Courts? [...], p. 180.

437 KRISCH, N. The Open Architecture of European Human Rights Law, p. 15.

438 DJEFFAL, C. Dynamic and Evolutive Interpretation of the ECHR by Domestic Courts? [...], p. 197.

439 *Ibid.*, p. 189.

dos Latino-Americanos. Tanto a Comissão Interamericana quanto a Corte⁴⁴⁰ amadureceram sua atuação a partir de uma premissa original de ingerência⁴⁴¹ 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,⁴⁴² assim como durante conflitos armados que se instalaram na segunda metade do século XX, surtindo efeitos até os dias atuais.⁴⁴³

Deduz-se, por exemplo, do voto apartado do então juiz presidente da Corte IDH 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*

440 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.

441 GARGARELLA, Roberto. *Tribunales Internacionales y Democracia: Enfoques deferentes o de interferencia*. **Revista Latinoamericana de Derecho Internacional**, n. 4, 30 mayo 2016.

442 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.

443 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.

superar un obstáculo que los órganos internacionales de supervisión de los derechos humanos todavía no han logrado transponer: la impunidad”.⁴⁴⁴

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 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 apreciação⁴⁴⁵ 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.

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.

444 CORTE IDH. **Caso Barrios Altos vs. Perú**. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C-75. Voto del Juez Cañado Trindade, párrafo 4.

445 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.

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.

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.⁴⁴⁶ 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*”).⁴⁴⁷ 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.⁴⁴⁸

No caso dos sistemas regionais de direitos humanos diversos fatores importam para que a subsidiariedade aponte para o lado negativo, de prevalência

446 CAROZZA, P. **Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law**, 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.

447 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.

448 BESSON, S. Subsidiarity in International Human Rights Law [...], p. 77.

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.⁴⁴⁹ 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 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 direitos⁴⁵⁰, 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 adotan-

449 JACHTENFUCHS, M.; KRISCH, N. *Subsidiarity in Global Governance*, p. 22.

450 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.

do meios internos para tratar de alegada violação de direitos humanos.⁴⁵¹ 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.⁴⁵² Essa posição precisa ser analisada com cuidado.

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

451 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, Facebook, publicação de 4 julho 2019. Disponível em: <https://www.facebook.com/pg/ALDHU1980/posts/>. Acesso em: 30 set. 2019. Ressalte-se que referida declaração foi objeto de repúdio pelo Parlamento do Mercosul, que solicitou informes aos Estados da Argentina, Brasil e Paraguai, por terem adotado posição enfraquecedora da proteção dos direitos humanos na região, um compromisso declaradamente assumido pelos integrantes do Mercosul, e inclusive por não terem agido de forma transparente ao fazê-lo. 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.

452 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, A. v. **Democratic Legitimacy of Judicial Review Beyond the State** [...], p. 15. Entendo que não se trata de um direito do Estado, mas um mecanismo de funcionamento cooperativo do sistema.

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”.⁴⁵³

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.⁴⁵⁴ O compromisso dessa corte regional 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.⁴⁵⁵ 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, próprio de um *judicial review*, a fim de declarar se um Estado violou ou não a norma convencional.⁴⁵⁶ 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.⁴⁵⁷

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

453 BESSON, S. Subsidiarity in International Human Rights Law [...], p. 72.

454 *Ibid.*, p. 69–107, 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, p. 2.

455 SPANO, Robert. Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity. **Human Rights Law Review**, 2014, 14, 487–502, p. 493.

456 *Ibid.*, p. 494.

457 SAUVÉ, *op. cit.*, p. 4.

podem ser consideradas válidas se necessárias em uma sociedade democrática.⁴⁵⁸ 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.⁴⁵⁹

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 subsidiariedade, de caráter eminentemente negativo. Para que um órgão internacional ou regional tenha com-

458 O tema será explorado na seção 3.4.1.1 deste capítulo.

459 SPANO, Robert. *Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity*. *Human Rights Law Review*, 2014, 14, 487–502, p. 497-498.

petência para revisar atos praticados pelo Estado, é premente que ele tenha tido oportunidade de ver esgotados os seus mecanismos internos para solução do caso.⁴⁶⁰ 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.⁴⁶¹

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.⁴⁶² 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.⁴⁶³ 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.⁴⁶⁴

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 gru-

460 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, p. 79–80.

461 *Ibid.*, p. 79.

462 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.

463 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?, p. 417–418.

464 SPANO, Robert. Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity. *Human Rights Law Review*, 2014, 14, 487–502, p. 500.

pos sociais com competência para tratar de violações de direitos humanos. Se em alguns 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 Constitucional⁴⁶⁵, essa não é a realidade no Brasil.⁴⁶⁶ 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 humanos⁴⁶⁷, 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.⁴⁶⁸

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.⁴⁶⁹ Como já se manifestou Ferrer Mac-Gregor, a dimen-

465 CEPEDA ESPINOSA, M. J.; LANDAU, D. *Colombian Constitutional Law*, p. 377.

466 No Brasil, as garantias do mandado de segurança e do *habeas corpus* são bastante difundidas.

467 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.

468 NEGISHI, Y. The subsidiarity principle's role in allocating competences [...], p. 131.

469 ROA ROA, J. E. La protección de los derechos políticos frente a las funciones disciplinarias [...], 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.

são 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.⁴⁷⁰ Nesse sentido, verifica-se uma cooperação entre as duas esferas jurisdicionais, tema que será mais explorado na seção 3.3.

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.⁴⁷¹ 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*”.⁴⁷² 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.⁴⁷³

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

470 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.

471 CORTE IDH. **Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras**. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C-4, párrafos 60, 61.

472 CORTE IDH. **Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras**. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C-1, párrafos 88 e 91.

473 *Ibid.*, párrafo 93.

mérito (artigo 36.3, Regulamento).⁴⁷⁴ 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 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.⁴⁷⁵

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.⁴⁷⁶

474 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, A. C. L.; FACHIN, M. G. *Diálogo Judicial Cooperativo en el Ius Constitutionale Commune para la Defensa de los Derechos Humanos*.

475 CORTE IDH. **Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras**. Excepciones Preliminares, párrafos 59 a 61.

476 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.

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*”.⁴⁷⁷

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.⁴⁷⁸

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 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.⁴⁷⁹ É inegável que a subsidiariedade procedimental foi reconhecida no caso *Nogueira de*

477 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.

478 *Ibid.*, párrafos 44-46.

479 PRIMEIRO júri federalizado do Brasil terá início nesta terça, em Pernambuco. *Revista Consultor Jurídico*, 13 de abril de 2015.

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.⁴⁸⁰

3.2.2.2 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.⁴⁸¹

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.

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

480 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.

481 BESSON, S. Subsidiarity in International Human Rights Law [...], p. 80.

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 apreciação⁴⁸², 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 pro-

482 BESSON, S. Subsidiarity in International Human Rights Law [...], p. 79.

duziu por juízes independentes, e respeitou o devido processo legal, não lhe cabe reavaliar a interpretação ou valoração das provas, nem a aplicação do direito interno.⁴⁸³ 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*”.⁴⁸⁴

No caso interamericano, referida doutrina foi elaborada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos no caso que se tornou referência sobre a matéria: *Marzióni 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.⁴⁸⁵ 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.⁴⁸⁶

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.⁴⁸⁷

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

483 BESSON, S. *Subsidiarity in International Human Rights Law* [...], p. 80.

484 ROA ROA, J. E. *La protección de los derechos políticos frente a las funciones disciplinarias* [...], p. 812.

485 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.

486 *Ibid.*, p. 293.

487 SAUVÉ, J. M. **Subsidiarity**: a two-sided coin? *The role of the national authorities*, p. 7.

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 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.⁴⁸⁸ 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 restando-se de exercer uma análise em abstrato do direito interno a luz da Convenção.⁴⁸⁹ 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.*⁴⁹⁰

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

488 CORTE IDH. **Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C-30, párrafos 47, 75.

489 *Ibid.*, 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.

490 CORTE IDH. **Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua**, párrafo 94.

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.⁴⁹¹

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, 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.⁴⁹²

Todavia, em dois casos envolvendo liberdade de expressão, a Corte incurcionou 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 cercea-

491 CORTE IDH. *Caso Terrones Silva y otros vs. Perú*, párrafos 208-210.

492 FACHIN, M. G.; NOWAK, Bruna. Quem dá a última palavra? [...].

mento à liberdade de expressão.⁴⁹³ 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.⁴⁹⁴ 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. 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.⁴⁹⁵

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

493 FACHIN, M. G.; NOWAK, Bruna. Quem dá a última palavra? [...], p. 89-90.

494 *Ibid.*, p. 93-95.

495 DUHAIME, B. Subsidiarity in the Americas [...], p. 294.

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.⁴⁹⁶ 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 ativista⁴⁹⁷, 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.⁴⁹⁸ 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 no tocante à proteção da vida privada e ao conceito de família.⁴⁹⁹ 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

496 JACHTENFUCHS, M.; KRISCH, N. Subsidiarity in Global Governance, p. 8-9.

497 BOSSUYT, Baron Marc. **Judicial activism in Europe**: the case of the European Court of Human Rights, p. 1.

498 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.

499 SPANO, R. Universality or Diversity of Human Rights? [...], p. 489.

na intenção original da Convenção Europeia.⁵⁰⁰ 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.⁵⁰¹

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.⁵⁰² 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.⁵⁰³ 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 [...].*⁵⁰⁴

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

500 BOSSUYT, Baron Marc. **Judicial activism in Europe** [...], 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.

501 BOSSUYT, Baron Marc. **Judicial activism in Europe** [...], p. 5-6.

502 SPANO, R. *Universality or Diversity of Human Rights?* [...], p. 490-491.

503 *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. O Protocolo n. 15 está em fase de ratificação e não entrou em vigor até a data de conclusão da presente tese.

504 *Ibid.*, article 1.

proteção (a “*Court’s engagement with empowering the Member States to truly ‘bring rights home’*”).⁵⁰⁵ 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.⁵⁰⁶ 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.⁵⁰⁷

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 petionários. 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.⁵⁰⁸ Nesse sentido, Carozza salienta que a subsidiariedade visa equilibrar tanto a dimensão negativa

505 SPANO, R. *Universality or Diversity of Human Rights?* [...], p. 491.

506 FOLLESDAL, A. *The principle of subsidiarity as a constitutional principle in international law*, p. 4.

507 SPANO, R. *Universality or Diversity of Human Rights?* [...], p. 500.

508 BESSON, S. *Subsidiarity in International Human Rights Law* [...], p. 84-85.

de não-interferência quanto a dimensão positiva de intervenção e assistência, o que exige profunda e cuidadosa análise de como as autoridades locais atuam.⁵⁰⁹

No sistema interamericano, o viés finalístico de proteção dos direitos humanos em contextos de extrema violência e estratégias de negação⁵¹⁰ e impunidade praticadas pelos Estados orientou o baixo prestígio da subsidiariedade negativa substancial.⁵¹¹ 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.⁵¹² 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.⁵¹³

509 CAROZZA, P. **Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law**, p. 79.

510 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.

511 BURGORGUE-LARSEN, L.; ÚBEDA DE TORRES, A. La “guerra” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, p. 123.

512 CORTE IDH. **Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil.**, párrafos 176, 177.

513 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos**, p. 10.

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.⁵¹⁴

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 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 exclusão⁵¹⁵ que ainda mantém inacessíveis os direitos humanos para significativos contingentes populacionais.⁵¹⁶ 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.⁵¹⁷

Essa realidade não significa que a Corte Interamericana se mostra completamente refratária à subsidiariedade substancial, mas que essa, dado o

514 BURGORGUE-LARSEN, L.; ÚBEDA DE TORRES, A. La “guerra” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, p. 125-126.

515 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**.

516 ROA ROA, J. E. La protección de los derechos políticos frente a las funciones disciplinarias [...], p. 815.

517 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 intermediarios, 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.

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.*”⁵¹⁸ 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.

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”⁵¹⁹, 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.⁵²⁰

518 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.

519 PETERS, A. *Humanity as the A and Ω of Sovereignty*, p. 515, *et. seq.*

520 NEGISHI, Y. *The subsidiarity principle's role in allocating competences between human rights courts [...]*, p. 135-137.

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.⁵²¹ 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.⁵²² 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.⁵²³ Essa atuação será objeto de análise do terceiro capítulo.

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.⁵²⁴ 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

521 Como salienta Burgorgue-Larsen, tal referência não existe no *Convenio Europeo de Derechos 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 Jurisdiccionales e Controle de Convencionalidade. Curitiba: Juruá, 2016, p. 11-47, p. 18.

522 NEGISHI, Y. The subsidiarity principle's role in allocating competences between human rights courts [...], p. 136.

523 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. “*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.*”

524 BURGORGUE-LARSEN, L. Crónica de una teoría de moda en América Latina [...], p. 22-23.

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 recursos⁵²⁵ – 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.*⁵²⁶

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.⁵²⁷

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

525 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.

526 CORTE IDH. **Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia**, párrafo n. 143

527 *Ibid.*, párrafo n. 143.

Europeia, que passou a ter força vinculante para os Estados Europeus (salvo Reino Unido e Polônia) em virtude do Tratado de Lisboa de 2007.⁵²⁸

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 convencional⁵²⁹, o que faz com que alguns autores reconheçam na jurisdição do Tribunal de Justiça uma espécie de controle de convencionalidade ou controle de constitucionalidade.⁵³⁰

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

528 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, p. 145-146.

529 “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.

530 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.

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*”.⁵³¹

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 amparo⁵³² – 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.⁵³³

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.⁵³⁴

531 DE VERGOTTINI, G. El diálogo entre tribunales, p. 348. También 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, p. 11.

532 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, p. 150.

533 *Ibid.*, p. 150-151.

534 RUIZ-MORALES, Manuel L. El control de convencionalidad y los sistemas de protección, p. 151.

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.⁵³⁵

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.⁵³⁶

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.⁵³⁷

535 BESSON, S. Subsidiarity in International Human Rights Law [...], p. 82-83.

536 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, p. 457.

537 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.

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.⁵³⁸ 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*.⁵³⁹ Todavia, essa maior liberdade também desencadeou algumas críticas como a necessidade de se gerar um monitoramento mais objetivo por parte do Comitê de Ministros, assim como possibilitar a execução judicial no plano doméstico de forma melhor delineada.⁵⁴⁰

Em estudo publicado em 2018, o TEDH reconheceu que cerca de mais da metade de suas sentenças ainda não haviam sido plenamente cumpridas.⁵⁴¹ 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.⁵⁴² 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

538 BESSON, S. Subsidiarity in International Human Rights Law [...], p. 83; ISSAEVA, M.; SERGEEVA, I.; SUCHKOVA, M. Execução das decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos [...], p. 71.

539 *Ibid.*, p. 71-72.

540 *Ibid.*, p. 71.

541 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, p. 1092.

542 ISSAEVA, M.; SERGEEVA, I.; SUCHKOVA, M. Execução das decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos [...], p. 75-76. Notadamente quando essas medidas envolvem reabertura de processos judiciais, ou medidas gerais voltadas para resolução de problemas sistêmicos.

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.⁵⁴³ 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.⁵⁴⁴

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 coíbem novas violações de direitos humanos. Em contrapartida, se as sentenças obrigam os Estados a adotar medidas individuais e gerais de reparação integral, orientando mudanças estruturais⁵⁴⁵, poderiam gerar um impacto transformador nesses Estados, porém contarão com menor adesão.⁵⁴⁶ 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

543 FIKFAK, Veronika. *Changing State Behaviour: Damages before the European Court of Human Rights*, p. 1094.

544 Em virtude desse quadro, algumas vezes na doutrina e mesmo dentre juízes 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 inadimplemente. Trata-se de medida ainda controversa no direito internacional. *Ibid.*, p. 1096-1097.

545 Medida que tem se intensificado no sistema europeu no caso das sentenças piloto. BESSON, S. *Subsidiarity in International Human Rights Law [...]*, p. 83.

546 FIKFAK, V. *Changing State Behaviour: Damages before the European Court of Human Rights*, p. 1099.

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*”.⁵⁴⁷ 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.⁵⁴⁸

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.⁵⁴⁹ As sentenças piloto são prioritariamente proferidas pela Câmara Maior (*Grand Chamber*)⁵⁵⁰ 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 enfrentá-las. O cumprimento dessas decisões se faz mediante a intermediação do Conselho de Ministros, com a anuência do Conselho da Europa.⁵⁵¹

547 FIKFAK, Veronika. *Changing State Behaviour: Damages before the European Court of Human Rights*, p. 1100.

548 *Ibid.*, p. 1101.

549 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.

550 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.

551 *Ibid.*, p. 2.

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.⁵⁵²

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 integral⁵⁵³, indo além da ideia de satisfação dos direitos das vítimas e compensação dos danos.

552 BUYSE, Antoine. *The Pilot Judgment Procedure at the European Court of Human Rights...*, p. 3, 8.

553 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.

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 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.⁵⁵⁴ 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.⁵⁵⁵

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.*

554 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, p. 155.

555 SAAVEDRA ALESSANDRI, P. Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, p. 461-464.

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).⁵⁵⁶ Nessa seara, a Corte IDH exerce uma direção minuciosa da atuação do Estado, deixando pouco espaço para discricionariedade estatal.⁵⁵⁷ Nos casos dos atos públicos, por exemplo, a Corte 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.⁵⁵⁸

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.⁵⁵⁹

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

556 CALDERÓN GAMBOA, J. F. La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, p. 172-183.

557 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.

558 *Ibid.*, p. 180.

559 SAAVEDRA ALESSANDRI, P. Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, p. 467-468.

pertencentes à população indígena maia, por forças do Exército, em 1982.⁵⁶⁰ 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 “*achí*”, 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 bilingue, melhora das vias de acesso às comunidades e programas de saúde.⁵⁶¹

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.⁵⁶² No 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.⁵⁶³ 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.⁵⁶⁴ Esses exemplos permitem observar

560 CORTE IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116, párrafo n. 2.

561 CORTE IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, párrafos 85; 110.

562 CORTE IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párrafo n. 250.

563 CORTE IDH. *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilla do Araguaia”) vs. Brasil*, 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 desconsideração da Lei de Anistia, em virtude de sua incompatibilidade com a Convenção Americana. Essa medida foi flagrantemente descumprida pelo Estado brasileiro.

564 CORTE IDH. *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil*, párrafos n. 322, 329.

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”.⁵⁶⁵ 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.⁵⁶⁶ 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 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.⁵⁶⁷ Essas críticas

565 CORTE IDH. *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil*, párrafos n. 335.

566 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.

567 SPANO, R. *Universality or Diversity of Human Rights?* [...], p. 489. No mesmo sentido, JACHTENFUCHS, M.; KRISCH, N. *Subsidiarity in Global Governance*, p. 2.

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 regionais. 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.⁵⁶⁸ 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 A subsidiariedade em sentido cooperativo⁵⁶⁹

A fim de enfatizar uma diferença substancial entre complementariedade e subsidiariedade, Simon Hentrei defende que a atuação das esferas nacional e regional do sistema interamericano deveria se pautar por uma ação complementar e conjunta, o que permitiria distinguir o princípio da complemen-

568 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, P. **Estado Constitucional Cooperativo**, p. 6. Ainda que não seja uma realidade concreta, este modelo de Estado encontra raízes nos sistemas constitucionais latino-americanos e aponta para um porvir possível.

569 As ideias aqui apresentadas já foram discutidas em apresentação oral no ICON-S, Santiago, 3 de julho de 2019. OLSEN, A. C. L.; FACHIN, M. G. Diálogo Judicial Cooperativo en el Ius Constitutionale Commune [...].

tariedade daquele da subsidiariedade.⁵⁷⁰ 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.⁵⁷¹ 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.

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. Em primeiro lugar, como observa Hentrei, o texto do Preâmbulo da Convenção Americana se refere explicitamente a uma atuação “*coadyuvante o complementaria*” e não subsidiária.⁵⁷² Apesar da relevância do texto, por muitos anos a Corte IDH aplicou indistintamente os termos complementariedade e subsidiariedade.⁵⁷³ Recentemente, tem se referido ao princípio da complementariedade⁵⁷⁴, como ato de fidelidade ao texto da Convenção. Ainda que se adote a expressão “complementariedade”, seu substrato não pode ter como objetivo gerar um sistema jurídico unitário de direitos humanos, em que jurisdição nacional e supranacional se confundam, mas deve

570 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.

571 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.

572 HENTREI, S. **Complementary Adjudication** [...], p. 80.

573 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**, párrafo n. 133; CORTE IDH. **Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia**, párrafos n. 37, in fine, y 142.

574 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.

deixar espaço para que os diálogos judiciais promovam a comunicação entre os níveis, resguardando suas competências.

Por outro lado, subsidiariedade não significa a imposição de uma escala hierárquica entre esferas nacional e supranacional a partir da divisão entre os níveis jurisdicionais.⁵⁷⁵ Aplicada ao Direito Internacional de Direitos Humanos, a subsidiariedade reconhece espaço de autonomia para as instâncias locais de decisão ao mesmo passo em que demanda das instâncias internacionais uma atuação colaborativa – não superior. Dessa interação, inclusive, surge um produto comum que é o discurso normativo dos direitos humanos.⁵⁷⁶

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 de forma mútua e dinâmica, 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. Inevitavelmente, a atuação da Corte IDH está condicionada à violação de direitos humanos pelo Estado, mecanismo que enfatiza uma dualidade própria da subsidiariedade.

Em suma, a ideia de subsidiariedade a que se filia, ainda que se chame de complementariedade, implica mutualidade, 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

575 HENTREI, S. *Complementary Adjudication* [...], p. 79-84.

576 CAROZZA, P. *Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law*, p. 58.

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 esferas⁵⁷⁷, muito menos a substituição de uma pela outra.

Diante desse quadro, vale aprender com a proposta de subsidiariedade em sentido cooperativo, elaborada originalmente por Marisa Iglesias Villa⁵⁷⁸ para o sistema europeu de direitos humanos. Ela bem se encaixa na realidade do sistema interamericano porque preserva a necessária cooperação entre os sistemas nacionais e o sistema regional e mantém claras as tarefas a serem desempenhadas pelas jurisdições desses dois níveis do sistema.⁵⁷⁹

A ideia reitora que embasa o sistema interamericano – especialmente a partir de sua qualificação como um *Ius Constitutionale Commune*⁵⁸⁰, 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.⁵⁸¹ 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

577 BESSON, S. Subsidiarity in International Human Rights Law [...], p. 76.

578 IGLESIAS VILA, M. Subsidiariedad y tribunales internacionales de derechos humanos [...], p. 191-222.

579 Nesse sentido contribui Santiago: “La idea de subsidiariedad responde a una lógica de distribución de tareas complementarias pero distintas, no equiparables ni intercambiables”. SANTIAGO, A. El principio de subsidiariedad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, p. 442.

580 O *Ius Constitutionale Commune* será objeto do terceiro capítulo.

581 BESSON, S. Subsidiarity in International Human Rights Law [...], p. 29-30.

à implementação dessas normas, notadamente no caso de Estados de Direito com democracias consolidadas.⁵⁸² A solução dessa tensão deve passar por um processo de colaboração e 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.⁵⁸³

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.⁵⁸⁴ 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.*”⁵⁸⁵

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 constitucionais⁵⁸⁶, mas, também, “*la inclusión en el sistema internacional como*

582 CONTESSE, J. 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, 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.

583 CORTE IDH. **Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia**. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párrafo 173.

584 SANTIAGO, A. El principio de subsidiariedad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, p. 449.

585 IGLESIAS VILA, M. Subsidiariedad y tribunales internacionales de derechos humanos [...], p. 199.

586 BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Commune na América Latina: uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. *In*: BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI,

un todo".⁵⁸⁷ 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 regionais, com base em sua dupla dimensão – deferência e ingerência.⁵⁸⁸ A construção do discurso dos direitos humanos demanda respeito a espaços a serem preenchidos pelos agentes estatais, especialmente os juízes constitucionais, mas também administradores e legisladores. A esses espaços os órgãos regionais podem ser deferentes, preservando suas identidades. 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.⁵⁸⁹ 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”.⁵⁹⁰

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 regionais se complementam, em um processo cujo objetivo deve ser a realização incremental dos direitos humanos.⁵⁹¹ Essa divisão

Mariela; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Ius Constitutionale Commune na América Latina**. V. 1. Marco conceptual. Curitiba: Juruá, 2016, p. 25.

587 IGLESIAS VILA, M. Subsidiariedad y tribunales internacionales de derechos humanos [...], p. 201.

588 *Ibid.*, p. 203.

589 SAAVEDRA ALESSANDRI, P. Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, p. 467-470.

590 FACHIN, M. G. À Guisa de Introdução: os sentidos do constitucionalismo multinível, p. 21.

591 IGLESIAS VILA, M. Subsidiariedad y tribunales internacionales de derechos humanos [...], p. 206.

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*”.⁵⁹²

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 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 reconhecidos⁵⁹³, 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, investigação⁵⁹⁴ e punição dos responsáveis, bem como reparar todos os danos delas decorrentes.⁵⁹⁵ 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.

592 SAUVÉ, J. M. **Subsidiarity**: a two-sided coin? [...], p. 2. No mesmo sentido: SANTIAGO, A. El principio de subsidiariedad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, p. 461.

593 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). **Convenção Americana sobre Derechos Humanos**: Comentarios. Segunda Edición. Bogota: Konrad Adenauer Stiftung, 2019, p. 31-70, p. 41.

594 “*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.

595 FERRER MAC-GREGOR, E.; PELAYO MÖLLER, C. M. Artículo 1. Obligación de Respetar Derechos, p. 43.

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.⁵⁹⁶

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 Tribunal para su aprobación o confirmación*”.⁵⁹⁷ Tratava-se do desaparecimento forçado de doze 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

596 CORTE IDH. **Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia**, párrafo 143.

597 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.

vítimas do caso tivessem de fato encontrado compensação e reparação das violações de direitos pela aplicação efetiva do diploma legal.⁵⁹⁸

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.⁵⁹⁹

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.⁶⁰⁰ Também nesse caso a Colômbia reconhecera 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-Sayan forneceu o arcabouço conceitual básico para a aplicação do princípio da subsidiariedade no sistema interamericano:⁶⁰¹

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 que ofrece el derecho interno de

598 CORTE IDH. *Caso Vereda La Esperanza vs. Colombia*, párrafos 262-265.

599 CORTE IDH. *Caso Cepeda Vargas vs. Colombia*, voto concurrente del Juez Diogo García-Sayán.

600 CORTE IDH. *Caso Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fond [...], párrafos 71, 72.

601 CORTE IDH. *Caso Cepeda Vargas vs. Colombia*, voto concurrente del Juez Diogo García-Sayán, considerando n. 6.

*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.*⁶⁰²

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”.⁶⁰³ 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:

*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.*⁶⁰⁴

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

602 CORTE IDH. *Caso Cepeda Vargas vs. Colombia*, considerandos 4, 6.

603 *Ibid.*, considerandos n. 11.

604 *Ibid.*, considerandos n. 2.

seu papel de fiscal, justamente para assegurar que os padrões internacionais assumidos pelo Estado sejam respeitados.⁶⁰⁵

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 direitos⁶⁰⁶, 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*”.⁶⁰⁷ É dessa dualidade cooperativa que a Corte reconhece que sua jurisdição é “*coadyuvante o complementaria [...]*”.⁶⁰⁸

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.⁶⁰⁹ 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.

605 CORTE IDH. **Caso Cepeda Vargas vs. Colombia**, considerando 13. Todavia, 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 influências da fundamentação produzida pelas jurisdições nacionais em matéria de definição do alcance dos direitos humanos, pois esse diálogo é necessariamente bidirecional.

606 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**, párrafos 166-167.

607 CORTE IDH. **Caso Las Palmeras vs. Colombia**, párrafo n. 33.

608 *Ibid.*, párrafo n. 33.

609 IGLESIAS VILA, M. Subsidiariedad y tribunales internacionales de derechos humanos [...], p. 206.

3.3.1 A proposta do diálogo judicial cooperativo⁶¹⁰

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 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 humanos⁶¹¹, uma comunidade regional de juízes⁶¹², 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.⁶¹³

610 Algumas das ideias aqui expostas constam do artigo: OLSEN, A. C. L.; FACHIN, M. G. Diálogo Judicial Cooperativo en el Ius Constitutionale Commune [...].

611 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.

612 GARCÍA ROCA, J. El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos [...], p. 192.

613 Huneus 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

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.⁶¹⁴ A ideia é que promovam uma aprendizagem construtiva, estabelecendo anéis de conexão entre seus entendimentos e aqueles manifestados pelas demais cortes.⁶¹⁵ 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.⁶¹⁶ A partir do momento em que os Estados-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, como se verá no terceiro capítulo, vai além do respeito a sua posição institucional no sistema multinível.

Americana de Derechos Humanos. HUNEEUS, A.; MADSEN, M. R. Between universalism and regional law and politics [...], p. 146.

614 SAIZ ARNAIZ, A. La interacción entre los tribunales que garantizan derechos humanos: razones para el diálogo, p. 31. No mesmo sentido, DÍAZ CREGO, M. Diálogo Judicial. Eunomía, p. 297.

615 NEVES, M. **Tranconstitucionalismo**, p. 119.

616 No caso dos diálogos que são travados na relação direta do controle de convencionalidade, a reciprocidade será imediata.

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*”.⁶¹⁷ 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”.⁶¹⁸

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 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

617 SAIZ ARNAIZ, A. La interacción entre los tribunales que garantizan derechos humanos [...], p. 40.

618 FACHIN, Melina Girardi. **Direitos Humanos e Desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 477.

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.⁶¹⁹ 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.⁶²⁰ 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.⁶²¹ 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*”.⁶²² Trata-se de um exercício de cortesia judicial⁶²³ 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.⁶²⁴ Como pondera Carozza:

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

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

620 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? [...], p. 98.

621 ACOSTA ALVARADO, P. A. The Latin-American Judicial Dialogue: a Street Towards Effective Protection, p. 696.

622 SINEMBARGO. **CoIDH respeta sistemas judiciales de los países, afirma García-Sayán**. 28 febrero 2013.

623 SLAUGHTER, A. M. **A New World Order**, p. 86-87.

624 FACHIN, M. G.; NOWAK, B. Quem dá a última palavra? [...], 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. CONTESSE, J. The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A rejoinder to Paolo Carozza and Pablo González Domínguez, p. 17.

*take into account the decisions of the Inter-American Court when they exercise conventionality control.*⁶²⁵

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 efetiva⁶²⁶, com o menor grau de restrição possível, como orienta o princípio de interpretação *pro homine*, ou *pro persona*. 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 internacional⁶²⁷, o que sugere “*una conexión cooperativa en la hermenéutica pro homine de los derechos humanos*”⁶²⁸ viabilizada pelas mútuas influências provenientes de um diálogo verdadeiramente coevolutivo.⁶²⁹ 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.⁶³⁰

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

625 CAROZZA, P. G.; GONZÁLEZ, P. The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A reply to Jorge Contesse, 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.

626 CONTESSE, Jorge. The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A rejoinder to Paolo Carozza and Pablo González Domínguez, p. 17.

627 *Ibid.*, p. 20.

628 BAZÁN, V. Hacia un diálogo crítico entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos [...], p. 570. No mesmo sentido, FERRER MAC-GREGOR, E. What Do We Mean When We Talk About Judicial Dialogue? [...].

629 GÓNGORA-MERA, M. E. Diálogo coevolutivo, p. 590. Primeiro Capítulo, seção 2.3.3.

630 CONTESSE, Jorge. The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A rejoinder to Paolo Carozza and Pablo González Domínguez, p. 29.

seu padrão doméstico de interpretação como sendo o mais favorável e mais adequado à sua realidade, colocando em disputa o *standard* regional. 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.⁶³¹ 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*”.⁶³²

Nesses casos, é essencial que os tribunais nacionais não estejam constrangidos pela Corte IDH e possam promover um diálogo crítico, como proposto por Victor 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.⁶³³ 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

631 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.

632 ROA ROA, J. E. La protección de los derechos políticos frente a las funciones disciplinarias [...], 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.

633 BAZÁN, V. Hacia un diálogo crítico entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos [...], p. 589-590.

ou supremas e a Corte IDH seja autenticamente crítico e não uma “*aplicación ciega de la jurisprudencia internacional*”.⁶³⁴

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 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.⁶³⁵ 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 interamericanas⁶³⁶, 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

634 BAZÁN, V. Hacia un diálogo crítico entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos [...], p. 589-591.

635 CAROZZA, P. G.; GONZÁLEZ, P. The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A reply to Jorge Contesse, p. 441.

636 Como nos casos *Atala Rifo e filhas vs. Chile*, e *Radilla Pacheco vs. México*. CONTESSE, J. The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights [...], p. 18-28.

jurisprudência doméstica, quando presente, costuma ocorrer de forma pontual e tem função ilustrativa, não configurando objeto de arrazoada discussão.⁶³⁷

A efetiva implementação do diálogo judicial cooperativo no sistema interamericano passa pela necessidade de se fortalecer a cortesia entre as jurisdições⁶³⁸, 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.

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 2012⁶³⁹, nem sempre é assim.

637 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.

638 SLAUGHTER, A. M. *A New World Order*, p. 86-87.

639 SOLEY, X.; STEININGER, S. *Parting ways or lashing back?* [...], p. 16-17.

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.⁶⁴⁰ 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 humanos⁶⁴¹, 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).⁶⁴² 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.⁶⁴³ São casos que parecem 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.⁶⁴⁴ Como

640 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Os tribunais internacionais contemporâneos**. Brasília: FUNAG, 2013, p. 85-86.

641 BARBIÉRI, Luiz Felipe; OLIVEIRA, Mariana. STF impede Bolsonaro de extinguir via decreto conselhos federais criados por lei. **GI**, Brasília, 12 jun. 2019.

642 COLETTA, Ricardo Della. STF conclui julgamento e enquadra homofobia na lei dos crimes de racismo. **Folha de S. Paulo**. 13 de junho de 2019..

643 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário referenda liminar que suspendeu medida provisória que transferia demarcação de terras indígenas para Ministério da Agricultura. 01 ago. 2019.

644 SAAVEDRA ALESSANDRI, P. Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, p. 502. O autor faz referência a julgados da Corte Suprema de la Nación, da Argentina, que aplicaram o entendimento do caso

já se teve oportunidade de afirmar⁶⁴⁵, 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*”.⁶⁴⁶

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 decisões⁶⁴⁷ está diretamente relacionada com seu esforço argumentativo, cuja abertura ao diálogo favorece os processos de aceitação.

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

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.

645 Primeiro capítulo, seção 2.3.2.

646 SANTIAGO, A. El principio de subsidiariedad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, p. 472.

647 SAIZ ARNAIZ, A. Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos [...], p. 158-159.

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*”.⁶⁴⁸

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 apreciação 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.⁶⁴⁹ 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 apreciação⁶⁵⁰ seria um elemento essencial da harmonização do pluralismo, expressando a tensão que subsiste ao diálogo entre o direito supranacional e o direito nacional, sem que se abra mão de um direito comum.⁶⁵¹

648 CONTESSE, Jorge. **Subsidiarity in Inter-American human rights law**. 2015, p. 24.

649 DELMAS-MARTY, M.; IZORCHE, M. L. Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit [...], p. 925.

650 Este estudo não faz distinção entre as expressões margem de apreciação, margem nacional de apreciação ou margem de apreciação nacional.

651 DELMAS-MARTY, M.; IZORCHE, M. L. Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit [...], p. 926-928.

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.⁶⁵²

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.⁶⁵³ Ainda que a Corte IDH não faça uso declarado da expressão “margem de apreciação”, as normas convencionais abrem 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 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 sub-

652 FOLLESDAL, A. The principle of subsidiarity as a constitutional principle in international law, p. 58-59.

653 LEGG, Andrew. **The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 42-43.

metida à supervisão do Tribunal.⁶⁵⁴ 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.⁶⁵⁵

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 concreto⁶⁵⁶, o que pode dificultar uma análise mais geral do tema. Ela foi objeto de inúmeras obras doutrinárias cujo esgotamento não se pretende. 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 europeu⁶⁵⁷, circunstância elementar que sugere se ter em conta um determinado contexto: preservação do pluralismo e autocon-

654 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.

655 CAROZZA, P. **Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law**, p. 61.

656 *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.

657 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 judiciales que se ocupan de mantener la autoridad de un tribunal dentro de los límites considerados legítimos de acuerdo con el marco constitucional respectivo”. Nessa perspectiva, a margem de apreciação implicaria 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.

tenção da corte supranacional diante do clamor manifestado por muitos Estados por autonomia e independência.⁶⁵⁸ 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 legítima⁶⁵⁹, 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.*⁶⁶⁰

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*”.⁶⁶¹

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

658 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.

659 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.

660 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.

661 *Ibid.*, p. 125.

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.⁶⁶² Preservar essas diferenças pode ser visto como um objetivo de política judiciária.⁶⁶³

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.⁶⁶⁴ 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.⁶⁶⁵

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*

662 GERARDS, J. *Margin of Appreciation and Incrementalism* [...], p. 495-496.

663 BENVENISTI, Eyal. *Margin of appreciation, consensus, and universal standards*. **International Law and Politics**, n. 31, p. 843-854, 1999, p. 846.

664 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.

665 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?**, p. 386.

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*”.⁶⁶⁶

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.⁶⁶⁷ 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.⁶⁶⁸ Nesse sentido, propõe definir a margem de apreciação como “*the room for manoeuvre the Strasbourg institutions are prepared to accord national authorities in fulfilling their obligations under the European Convention on Human Rights*”.⁶⁶⁹ Para García Roca⁶⁷⁰, ela corresponde a um critério hermenêutico que orienta a construção das sentenças europeias, e para Andrew Legg, uma doutrina de deferência judicial.⁶⁷¹

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.⁶⁷² 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, de-

666 EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case Handyside vs. United Kingdom*, Application no. 5493/72, 1976, paragraph 48.

667 GARCÍA ROCA, J. La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional [...], p. 118.

668 GREER, S. The margin of appreciation: interpretation and discretion [...], p. 32.

669 *Ibid.*, p. 5.

670 GARCÍA ROCA, Javier. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo* [...], p. 219.

671 LEGG, A. *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law* [...], p. 15.

672 GARCÍA ROCA, J. La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional [...], p. 134-135. Nesse sentido, GERARDS, J. Margin of Appreciation and Incrementalism [...], p. 501.

monstrando 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.⁶⁷³

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.⁶⁷⁴ 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.⁶⁷⁵ Dessa forma, não existem medidas estatais que estejam, *a 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,

673 SHANY, Yuval. Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law? *The European Journal of International Law*, v. 16 no. 5, 2006, p. 910.

674 GARCÍA ROCA, J. La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional [...], p. 125.

675 SHANY, Y. Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?, p. 911.

mas não podem contrariar as normas da Convenção a respeito do direito à personalidade jurídica, à convivência familiar e à informação.⁶⁷⁶

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 aplicação⁶⁷⁷, de outro permite sua flexibilidade e adaptabilidade diante da evolução dos padrões de direitos humanos e da realidade política dos Estados.⁶⁷⁸

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 o 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.⁶⁷⁹ Em todos esses círculos estaria presente a exigência de racionalidade na atribuição da margem e na preservação das normas de direitos humanos.⁶⁸⁰

Como salienta García-Roca, “*el binomio entre la amplitud del margen nacional y la supuestamente inversa intensidad del control europeo no siem-*

676 GARCÍA ROCA, J. La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional [...], p. 127.

677 *Ibid.*, p. 125.

678 GERARDS, J. Margin of Appreciation and Incrementalism [...], p. 599.

679 GARCÍA ROCA, J. La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional [...], p. 127.

680 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, Y. Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?, 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, S. The margin of appreciation [...], p. 8.

pre está en una relación lineal".⁶⁸¹ 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.⁶⁸² Não devem existir atos que por sua natureza estariam a salvo do escrutínio do Tribunal Europeu.⁶⁸³

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.⁶⁸⁴ 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.⁶⁸⁵

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

681 GARCÍA ROCA, J. La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional [...], p. 128

682 *Ibid.*, p. 122.

683 GARCÍA ROCA, J. **El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo** [...], p. 194.

684 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.

685 *Ibid.*, p. 706.

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 conceito estrutural de margem de apreciação.⁶⁸⁶ 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.⁶⁸⁷

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.⁶⁸⁸ 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, justificação racional e não impede que as razões de primeira ordem, fornecidas pelos *standards* de direitos humanos, prevaleçam.⁶⁸⁹

686 LETSAS, Gerald. Two concepts of the Margin of Appreciation, p. 707.

687 LEGG, A. **The Margin of Appreciation in International Human Rights Law** [...], p. 20-21.

688 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.

689 *Ibid.*, p. 20-21.

Neste estudo, 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.

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.⁶⁹⁰

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).⁶⁹¹ A justificativa para aplicação da margem de apreciação nesses casos seria o fato de eles manifestarem

⁶⁹⁰ LETSAS, G. Two concepts of the Margin of Appreciation, p. 709.

⁶⁹¹ *Ibid.*, p. 710.

de forma mais evidente as diferenças inerentes ao pluralismo jurídico, e nessa ordem, merecerem uma atenção diferenciada.⁶⁹²

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.⁶⁹³

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. O objetivo seria atestar um equilíbrio justo (“*fair balance*”) entre a restrição imposta ao direito e o objetivo coletivo protegido em dado caso concreto.⁶⁹⁴ 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 me-

692 GERARDS, J. Margin of Appreciation and Incrementalism [...], p. 498.

693 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.

694 LETSAS, G. Two concepts of the Margin of Appreciation, p. 711.

nos 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.⁶⁹⁵

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 convencionais de direitos humanos, exceto no caso daqueles considerados inderrogáveis.⁶⁹⁶ 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.⁶⁹⁷

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

695 KUMM, M. *Is the Structure of Human Rights Practice Defensible? Three Puzzles and Their Resolution*, 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.

696 ARAI-TAKASHI, Y. *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality* [...], p. 8.

697 *Ibid.*, 2001, p. 14.

pela margem de apreciação⁶⁹⁸, 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.⁶⁹⁹ 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*”.⁷⁰⁰

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.⁷⁰¹ Diante dos diversos desenhos jurídicos que os direitos humanos podem assumir nas esferas domésticas, em razão de múltiplos fatores históricos, antropológicos e 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.⁷⁰²

Tendo em vista precisamente esse espectro mais amplo em que se pratica o exame de proporcionalidade nos tribunais regionais, Spielmann apresenta

698 LETSAS, G. Two concepts of the Margin of Appreciation, p. 711

699 ARAI-TAKASHI, Y. **The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality** [...], p. 14.

700 LEGG, A. **The Margin of Appreciation in International Human Rights Law** [...], p. 178.

701 KUMM, Ma. Is the Structure of Human Rights Practice Defensible? Three Puzzles and Their Resolution, p. 66.

702 KUMM, M. Is the Structure of Human Rights Practice Defensible? Three Puzzles and Their Resolution., p. 69-74.

critérios adicionais: o impacto do direito, os fundamentos e as consequências de sua aplicação em um dado contexto.⁷⁰³ Nessa linha, 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.⁷⁰⁴

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.⁷⁰⁵ Se uma restrição ao direito for exagerada, desproporcional, o TEDH nega ao Estado a margem de apreciação. Este foi o caso *Van Kuck vs. Alemanha*, de 2003, em que a requerente, transexual nascida na Alemanha em 1948 do sexo masculino, obteve em 1990 o reconhecimento de seu nome social feminino, porém não obteve da companhia privada de seguros

703 SPIELMANN, D. **Allowing the Right Margin**: The European Court of Human Rights [...], p. 409-410.

704 EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case Kart v. Turkey**. Application n. 8917/05, 2008, paragraph n. 79.

705 LETSAS, G. Two concepts of the Margin of Appreciation, p. 712.

de saúde o reembolso das despesas com medicamentos hormonais e cirurgia de redesignação de sexo, pois deveria demonstrar a absoluta necessidade do tratamento realizado.⁷⁰⁶ Feita a ponderação dos interesses em conflito, o Tribunal entendeu que a restrição imposta à demandante era desproporcional, deixando de conceder margem de apreciação.⁷⁰⁷

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 ponderação dos interesses em conflito, de modo que, na visão do autor, seria despidianda a doutrina da margem de apreciação.⁷⁰⁸

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 possuíssem 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 recebiam ter residência fixa pois eram constantemente ameaçados, sendo que

706 EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Van Kück v. Germany* (Application no. 35968/97), 12 sep. 2003, paragraphs 12-25.

707 *Ibid.*, paragraphs 82-86.

708 LETSAS, G. Two concepts of the Margin of Appreciation, p. 712-714. No mesmo sentido, GREER, S. The margin of appreciation: interpretation and discretion [...], p. 14.

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.⁷⁰⁹ 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.⁷¹⁰ 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.⁷¹¹

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.⁷¹²

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

709 GARCÍA ROCA, J. La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional [...], p. 141.

710 *Ibid.*, p. 142.

711 LEGG, A. **The Margin of Appreciation in International Human Rights Law** [...], p. 187; 192. Ressalte-se que para o autor a proporcionalidade se justifica em uma análise de deferência como ferramenta heurística da ponderação, segundo a teoria de direitos humanos como interesses (Joseph Raz).

712 LETSAS, G. Two concepts of the Margin of Appreciation, p. 713.

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.⁷¹³

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 humanos, considerando os temas que necessitam de um tratamento uniforme entre os Estados, e aqueles que podem variar legitimamente de um Estado para outro.⁷¹⁴

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

713 LEGG, A. *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law* [...], p. 192-193.

714 *Ibid.*, p. 17.

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*”.⁷¹⁵ 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*”.⁷¹⁶ 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

715 LEGG, A. *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law* [...], p. 17.

716 LEGG, A. *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law* [...], p. 17.

de agir a partir da ponderação das razões de primeira ordem.⁷¹⁷ 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.⁷¹⁸ 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.⁷¹⁹ 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.

717 LEGG, A. **The Margin of Appreciation in International Human Rights Law** [...], p. 18.

718 *Ibid.*, p. 20-21.

719 *Ibid.*, p. 23.

Importante notar que a concepção de margem de apreciação e deferência de Legg não equivale a uma doutrina de não-tutela.⁷²⁰ 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 competência.⁷²¹ 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.⁷²²

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.⁷²³

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.⁷²⁴ 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 legiti-

720 Na versão em inglês: “*non justiciability*”. LEGG, A. **The Margin of Appreciation in International Human Rights Law** [...], p. 26.

721 GARCÍA ROCA, J. **El margen de apreciación nacional en la interpretación** [...], p. 219-221.

722 LEGG, A. **The Margin of Appreciation in International Human Rights Law** [...], p. 27. Nessa mesma linha argumenta: KRENN, C. La técnica del margen de apreciación y su potencial legitimador [...], p. 53-83.

723 GARCÍA ROCA, J. **El margen de apreciación nacional en la interpretación** [...], p. 132-133.

724 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, G. Two concepts of the Margin of Appreciation, p. 720-722.

midade, por estarem melhor posicionadas para decidir a matéria na ausência de um consenso europeu sobre o tema, ou de *standards* claramente definidos.⁷²⁵

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.⁷²⁶ 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.⁷²⁷ 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.⁷²⁸ Nesse caso específico, o

725 Nesse mesmo sentido SPIELMANN, D. *Allowing the Right Margin* [...], p. 382.

726 LETSAS, G. Two concepts of the Margin of Appreciation, p. 722.

727 *Ibid.*, p. 722-723.

728 EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case Leyla Şahin v. Turkey*. Application no. 44774/98. Strasbourg, 2005, paragraph, 109.

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.⁷²⁹

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.⁷³⁰ 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.⁷³¹ 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

729 LEGG, A. *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law* [...], p. 27.

730 EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case SH and others v. Austria*. N. 57813/00, 2011, paragraph 94.

731 *Ibid*, paragraphs 96, 97.

conhecidas. Reconheceu que a solução poderia ter sido outra, mas que aquela adotada não violara o direito à privacidade.⁷³²

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 imporá algumas restrições consideradas pelo Estado como necessárias em uma sociedade democrática.⁷³³

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.⁷³⁴

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

732 EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Case SH and others v. Austria. N. 57813/00, 2011, paragraph 84.

733 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.**

734 LEGG, A. **The Margin of Appreciation in International Human Rights Law** [...], p. 187-192.

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.⁷³⁵ 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

Extraí-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 hermenêutico⁷³⁶ 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 pro-

735 TIMMER, Alexandra. S.H. and Others v. Austria: margin of appreciation and IVF. **Strasbourg Observers**, 9 nov. 2011.

736 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.

porcionalidade 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 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 Estado 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.⁷³⁷ Como enfatiza Spielmann, “*the margin of appreciation has no role here*”.⁷³⁸

737 GREER, S. The margin of appreciation: interpretation and discretion [...], p. 23-24.

738 SPIELMANN, Dean. **Allowing the Right Margin** [...], p. 395.

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.⁷³⁹ 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.⁷⁴⁰

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 diferenciados⁷⁴¹, desde que compatíveis com valores reconhecidos convencionalmente, como moral pública, segurança pública, prevenção do crime ou direitos dos demais.

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

739 GARCÍA ROCA, J. La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional [...], p. 135.

740 SPIELMANN, Dean. **Allowing the Right Margin** [...], p. 395.

741 BENVENISTI, E. Margin of appreciation, consensus, and universal *standards*, p. 851. No mesmo sentido, GARCÍA ROCA, J. La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional [...], p. 126.

normas de direitos humanos bem como reconhecem a autoridade de uma corte regional responsável pela aplicação jurisdicional desses direitos.⁷⁴² 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.⁷⁴³ 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.⁷⁴⁴

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 poderiam os

742 LEGG, A. *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law* [...], p. 103-104.

743 *Ibid.*, p. 108.

744 *Ibid.*, p. 109.

juízes supranacionais clamar para si mesmos o *status* de reis filósofos com a autoridade moral definitiva e final.⁷⁴⁵

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.⁷⁴⁶

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 democrática⁷⁴⁷, 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, justificando uma maior ingerência do Tribunal.⁷⁴⁸

A ideia de ausência de um consenso europeu a garantir maior margem de apreciação aos Estados muitas vezes esteve ligada à proteção de valores

745 LEGG, A. *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law* [...], p. 115.

746 LETSAS, G. Two concepts of the Margin of Appreciation, p. 724.

747 LETSAS, G. Two concepts of the Margin of Appreciation, p. 725.

748 EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case Sunday Times v. United Kingdom* (1979–80), paragraph 245.

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.⁷⁴⁹

No mesmo sentido, 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). Mais tarde, nos casos Goodwin vs. Reino Unido, I vs. Reino Unido, em 2003, o TEDH atestou a mudança dos ventos que determinava igualmente um tratamento evolutivo da matéria.⁷⁵⁰

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

749 EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Wingrove v. United Kingdom* (1997), paragraph 58.

750 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. Ver: EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case Christine Goodwin v. United Kingdom*, Application no. 28957/95, 11 July 2002, paragraph 74

procediam à discriminação. Com uma amostra tão reduzida, o TEDH concluiu que não pôde identificar a presença consenso entre os Estados.⁷⁵¹ 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.⁷⁵²

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. Essa variação, contudo, representa uma discricionariedade saudável ao sistema, segundo Andrew Legg, por três razões. 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. Em argumento claramente consequencialista,

751 EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case X and others v. Austria*. 2013.

752 SPIELMANN, D. *Allowing the Right Margin* [...], p. 408.

Legg defende que fundamentar uma decisão na falta de consenso pode fazer com que decisões conservadoras sejam consideradas prudentes.⁷⁵³

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.⁷⁵⁴

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.

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. Em não havendo consenso sobre os valores, permitir que o Estado restrinja direitos para atender uma “moral pública” é problemático, pois ela costuma ser a moral da maioria.⁷⁵⁵ 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.

753 LEGG, A. *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law* [...], p. 127-128.

754 *Ibid.*, p. 128.

755 LETSAS, G. *Two concepts of the Margin of Appreciation*, p. 729.

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.⁷⁵⁶ 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.⁷⁵⁷

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.⁷⁵⁸

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

756 LEGG, A. *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law* [...], p. 145.

757 *Ibid.*, p. 146-147.

758 GREER, S. *The margin of appreciation: interpretation and discretion* [...], p. 24.

de crianças, decisões envolvendo sistemas de saúde, normas de organização de funcionários civis e de polícia e decisões de elevado impacto econômico.⁷⁵⁹

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*”, ainda que referida margem estivesse condicionada à cuidadosa supervisão supranacional a fim de prevenir abusos.⁷⁶⁰

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 primeiro lugar, pelo caráter cogente das normas universitárias que proibiam o uso do véu,⁷⁶¹ em segundo, pelo significado político que o uso do véu poderia trazer para as universidades, pelo prejuízo aos direitos dos demais estudantes.⁷⁶²

A discussão extrapolava questões envolvendo política educacional para tratar de liberdade religiosa, sendo que fatores de primeira ordem assumiram

759 LEGG, A. *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law* [...], p. 153.

760 EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case Brannigan and McBride v. United Kingdom*. Application n. 14553/89. Strasbourg, 1993, paragraph n. 42-43.

761 EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case Leyla Şahin v. Turkey*, paragraph 121.

762 *Ibid.*, paragraph 111.

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. 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.⁷⁶³

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.⁷⁶⁴

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.⁷⁶⁵

763 EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case Leyla Şahin v. Turkey*, paragraph 110 and 159.

764 GARCÍA ROCA, J. La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional [...], p. 128.

765 GARCÍA ROCA, J. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo* [...], p. 210-214.

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, todos os estados vinculados ao sistema europeu devem ser democracias pluralistas⁷⁶⁶ de modo que a legitimidade democrática dos atos estatais sempre foi uma preocupação do Tribunal. 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.⁷⁶⁷ Nesse sentido, a legitimidade democrática de leis estatais torna-se condição determinante para que o TEDH reconheça ao Estado uma margem de apreciação sobre a definição de suas obrigações em relação a direitos humanos.

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. 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.⁷⁶⁸

766 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.

767 *Ibid.*, p. 279.

768 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.⁷⁶⁹ 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.⁷⁷⁰

Esse caso demonstra que ainda que o TEDH reconheça a legitimidade democrática como razão de segunda ordem para atribuir margem de apreciação, nem sempre ela será o fator determinante para a decisão final, podendo ser combinada com o exame da proporcionalidade.

A legitimidade democrática da medida estatal tem sido 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.⁷⁷¹ 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: o direito individual de conhecer suas origens e o direito dos pais

769 EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Hirst v. The United Kingdom** (n. 2), paragraph 79.

770 *Ibid.*, paragraph 82.

771 LEGG, A. **The Margin of Appreciation in International Human Rights Law** [...], p. 83-84.

ao anonimato quando deixam um filho para adoção.⁷⁷² Embora a credencial democrática da lei ter sido levada em conta, o fator determinante para a Corte reconhecer a margem de apreciação ao Estado 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 e econômica.⁷⁷³ Contudo, em havendo mecanismos capazes de equilibrar a balança entre interesses majoritários e minoritários, estaria autorizada a aplicação da doutrina da margem de apreciação.⁷⁷⁴

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 deficit 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.⁷⁷⁵ 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

772 EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case Odièvre v. France*. Application no. 42326/98. Strasbourg, 2003, paragraphs 44, 49.

773 BENVENISTI, E. *Margin of appreciation, consensus, and universal standards.*, p. 847.

774 *Ibid.*, p. 849.

775 LEGG, A. *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law* [...], p. 90-100.

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 legítima – 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.⁷⁷⁶

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.

⁷⁷⁶ Como se observou no caso *Hirst vs. Reino Unido*. LEGG, A. **The Margin of Appreciation in International Human Rights Law** [...], p. 4, 18, 21.



4. Promoção e Proteção dos Direitos Humanos no *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.⁷⁷⁷ Por meio da atuação da Comissão e da Corte IDH, recebem orientações sobre como proteger direitos humanos e remediar violações, sendo assim convocadas a agir a fim de preservar e efetivar padrões

⁷⁷⁷ Trata-se da sociedade aberta de intérpretes da Constituição alçada à seara internacional para tratar 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, P. *Estado Constitucional Cooperativo*. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elizete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 63.

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 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. 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 tornar acessíveis a todas as pessoas e a cada uma delas “direitos inderrogáveis”.⁷⁷⁸

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.⁷⁷⁹

Ainda que a prática jurisdicional dos Estados latino-americanos, sobretudo do Brasil, nem sempre revele um comportamento efetivamente convergente ou engajado, é certo que integração dialógica fomentada pelo *Ius Constitutionale Commune* tem muito a aportar. No caso da jurisdição brasileira,

778 DELMAS-MARTY, M. **Por um direito comum**, p. 295-299.

779 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.

o ato de “integrar pressupõe conhecer e compreender”⁷⁸⁰ de modo que cabe aos cursos de Direito fornecer aos futuros advogados, juízes e promotores o arcação teórico necessário para desenvolverem e preservarem um diálogo com os demais integrantes do sistema interamericano.

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 americano⁷⁸¹

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.⁷⁸² 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.

780 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. 524.

781 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.

782 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.

Ele tem uma perspectiva material focada em uma abordagem transformadora, 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 Direito, e dos direitos humanos”.⁷⁸³ 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.⁷⁸⁴

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.⁷⁸⁵

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.⁷⁸⁶

Se as desigualdades sociais e a exclusão são traços comuns aos diversos Estados latino-americanos⁷⁸⁷, o *Ius Commune* não se prende a um úni-

783 BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune na América Latina* [...], p. 16.

784 *Ibid.*, p. 16-17.

785 *Ibid.*, p. 20-21.

786 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.

787 MALAMUD, Andrés. El contexto del diálogo jurídico interamericano [...], p. 110-111.

co 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.⁷⁸⁸ Argentina e Brasil, por sua vez, assumiram modelos intermediários.⁷⁸⁹ 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 não dita um único modelo econômico ou político, porém demanda como condição de sua existência 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 humanos⁷⁹⁰, 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, por sua vez, não podem se afastar do objetivo central: a superação da exclusão enquanto principal mazela a assolar as sociedades latino-americanas.⁷⁹¹

788 DALMAU, Rubem Martínez. Asembleas constituintes e novo constitucionalismo en América Latina. *Tempo Exterior*, Pontevedra, n. 17, p. 5-15, xulio/diciembre 2008.

789 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.

790 Nesses espaços econômicos variados, também as empresas são atores relevantes notadamente porque sua atuação nas relações interpessoais podem gerar graves consequências para aos 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.

791 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.

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. Nesse sentido, foi emblemática a declaração de Lucrécia Molina Theissen, que levou à Comissão IDH o desaparecimento forçado de seu irmão de 14 anos por agentes estatais da Guatemala: afirmou que o fato de ser ouvida pelos órgãos interamericanos lhe devolvera a cidadania perdida em função das injustiças cometidas pelo Estado.⁷⁹²

Como sugere Piovesan, três aspectos justificam o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina: a profunda desigualdade social (ultrapassando deficiências na distribuição econômica para adquirir uma dimensão étnica ou racial), o contexto de violência sistemática (notadamente contra populações marginalizadas, mulheres, minorias de gênero e indígenas) e democracias não consolidadas (maiorias por vezes endossam regimes autoritários).⁷⁹³

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.⁷⁹⁴ 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.⁷⁹⁵

A criação de um *corpus iuris* comum em direitos humanos não é incompatível com o pluralismo, que se manifesta em três vertentes no ICCAL, to-

792 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. 239; CORTE IDH. **Caso Molina Theissen vs. Guatemala**. Sentencia de 4 de mayo de 2004. Fondo. Serie C-106.

793 PIOVESAN, F. *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: Context, Challenges, and Perspectives, p. 50-51.

794 BOGDANDY, A v. *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: observations [...], p. 30, 44.

795 SALAZAR UGARTE, P. *The Struggle for Rights*, p. 67.

das elas pautadas pelo tema da exclusão social.⁷⁹⁶ 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 pluricultural⁷⁹⁷, ou na constituição boliviana que integra expressamente os princípios éticos dos povos indígenas.⁷⁹⁸ 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*”.⁷⁹⁹ 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”.⁸⁰⁰

Em terceiro lugar, o ICCAL convive com manifestações do pluralismo 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.⁸⁰¹ 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.

796 BOGDANDY, A. v. *Ius Constitutionale Commune* na América Latina [...], p. 39.

797 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, artículo 2: “[...]La Nación tiene una composición pluricultural [...]”

798 BOLIVIA. **Constitución Política del Estado**, de 7 de febrero de 2009.

799 ECUADOR. **Constitución de la República Ecuador**. 2008.

800 BOGDANDY, A. v. *Ius Constitutionale Commune* na América Latina [...], p. 40.

801 *Ibid.*, p. 41-42.

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 judicial cooperativo. 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.⁸⁰²

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 ela passou efetivamente a surtir efeitos jurídicos em Estados como Brasil, Chile, Argentina e Peru.⁸⁰³ 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”.⁸⁰⁴

802 O ICCAL se encontra presente na parte dogmática e orgânica das constituições latino-americanas, ou seja, nos rolos de direitos e garantias fundamentais. Para Herera, 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. Nossa proposta se centra apenas em uma integração discursiva, levando em consideração que a estrutura da sala de máquinas de cada Constituição precisa ser pensada e dialogada 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.

803 PIOVESAN, F. Ius Constitutionale Commune en América Latina: Context, Challenges, and Perspectives, p. 52.

804 BOGDANDY, A v. O mandato transformador do Sistema Interamericano [...], p. 234.

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.⁸⁰⁵ 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.

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.⁸⁰⁶ 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 centrífuga⁸⁰⁷, em que as normas constitucionais se voltam para normas de direitos humanos presentes no plano internacional, reconhecendo limites à atuação estatal.⁸⁰⁸ Para tanto, surgem tanto cláusulas de abertura no texto das próprias constituições⁸⁰⁹ como também pela via de decisões jurisdicionais, em que as cortes nacionais absorvem a influência dos

805 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, p. 77.

806 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.

807 GARCÍA ROCA, J. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo* [...], p. 31.

808 SANTOLAYA, P. La apertura de las Constituciones a su interpretación conforme a los tratados internacionales, p. 448.

809 *Ibid.*, p. 449.

tratados de direitos humanos e de outras experiências constitucionais para definir o âmbito de proteção dos direitos no plano interno.

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 1991⁸¹⁰ e da Argentina de 1994⁸¹¹), ostentam *status* supraconstitucional (Constituição da Bolívia⁸¹²) ou ainda se situam em posição intermediária de supralegalidade (Constituição do Brasil⁸¹³ e do Chile⁸¹⁴). Em 2011, por via de reforma, as convenções interamericanas e internacionais de direitos humanos assumiram caráter constitucional no México, em virtude da condenação fixada no caso *Radilla Pacheco vs. México*.⁸¹⁵ 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.⁸¹⁶

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.⁸¹⁷ O processo constituinte deixou transpare-

810 COLOMBIA. **Constitución Política de Colombia** 1991. Artículo 93.

811 ARGENTINA. **Constitución de la Nación Argentina**, de 22 de agosto de 1994. Artículo 22.

812 BOLIVIA. **Constitución Política del Estado**, de 7 de febrero de 2009. Artículo 13, IV.

813 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.

814 PÉREZ HERRERA, Elisa. **Valor jurídico y jerarquía en el derecho chileno de los Derechos Humanos contenidos en Tratados Internacionales**. [Tesis] Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago de Chile, 2018, p. 15-16.

815 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.

816 REPÚBLICA DOMINICANA. **Constitución de la República Dominicana**, de 13 de junio de 2015.

817 Segundo 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 e a necessidade de um diálogo entre a órbita jurídica interna e internacional. **Opinião Jurídica**, v. 18, ed. 37, 2019, p. 209-230.

cer 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 Federal⁸¹⁸, 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 confluir em um todo harmônico voltado para um propósito único: a preservação e a proteção da pessoa humana.⁸¹⁹ 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.⁸²⁰

A despeito da norma constitucional, o Supremo Tribunal Federal insistiu por anos em atribuir mero *status* legal aos tratados internacionais de direitos humanos, o que implicava contínuo enfrentamento com a doutrina.⁸²¹ Depois de vasta discussão doutrinária e jurisprudencial, a Emenda Constitucional n.

818 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, p. 31.

819 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v. 1. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2003, p. 506.

820 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**, p. 1059-1060.

821 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; PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

45 de 2004 acresceu o parágrafo 3º ao artigo 5º, para afirmar que tratados sobre direitos humanos incorporadas ao sistema nacional pelo rito das emendas teriam *status* constitucional. Estava aberta a oportunidade para o STF modificar a posição defendida até então e efetivamente aderir ao plano internacional, 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.⁸²² Por uma apertada votação de 6 a 5, o STF rejeitou a tese da equiparação constitucional dos direitos humanos (em prejuízo da Convenção Americana), demonstrando uma compreensão excessivamente autocentrada de seu papel, em desconsideração com os compromissos regionais e internacionais assumidos pelo Brasil.

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”.⁸²³ Verificam-se duas narrativas para os direitos humanos – aquela da adesão aos tratados, e outra para sua implementação junto ao sistema jurídico interno.

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

822 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. Ver voto do Ministro Gilmar Mendes.

823 Segundo Cançado Trindade: “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, A. A. Memorial em prol de uma nova mentalidade [...], p. 31.

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.⁸²⁴

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 humanos fornece suporte e fortalece projetos sociais de democracia que visam materializar a igualdade como um valor preponderante nessas sociedades.⁸²⁵ 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.

O bloco de constitucionalidade representa um corpo jurídico formado por normas constitucionais e tratados regionais sobre direitos humanos.⁸²⁶ Ele

824 MAZZUOLI, V. O. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**, p. 104-105.

825 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.

826 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

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*”.⁸²⁷ 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.⁸²⁸ 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.⁸²⁹

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. 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.

normas constitucionais, o qual teria por função bloquear normas infraconstitucionais cujo sentido se contrapusesse às normas de direitos humanos. MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil [...], p. 257. No Brasil, o tema ainda é controverso em função do questionado *status* supralegal desses tratados.

827 OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. El Bloque de constitucionalidad en Colombia. **Centro de Estudios Constitucionales de Chile**, v. 3 n.1, p. 231-242, 2005, p. 231.

828 *Ibid.*, p. 232-233.

829 *Ibid.*, p. 236.

Prevalece uma integração discursiva no lugar da integração institucional-legal 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. 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. Ainda assim, é possível constatar que existe um panorama em que os 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 IDH, 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”.⁸³⁰ 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 integração do direito internacional dos direitos humanos nas decisões dos casos submetidos às cortes.⁸³¹

830 BOGDANDY, A. v. O mandato transformador do Sistema Interamericano [...], p. 239.

831 CORTE Suprema y polémica por CIDH: “La justicia está ligada a tratados internacionales”. El *Dinamo*, 24 de abril de 2019.

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.⁸³²

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-americanas⁸³³ decorrente de baixos índices de desenvolvimento socioeconômico e ambiental. 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, 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,

832 MELLO, P. P. C. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil [...], p. 257.

833 BOGDANDY, A. v. *Ius Constitutionale Commune* na América Latina [...], p. 16-17.

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.⁸³⁴

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 continente⁸³⁵ 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.⁸³⁶ 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.⁸³⁷ 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

834 CORTEIDH. **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.

835 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, P. P. C. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil [...], p. 275.

836 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.

837 FAUSTO, Boris. O neopopulismo na América Latina. **Folha de S. Paulo**, caderno Opinião, Tendências e Debates, São Paulo 17 fev. 2006.

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.⁸³⁸

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.⁸³⁹

Dessa forma, a proposta inclusiva que se viabiliza por meio do ICCAL demanda uma atuação materialmente comprometida com os direitos humanos por

838 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 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**.

839 CORTE IDH. **Caso Cepeda Vargas vs. Colombia**. [...] Voto Diogo García-Sayán, párrafos 30-32.

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.⁸⁴⁰ 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 retrocessos⁸⁴¹, mas 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.⁸⁴² 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”.⁸⁴³

840 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.

841 MELLO, P. P. C. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil [...].

842 KLARE, Karl E. Legal Culture and Transformative Constitutionalism. **South African Journal on Human Rights**, v. 1, 1998, p. 148-149.

843 BOGDANDY, A. v. O mandato transformador do Sistema Interamericano [...], p. 232.

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. Segundo Klare, em sociedades que passam pela transição de períodos de guerra, governos autoritários ou divisões sociais (como o *apartheid*), a constituição deve ir além do enquadramento tradicional, para enfrentar diretamente as injustiças do passado bem como inspirar o futuro. Assim como se mantém a importância da função de controle do exercício do poder, a constituição deve ser o canal para transformações políticas que garantam legitimidade à nova ordem por ela instaurada.⁸⁴⁴

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 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,

844 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, p. 350, 351.

*participatory, and egalitarian direction. Transformative constitutionalism connotes an enterprise of inducing large-scale social change through non-violent political processes grounded in law.*⁸⁴⁵

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.⁸⁴⁶ 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.⁸⁴⁷

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. Essa perspectiva fica especialmente clara em casos em que as novas constituições criaram cortes constitucionais especialmente voltadas

845 KLARE, K. E. *Legal Culture and Transformative Constitutionalism*, p. 150.

846 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.

847 “*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*”. RAPATSA, Mashele (Mr.). *Transformative Constitutionalism in South Africa* [...], p. 890.

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.

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;⁸⁴⁸ (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.⁸⁴⁹ 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.⁸⁵⁰ Mais além, 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.⁸⁵¹

Na perspectiva do constitucionalismo transformador proposto 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 constrangidos pelos 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

848 KIBET, E.; FOMBAD, C.. Transformative constitutionalism and the adjudication of constitutional rights [...], p. 353.

849 KLARE, K. E. Legal Culture and Transformative Constitutionalism, p. 166-167.

850 KIBET, E.; FOMBAD, C.. Transformative constitutionalism and the adjudication of constitutional rights [...], p. 359.

851 KLARE, K. E. Legal Culture and Transformative Constitutionalism, p. 155. É o que se verificou em diversos julgados da Suprema Corte de la Nación, da Argentina, quando afastou a Lei de Anistia para responsabilizar agentes estatais pelos crimes cometidos durante a ditadura militar.

também passível de ser modificada com o tempo.⁸⁵² Nessa leitura, o constitucionalismo transformador convida os juízes a expor suas convicções com candura⁸⁵³, 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.

Este método pós-liberal de interpretação e aplicação da constituição proposto por Klare foi criticado por Roux, com base na teoria da resposta correta elaborada por Ronald Dworkin.⁸⁵⁴ No lugar do compromisso político, sugere um compromisso hermenêutico racional e argumentativo. 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.⁸⁵⁵

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. 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 aberta da proposta de constitucionalismo transformador originalmente formulada por Klare, inclusive dispensando a leitura “francamente política” da atuação jurisdicional.⁸⁵⁶

852 KLARE, K. E. *Legal Culture and Transformative Constitutionalism*, p. 159-160.

853 *Ibid.*, p. 161.

854 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.

855 *Ibid.*, p. 268.

856 *Ibid.*, p. 268-273.

Nessa concepção mais branda o constitucionalismo transformador se encaixa 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 1991, 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.⁸⁵⁷ 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.⁸⁵⁸ Sem poder frear o clamor das maiorias, as cortes constitucionais 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 política⁸⁵⁹ 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 pode implicar a promoção

857 KLARE, K. E. *Legal Culture and Transformative Constitutionalism*, p. 156.

858 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.

859 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.

de direitos, como os direitos sociais, que sejam essenciais para a igualdade de condições de participação democrática.⁸⁶⁰ 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”*.⁸⁶¹

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.*⁸⁶²

860 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.

861 GARGARELLA, R. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?, p. 23-24.

862 CEPEDA, M. J. La Defensa Judicial de la Constitución: La Gran Fortaleza Colombiana, p. 604-605.

Para além da estrutura funcional, o constitucionalismo transformador depende de uma postura comprometida dos juizes com os valores constitucionais a fim de efetivamente gerar impacto político. Na experiência colombiana, a Corte Constitucional se tornou uma arena em que os debates políticos poderiam voltar a ser discutidos sob a roupagem dos argumentos constitucionais.⁸⁶³ Porém, segundo Bogdandy, o constitucionalismo transformador não corresponde à usurpação do terreno da política pelo Judiciário, tampouco deseja depreciar a atuação dos movimentos sociais.⁸⁶⁴ 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. A ideia é viabilizar o acesso ao processo democrático para aqueles que enfrentam maiores dificuldades em ter seus pleitos atendidos por elites no poder⁸⁶⁵, de forma a fortalecer a sociedade civil.⁸⁶⁶

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.

863 CEPEDA, M. J. La Defensa Judicial de la Constitución: La Gran Fortaleza Colombiana, 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.

864 BOGDANDY, A. v. Ius Constitutionale Commune na América Latina [...], p. 29-30.

865 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.

866 PIOVESAN, F. Ius Constitutionale Commune en América Latina: Context, Challenges, and Perspectives, p. 52.

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 dos efeitos de suas decisões judiciais. Na Costa Rica, esse monitoramento existe desde 2009, pelo Centro de Jurisprudência Nacional. 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 para vencer eventual resistência institucional às mudanças estruturais determinadas nas sentenças. 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”. Trata-se de proposta 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.⁸⁶⁷

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.⁸⁶⁸

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

867 DENARI, Karina. Monitoramento decisório da Corte Constitucional da Costa Rica: lições para o STF? *JOTA*, 31 de outubro de 2019.

868 GARGARELLA, R. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?, p. 27-28.

mais abertos à sociedade, mais transparentes e 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 STF 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.⁸⁶⁹ 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, seria necessário uma abordagem mais consequencialista: *“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.”* Como salienta o autor, *“it would be perverse to condemn, on democratic grounds, any part of what has made ours a better democracy.”*⁸⁷⁰

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.⁸⁷¹ 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

869 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.

870 DWORKIN, Ronald. The Partnership Conception of Democracy. *California Law Review*, v. 86, p. 453-458, 1998, p. 458.

871 GARGARELLA, R. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?, p. 29.

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 STF contido e conservador. Não foi sem razão que constitucionalistas brasileiros desenvolveram a ideia de “dogmática constitucional emancipatória”⁸⁷² e “filtragem constitucional”⁸⁷³ a fim de argumentar contra decisões que esvaziavam o potencial transformador das normas constitucionais e clamar por um compromisso ético com sua efetivação. Mesmo depois de ter adotado decisões consideradas democráticas, o STF 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.⁸⁷⁴

O potencial do constitucionalismo transformador aumenta na proporção em que diversas medidas são progressivamente adotadas, como a democratização dos processos de indicação dos juizes 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.

872 Ver: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

873 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.

874 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, M. J. Judicial Activism in a Violent Context [...], 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.

4.1.2 O papel transformador da Corte Interamericana de Direitos Humanos

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 se dirige à supervisão desses processos e indicação de caminhos e correção de rotas quando os direitos humanos entram em risco. Na esfera do diálogo judicial cooperativo, 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 cancelada pelo próprio Estado.⁸⁷⁵

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, e suporte jurídico paralelamente nas constituições e na própria Convenção Americana sobre Direitos Huma-

875 BOGDANDY, A. v. O mandato transformador do Sistema Interamericano [...], p. 233.

nos. Dentre os diversos atores que operam esse constitucionalismo, devem atuar de forma cooperada as cortes superiores nacionais, a Comissão e a Corte IDH.⁸⁷⁶ Mediante um entrelaçamento argumentativo saem fortalecidas as jurisdições para enfrentar problemas 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. Segundo Rodilles, “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”.⁸⁷⁷

Nessa ótica, a Corte IDH tem assumido um papel diretor de mudanças em suas sentenças judiciais muito menos deferentes que as sentenças do TEDH⁸⁷⁸, 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.⁸⁷⁹

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.⁸⁸⁰ É nessa seara que outra especificidade do constitucionalismo transformador na América Latina ganha força: a

876 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.

877 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.

878 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, p. 35-36.

879 *Ibid.*, p. 35-36.

880 SALAZAR UGARTE, P. The Struggle for Rights, p. 71.

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.⁸⁸¹

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 juizes da realidade concreta em que se teriam verificado violações de direitos humanos. Para tanto, o Regulamento Interno da Corte IDH admite a apresentação de razões, provas e pedidos 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).⁸⁸²

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.⁸⁸³ 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.⁸⁸⁴ 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*”.⁸⁸⁵ Seu modo de decidir vai além do caráter legalista de interpre-

881 BOGDANDY, A. v. O mandato transformador do Sistema Interamericano [...], p. 234.

882 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.

883 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.

884 SALAZAR UGARTE, P. The Struggle for Rights, p. 72-73.

885 GARCÍA RAMIREZ, Sérgio. La “navegación americana” de los derechos humanos: hacia un *Ius Commune*. In: BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-

tação de textos normativos para refletir um caráter ideológico e estratégico⁸⁸⁶, 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 auto-anistia 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 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.⁸⁸⁷

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.⁸⁸⁸ Especialmente no tocante ao combate às leis de anistia que protegeram perpetradores de violações de direitos humanos durante os

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.

886 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.

887 Para uma relação de casos vide PIOVESAN, F. *Ius Constitutionale Commune en América Latina*: Context, Challenges, and Perspectives, p. 53-61.

888 BINDER, C. The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights, 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.

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.⁸⁸⁹ Nesses casos, a Corte IDH declarou por sua própria autoridade que as leis de anistia careceriam de efeitos jurídicos⁸⁹⁰ 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 jurisdicionais no combate à impunidade e empoderou a sociedade civil, contribuindo para a consolidação da democracia e a autodeterminação dos Estados.⁸⁹¹

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 mu-

889 BINDER, C. *The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights*, p. 1208-1209.

890 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.

891 *Ibid.*, p. 1226-1227.

danças significativas capazes de reverter um quadro estrutural que favorecia o descumprimento, pelos Estados, de suas obrigações convencionais.⁸⁹²

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.⁸⁹³ É o que se percebe a partir da determinação de se celebrar atos públicos e cerimônias de reconhecimento da violação a direitos humanos⁸⁹⁴, da exigência de treinamento de agentes estatais para evitar novas violações⁸⁹⁵ e indicação de reformas legislativas e até constitucionais.⁸⁹⁶ 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,

892 SAAVEDRA ALESSANDRI, P. Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, p. 461-464.

893 CALDERÓN GAMBOA, J. F. La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana [...], p. 147.

894 A primeira condenação nesse sentido veio no caso *Bámaca Velasquez 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.

895 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.

896 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.

além de demandar reparação integral às violações.⁸⁹⁷ 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.⁸⁹⁸

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.⁸⁹⁹ 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.⁹⁰⁰ 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 blo-

897 A legislação mexicana trabalha o conceito de reparação integral na “Lei General de Víctimas”, aprovada em 2013. CALDERÓN GAMBOA, J. F. La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, p. 149-150.

898 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.

899 CORTE IDH. **Caso Ximenes Lopes vs. Brasil**, párrafo n. 12.

900 CORTE IDH. **Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil**, párrafos 27 a 29.

queados 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.⁹⁰¹

As práticas adotadas pela Corte IDH mais expressivas de um constitucionalismo transformador têm suscitado a crítica de alguns doutrinadores, que as classificam como um ativismo judicial perigoso.⁹⁰² 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.⁹⁰³ 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

901 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.

902 SILVA, Alice Rocha da; ECHEVERRÍA, Andrea de Quadros Dantas. Tentativas de contenção do ativismo judicial da Corte Interamericana de Derechos 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.

903 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. (*Syn Thesis*, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012

resistência manifestada pelos Estados por certo é um dos efeitos potencialmente nocivos do ativismo⁹⁰⁴, 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 IDH 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 sentido más positivo posible*”.⁹⁰⁵ 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.⁹⁰⁶

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

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

905 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.

906 *Ibid.*, párrafo 8.

um lado, gerar maior legitimidade democrática às mudanças.⁹⁰⁷ 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 antenado 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*, a Corte Superior peruana condenou Alberto Fujimori, que havia ocupado a presidência da república.⁹⁰⁸ 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

907 CORTE IDH. *Caso Gómez Virula y otros vs. Guatemala* [...], voto concorrente Juez Vío Grossi, párrafo 8.

908 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Os tribunais internacionais contemporâneos**. Brasília: FUNAG, 2013. 85-86.

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”.⁹⁰⁹

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.⁹¹⁰ 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.⁹¹¹ 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 papel de los funcionarios o las agencias*

909 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. 26.

910 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.

911 *Ibid.*, p. 388-389.

estatales que, a pesar de encontrarse dentro del sistema, asumen una actitud que pretende ser crítica y transformadora".⁹¹²

Assim, mesmo dentro da estrutura estatal podem surgir atores capazes de desencadear mudanças significativas. Cortes nacionais podem desafiar interpretações conservadoras e restritivas de direitos humanos⁹¹³, bem como conclamar 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.⁹¹⁴ 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 inconvenionalidade) 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.⁹¹⁵

912 PARRA VERA, Óscar. El impacto de las decisiones interamericanas, p. 390.

913 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. **GI**, Brasília, 12 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.. 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, CANCIAN, Natalia. Supremo blinda Congresso de medidas de Bolsonaro que atropelam Legislativo. **Folha de S. Paulo**, 6 jan. 2020.

914 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.

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

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. 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.⁹¹⁶

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* social⁹¹⁷, por meio de órgãos de comunicação, pela articulação de diversos setores da sociedade civil, de modo a cobrar dos agentes estatais ações concretas.⁹¹⁸ Tal reação social às decisões da Corte IDH podem fomentar tanto a proteção dos direitos humanos quanto o próprio ambiente democrático.⁹¹⁹ Tendo em vista que muitas interpretações de direitos humanos desenvolvidas

916 JACKSON, V. C. *Transnational Challenges to Constitutional Law: Convergence, Resistance, Engagement*.

917 *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.

918 Alexandra Huneus reporta a participação do povo Moiwana no caso contra o Suriname, a respeito da demarcação das terras indígenas. HUNEEUS, A. *Reforming the State from Afar* [...], p. 29.

919 BOGDANDY, A. v. O mandato transformador do Sistema Interamericano [...], 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.

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.⁹²⁰ Como observado, uma importante crítica 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.⁹²¹

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*”.⁹²²

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.⁹²³ Mesmo no Brasil, tradicionalmente reconhecido como mais resistente ao projeto comum do sistema interamericano, é possível identificar

920 Vale lembrar o baixíssimo orçamento da Corte IDH se comparado a outras cortes internacionais. Seu orçamento anual é de U\$ 5,5 milhões, seus juízes recebem um salário anual de U\$ 6 mil e se reúnem apenas aproximadamente quatorze vezes ao ano. HUNEEUS, A.; MADSEN, M. R. *Between universalism and regional law and politics* [...], p. 153.

921 KIBET, E.; FOMBAD, C.. *Transformative constitutionalism* [...], p. 353-354.

922 *Ibid.*, p. 354.

923 SALAZAR UGARTE, P. *The Struggle for Rights*, p. 70.

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.⁹²⁴ 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* regional.⁹²⁵ 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 criados 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 de-

924 BOGDANDY, A. v. *Ius Constitutionale Commune* en América Latina [...], p. 35-36.

925 GARCÍA RAMÍREZ, S. La “navegación americana” de los derechos humanos [...], p. 57.

envolvimento de consciência (*awareness raising*) ou de estratégias de pressão política, criando-se constrangimentos para Estados que se dizem democráticos (*embarassement power*).⁹²⁶

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.⁹²⁷

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

926 BERNARDES, M. N. Sistema Interamericano de Direitos Humanos como Esfera Pública Transnacional [...], p. 140.

927 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.

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 posturas 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.⁹²⁸ 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.⁹²⁹

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.⁹³⁰

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

928 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.

929 Artigos 53 e 54 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. *Ibid.*, p. 324-325.

930 Artigo 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. *Ibid.*, p. 324-325.

substantiva e procedimentalmente também por normas jurídicas.⁹³¹ 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 em nome dos povos e dos indivíduos cuja liberdade determinam, ainda que indiretamente.⁹³² 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*”.⁹³³ 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.⁹³⁴ A Corte IDH 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

931 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.

932 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.

933 PETERS, A. Humanity as the A and Ω of Sovereignty, p. 520, 522.

934 BOGDANDY, A. v.; VENZKE, I. **¿En nombre de quién? [...]**, p. 23.

dos sentidos de direitos humanos.⁹³⁵ 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.⁹³⁶ 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.⁹³⁷ É nessa seara que a Corte IDH tem o condão de realizar uma função de controle e legitimação dos atos estatais, tendo por parâmetro a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.⁹³⁸

O exercício dessas múltiplas funções exige da Corte IDH uma atuação imbuída de autoridade pública internacional. Por autoridade, Bogdandy, Dann e Goldmann entendem a capacidade legal de determinar condutas aos outros reduzindo sua esfera de liberdade para determinar sua condição legal e fática.⁹³⁹ 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. Essa autoridade internacional tem sua “publicidade” e “juridicidade” fundadas nos tratados internacionais livremente assinados pelos Estados como instrumentos vinculantes.⁹⁴⁰

Mais além, sua autoridade está fundada em um aspecto central: a 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

935 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.

936 BOGDANDY, A. v.; VENZKE, I. **¿En nombre de quién?**, p. 29-34.

937 OLSEN, A. C. L.; KOZICKI, K. O papel da Corte Interamericana de Direitos humanos [...], p. 318-322.

938 BOGDANDY, A. v.; VENZKE, I. **¿En nombre de quién?**, p. 35-36.

939 BOGDANDY, A. v.; DANN, P.; GOLDMANN, M. Developing the Publicness of Public International Law [...], p. 1381-1382.

940 *Ibid.*, p. 1383.

garante a liberdade e a autonomia individual, bem como a autodeterminação coletiva.⁹⁴¹ 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.⁹⁴²

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, comumente abertas e carecedoras de maior densidade normativa⁹⁴³, 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. 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, gerando custos para sua reputação internacional⁹⁴⁴, possibilitando a

941 BOGDANDY, A. v.; VENZKE, I. *¿En nombre de quién?* [...], p. 39-40.

942 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.

943 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 influam o processo decisório); c) uma decisão judicial deve ser coerente com o sistema normativo em que está inserida, devendo 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, o que não se aplica à criação legislativa do Direito. BOGDANDY, A. v.; VENZKE, I. *¿En nombre de quién?* [...], p. 161-164.

944 BOGDANDY, A. v.; VENZKE, I. *¿En nombre de quién?* [...], p. 169.

execução dos julgados supranacionais no plano interno, como decorre do disposto no artigo 69 da Convenção Americana.

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.⁹⁴⁵ 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 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 escape 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).⁹⁴⁶

945 HUNEUS, A. *Reforming the State from Afar: Structural Reform Litigation at the Human Rights Courts*, p. 24.

946 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 juízes 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

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.⁹⁴⁷ 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 corresponderiam a um controle de convencionalidade abstrato prévio ou posterior das normas criadas pelos Estados, equiparável ao controle de constitucionalidade.⁹⁴⁸

A proximidade da Convenção Americana sobre Direitos Humanos a uma constituição pode ser dedutível da previsão normativa de direitos humanos

doutrina dos freios e contrapesos deveria oferecer mecanismos para evitar que as Cortes ultrapassassem 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, 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.

947 BOGDANDY, A. v.; VENZKE, I. *¿En nombre de quién?* [...], p. 189-191.

948 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.

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*”.⁹⁴⁹ 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.⁹⁵⁰

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

949 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.

950 BOGDANDY, A. v.; VENZKE, I. *¿En nombre de quién?* [...], p.193.

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.⁹⁵¹

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.⁹⁵² 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.

951 *Ibid.*, p. 193-194.

952 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.**

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 corte constitucional supranacional se diluem.⁹⁵³ 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*”.⁹⁵⁴ 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.⁹⁵⁵

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 *Fontevéchia e D’Amico vs. Argentina*. Todavia, como salienta Abramovich ao analisar o caso, essa decisão não precisa desencadear imediato cumprimento por parte

953 Na melhor das hipóteses, poder-se-ia falar em hierarquias entrecruzadas. DELMAS-MARTY, M. *Ordering Pluralism*.

954 BAZÁN, V. *Hacia un diálogo crítico entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos* [...], p. 591.

955 Essa também é a posição adotada por Daniel Sarmiento, 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, D. *O Direito Constitucional e o Direito Internacional: diálogos e tensões*, p. 133; 136.

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 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.*⁹⁵⁶

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*”.⁹⁵⁷

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 juizes 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 juizes 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.⁹⁵⁸

956 ABRAMOVICH, V. Comentarios sobre “Fontevicchia” [...], p. 9.

957 *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 mantêm preservadas suas competências em uma subsidiariedade cooperativa.

958 Para Torres Pérez, o fato de os Estados serem responsáveis pelo apontamento dos juizes 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, A. In *Nobody’s Name* [...], p. 17-18.

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.⁹⁵⁹

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 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.⁹⁶⁰

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.⁹⁶¹

959 BOGDANDY, A. v.; VENZKE, I. *¿En nombre de quién?* [...], p. 230.

960 *Ibid.*, p. 212-213.

961 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.

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 ressalta 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.⁹⁶² 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 interamericanas são multifuncionais, extrapolando a solução do caso concreto, essa participação aporta valor democrático ao processo decisório, tornando-o mais deliberativo.⁹⁶³

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.⁹⁶⁴ 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

962 NIEMBRO ORTEGA, R. Sobre la legitimidad democrática del diálogo entre jueces [...], p. 119.

963 BOGDANDY, A. v.; VENZKE, I. ¿En nombre de quién? [...], p. 256-257.

964 *Ibid.*, p. 267.

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.⁹⁶⁵ 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.

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”.⁹⁶⁶ 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

965 BOGDANDY, A. v.; VENZKE, I. *¿En nombre de quién?* [...], p. 299-305.

966 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos*. San Jose, Costa Rica, 22 de novembro de 1969.

dos direitos humanos de grupos e indivíduos que reside o fundamento de sua legitimidade democrática, bem como sua autoridade pública.

4.2.1 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.⁹⁶⁷ A criação, desenvolvimento e aplicação da doutrina, contudo, não seguiu um percurso necessariamente linear. 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.⁹⁶⁸ Ainda assim, esse controle contribui para construção do *Ius Constitutionale Commune*.

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.⁹⁶⁹ 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

967 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? [...], p. 113.

968 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.

969 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 Ramirez.

a ser exercido pela Corte IDH.⁹⁷⁰ 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 [...]*”⁹⁷¹

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 la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.*⁹⁷²

Assim, caso o legislador afrontasse as normas convencionais, caberia ao juiz interno invalidar a respectiva lei, aplicando diretamente o controle de convencionalidade.⁹⁷³ A dinâmica desse controle se daria no mesmo formato em

970 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.

971 *Ibid.*, párrafo 6.

972 CORTE IDH. **Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile**, párrafo 124.

973 *Ibid.*, párrafo 123.

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.⁹⁷⁴ 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.⁹⁷⁵

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.⁹⁷⁶ O artigo 2 da CADH, em especial, determina expressamente a obrigação dos Estados de suprimir quaisquer

974 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.

975 CORTE IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C-221, párrafo 193.

976 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*, párrafo 49.

práticas que possam afrontar os direitos humanos, bem como expedir normas e adotar práticas que os protejam e promovam.⁹⁷⁷ 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.⁹⁷⁸ 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.⁹⁷⁹ 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.⁹⁸⁰ 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.⁹⁸¹

O objeto do controle de convencionalidade são normas jurídicas estatais, inclusive de caráter constitucional. Caso emblemático desta última espécie de controle se deu no caso “*A Última Tentação de Cristo*” vs. Chile, de 2001. A

977 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.

978 MAZZUOLI, V. O. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**, p. 65.

979 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.

980 MAZZUOLI, V. O. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**, p. 67. No mesmo sentido: CORTE IDH. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú**, párrafo n. 128.

981 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.

declaração da Corte IDH de que a norma constitucional chilena se encontrava em dissonância com a proteção da liberdade de expressão e de pensamento, não implicou a perda da sua validade, 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.⁹⁸² 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.

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.⁹⁸³ Como salienta Mazzuoli, nos sistemas jurídicos integrantes do sistema interamericano (e mais propriamente do IC-CAL), 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.⁹⁸⁴ Essas normas integram o *corpus iuris* de um direito comum de modo que todo ator jurisdicional tem um papel de contribuir para a harmonização entre normas nacionais e regionais a fim de cooperar para a maior efetividade desse sistema no seu mister de proteger direitos humanos. Assim, todo juiz integrante dos sistemas jurídicos nacionais se converte 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 direitos segundo uma distribuição de competências orientada pela subsidiariedade cooperativa:

982 CORTE IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, párrafos 85-89.

983 SAGÜÉS, N. P. El “control de convencionalidad” como instrumento [...], p. 454.

984 MAZZUOLI, V. O. O controle jurisdicional de convencionalidade das leis, p. 41.

*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”.*⁹⁸⁵

Na medida em que se verifica essa abertura do exercício do controle de convencionalidade aos Estados, desdobram-se internamente várias formas de exercício desse controle⁹⁸⁶, 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*. A efetividade desse controle depende especialmente da auto compreensão do juiz nacional como parte integrante dessa “cadeia do direito” ampliada e multinível,⁹⁸⁷ do seu reconhecimento como um interlocutor válido no diálogo judicial cooperativo – o que também implica essa consideração por parte da Corte IDH.

Embora a atuação da jurisdição brasileira seja tímida, ele começa a se manifestar. Vale o exemplo da sentença proferida pelo Juiz Alexandre Moraes 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.⁹⁸⁸ Em 2020, o Supremo Tribunal Federal

985 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.

986 HENRÍQUEZ VIÑAS, M. Cimientos, auge y progresivo desuso del control de convencionalidad interno [...], p. 342.

987 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, A. v.; VENZKE, I. **¿En nombre de quién?** [...].

988 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

julgou a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 496 para consolidar um controle de convencionalidade que concluiu equivocadamente pela adequação do tipo penal brasileiro à Convenção Americana.⁹⁸⁹

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 desse artigo, desde que a responsabilidade pela manifestação se devesse à proteção dos direitos e da reputação das demais pessoas. O acórdão ainda procurou realizar um *distinguishing* em face do caso Palamara Iribarne vs. Chile, sob o fundamento de que naquela oportunidade o tolhimento da liberdade de expressão era desproporcional, pois gerou, pela via do desacato, a criminalização da publicação de um livro em que o autor afirmava que os serviços de inteligência militar deveriam se adequar a parâmetros éticos. O julgado acabou representando uma oportunidade perdida para o controle de convencionalidade em franco diálogo judicial cooperativo, pois desconsiderou abundante produção interpretativa da Comissão IDH em suas resoluções, bem como deixou de apreciar um dos elementos chaves da questão – a violação da igualdade tendo em vista que funcionários públicos gozam de um tipo penal privilegiado quando são ofendidos em comparação com os demais cidadãos e que serve de ameaça para todo aquele que pretenda apresentar uma crítica.⁹⁹⁰

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.⁹⁹¹ Ainda, é possível

Tribunal de Justiça. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, v. 63, n. 2, p. 169-189, ago. 2018, p. 174.

989 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tipificação do crime de desacato não viola a garantia de liberdade de expressão**. Notícias, 22 jun. 2020.

990 CORTE IDH. **Caso Palamare Iribarne vs. Chile**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135. Voto concurrente del Juez Sérgio García Ramirez, párrafos 20-21.

991 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 lembrou um “entendimento com a Comissão Interamericana

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 6.⁹⁹²

É preciso reconhecer que quando o controle de convencionalidade parte de uma sentença interamericana pode gerar resistência por parte do Estado que recebe a determinação de substituir ou retirar uma dada norma doméstica do sistema jurídico. Nesse âmbito, Sagüés 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.⁹⁹³ 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.⁹⁹⁴

Essa modalidade de controle de convencionalidade construtivo pode implicar também uma interpretação modificativa, em que se agregam ou subtra-

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.”

992 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

993 SAGÜÉS, N. P. El “control de convencionalidad” como instrumento [...], p. 466.

994 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, p. 7.

em sentidos às normas internas, sem modificar sua redação, a fim de gerar a compatibilização com as normas convencionais⁹⁹⁵ por meio de uma interpretação “conciliadora”.⁹⁹⁶ 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.⁹⁹⁷

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.

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.⁹⁹⁸

995 SAGÜÉS, Néstor Pedro. El control de convencionalidad y la problemática de sus topes, p. 9.

996 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.

997 CORTE IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, voto concurrente de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párrafos 35-36.

998 CORTE IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, párrafo 11.

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.⁹⁹⁹

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.¹⁰⁰⁰

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

999 CORTE IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, párrafo 31.

1000 BAZÁN, V. Control de convencionalidad, puentes jurisdiccionales dialógicos y protección de los derechos humanos, p. 602.

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, thus providing judicial examples for their colleagues in the region as well as for the same Inter-American Tribunal”.¹⁰⁰¹

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.¹⁰⁰²

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*.¹⁰⁰³ Todavia, segundo a 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 *stan-*

1001 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. What Do We Mean When We Talk About Judicial Dialogue? [...], p. 108-109.

1002 *Ibid.*, p. 110.

1003 *Ibid.*, p. 121.

dards 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.¹⁰⁰⁴ 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 Constitutionale Commune* latino-americano

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.¹⁰⁰⁵

1004 GARCÍA ROCA, J.; NOGUEIRA ALCALÁ, H.; BUSTOS GISBERT, R. La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo, p. 70.

1005 DELMAS-MARTY, M. Ordering Pluralism.

Como definiram Saldanha, Silva e Melo, as pretensões comuns universais são aquelas que são enriquecidas pelas trocas.¹⁰⁰⁶

Como apresentado no primeiro capítulo, a proposta deve ser harmonizadora no sentido proposto por Mireille Delmas-Marty¹⁰⁰⁷, 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 harmonização 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.

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

1006 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.

1007 DELMAS-MARTY, M. *Les Forces Imaginantes Du Droit* [...], p. 71-81. Vide primeiro capítulo, seção 2.2.

deve verificar qual a eficácia jurídica de sua jurisprudência, na medida em que o *Ius Constitutionale Commune* 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 *standards* comuns abertos à discussão, capazes 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 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, pelo qual a Corte pode declarar sua posição a respeito de certos pontos.¹⁰⁰⁸

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. Assim, o diálogo entre as 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.¹⁰⁰⁹ 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 como

1008 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, artigo 68.

1009 SAIZ ARNAIZ, A. La interacción entre los tribunales que garantizan derechos humanos [...], p. 39-42.

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).¹⁰¹⁰ 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.¹⁰¹¹ 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.¹⁰¹²

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:

1010 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.

1011 *Ibid.*, p. 343-344.

1012 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 [...].*¹⁰¹³

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.¹⁰¹⁴ 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 sistema¹⁰¹⁵, ele em verdade cumpre em alguma medida com o determinado nas sentenças, mostrando-se comprometido com os efeitos da coisa julgada.¹⁰¹⁶

1013 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.

1014 FERRER MAC-GREGOR, E. Eduardo. Hacia la formación jurisprudencial interamericana de un *Ius Constitutionale Commune Americanum* [...], p. 343-345.

1015 BOGDANDY, A. v. O mandato transformador do Sistema Interamericano [...], p.238.

1016 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**. O Projeto de Lei do Senado n. 220 de 2016, de autoria do

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 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.¹⁰¹⁷ 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.¹⁰¹⁸ 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.¹⁰¹⁹ 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

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.

1017 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.

1018 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.

1019 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.

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.¹⁰²⁰

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.¹⁰²¹ 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*”.¹⁰²²

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 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:

1020 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.

1021 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.

1022 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.

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 [...].¹⁰²³

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.¹⁰²⁴ 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*.¹⁰²⁵ Aliás, é precisamente na etapa da supervisão do cumprimento de sentença 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 Estado¹⁰²⁶ – acabou gerando intensa discussão entre Estado, vítimas e a Corte IDH na etapa de supervisão de cumprimento, 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

1023 SAIZ ARNAIZ, A. La interacción entre los tribunales que garantizan derechos humanos [...], p. 34.

1024 CAROZZA, P. G.; GONZÁLEZ, P. The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A reply to Jorge Contesse, p. 440.

1025 CORTE IDH. *Caso Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo [...].

1026 CORTE IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*, párrafo 337.

autorizando a fertilização *in vitro* e regulando seu procedimento.¹⁰²⁷ 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.¹⁰²⁸ 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.*”¹⁰²⁹ 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. 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 humanos¹⁰³⁰, inclusive a partir da compatibilização do seu conteúdo com o

1027 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.

1028 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, párrafo 19.

1029 *Ibid.*, párrafo 36.

1030 FERRER MAC-GREGOR, E. Hacia la formación jurisprudencial interamericana de un Ius Constitutionale Commune Americanum [...], 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, V. O. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**, p. 71; BOGDANDY, A. v. O mandato transformador do Sistema Interamericano [...], p. 235.

enquadramento e a tradição jurídica doméstica. Esse efeito é canalizado prioritariamente pela via dos diálogos judiciais verticais, no caso da interação entre os 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.¹⁰³¹

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.*¹⁰³²

1031 FERRER MAC-GREGOR, E. Hacia la formación jurisprudencial interamericana de un Ius Constitutionale Commune Americanum [...], p. 351-354.

1032 COUNCIL OF EUROPE. Parliamentary Assembly. **Resolution 1226**. Execution of judgments of the European Court of Human Rights, 2000.

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.¹⁰³³

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.¹⁰³⁴ 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.¹⁰³⁵ 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.¹⁰³⁶

1033 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. 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.

1034 CORTE IDH. **Caso Radilla Pacheco vs. México**. Excepciones Preliminares, Fondo [...], párrafos 273, 274.

1035 PIOVESAN, F.; FACHIN, M. G.; MAZZUOLI, V. O. **Comentários à Convenção Americana** [...], p. 123.

1036 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.

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.¹⁰³⁷ 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 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.¹⁰³⁸

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*”¹⁰³⁹, devem ser criados em uma perspectiva de diálogos judiciais verticais na modalidade cooperativa, como enfatizado pela própria Corte:

1037 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.

1038 CORTE IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo [...], párrafos 226- 232.

1039 FERRER MAC-GREGOR, E. Hacia la formación jurisprudencial interamericana de un *Ius Constitutionale Commune Americanum* [...], p. 357.

*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.*¹⁰⁴⁰

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.¹⁰⁴¹

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 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 ju-

1040 CORTE IDH. **Caso Gelman vs. Uruguay**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, párrafo n. 71.

1041 FERRER MAC-GREGOR, E. Hacia la formación jurisprudencial interamericana de un Ius Constitutionale Commune Americanum [...], p. 357.

risprudência 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.¹⁰⁴² 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 CDFT 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 CDFT 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 [...]*¹⁰⁴³

1042 HENRÍQUEZ VIÑAS, M. Cimientos, auge y progresivo desuso del control de convencionalidad interno [...], 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.

1043 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, J. C. Un avance en el control de convencionalidad [...], 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 exposto 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.¹⁰⁴⁴

1044 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.

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”.¹⁰⁴⁵ 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 afro-descendentes, que também correspondem à população economicamente mais vulnerável; escravidão contemporânea e 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.

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*”.¹⁰⁴⁶

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 “res-

1045 COMISSÃO IDH. *Observações preliminares da visita in loco da CIDH ao Brasil*, p. 6.

1046 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.

puestas vigorosas y de alcance muy amplio".¹⁰⁴⁷ 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.¹⁰⁴⁸

Diante desse quadro, se torna necessário avaliar se o alcance da eficácia vinculante da jurisprudência interamericana poderia ser equiparado aquele de precedentes regionais.

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 se aproximando de uma teoria sobre precedentes e sobre a criação jurisdicional do Direito, próprios da *common law*.¹⁰⁴⁹

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”.¹⁰⁵⁰ 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 julga-

1047 GALINDO, G. R. B. El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, p. 265.
1048 *Ibid.*, p. 266.

1049 GÓNGORA-MERA, M. El control de convencionalidad en órdenes jurídicos de tradición continental [...], p. 147-212.

1050 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira.** São Paulo: Saraiva, 2014, p. 198.

dos 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 precedentes¹⁰⁵¹, ainda que o que seja considerado por ela como precedente corresponda a uma sentença inaugural a respeito de uma determinada matéria. 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.

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.¹⁰⁵² 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

1051 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica** [...], p. 199.

1052 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.

ou conflitos armados.¹⁰⁵³ 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.¹⁰⁵⁴ Ainda em 2006, no caso *La Cantuta vs. Peru*, a sentença do caso *Barrios Altos* voltou a ser invocada.¹⁰⁵⁵ 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.¹⁰⁵⁶ 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.¹⁰⁵⁷

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.¹⁰⁵⁸

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* ao se referir a julgado anterior sobre o tema.¹⁰⁵⁹ Da leitura do acórdão se infere que o julgado em questão seria *Acevedo Buendía vs. Peru (2009)*¹⁰⁶⁰. Entretanto, os parágra-

1053 CORTE IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C-75, párrafo 41.

1054 CORTE IDH. *Caso Almonacid-Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo [...], párrafos 2, 11.

1055 CORTE IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párrafo 188.

1056 CORTE IDH. *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, párrafo 148.

1057 CORTE IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*, párrafos 196, 239.

1058 BARBOZA, E. M. Q. *Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica* [...], p. 199.

1059 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.

1060 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.

fos 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.¹⁰⁶¹ 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 Garbí 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.¹⁰⁶² 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 sua conivência prendem a vítima e ela jamais volta a ser vista, sendo que os responsáveis negam tanto a prisão quanto negam informações sobre seu paradeiro.¹⁰⁶³

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

1061 BARBOZA, E. M. Q. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica** [...], p. 208.

1062 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.

1063 CORTE IDH. **Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras**. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párrafo 155.

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.¹⁰⁶⁴

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.¹⁰⁶⁵ 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 conivência. Naquele caso a vítima, Victor Manuel Isaza Uribe, um líder sindical vinculado à SUTIMAC, da região do Magdalena 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 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

1064 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.

1065 SOLEY, X. La desaparición forzada de personas en la jurisprudencia de la Corte IDH, p. 194-195.

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.¹⁰⁶⁶ 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.¹⁰⁶⁷ 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

1066 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.

1067 Essa prática pode ser vista inclusive no caso Lagos del Campo vs. Perú, parágrafos 144 a 154.

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*.

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.¹⁰⁶⁸ Nesse mesmo sentido opina Bogdandy, alertando que a Corte IDH deve ser fiel aos seus próprios julgados.¹⁰⁶⁹ 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.¹⁰⁷⁰ 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.¹⁰⁷¹

1068 HENRÍQUEZ VIÑAS, M. Cimientos, auge y progresivo desuso del control de convencionalidad interno [...], p. 339.

1069 BOGDANDY, A. v.; VENZKE, I. ¿En nombre de quién? [...], p. 235.

1070 *Ibid.*, p. 171.

1071 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.

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 desencadear uma sanção jurídica caso não sejam aplicadas.¹⁰⁷² 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.¹⁰⁷³

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

1072 BARBOZA, E. M. Q. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica** [...], p. 199-201.

1073 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.

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. 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 punto de referencia para los discursos jurídicos posteriores; esto es lo que frecuentemente se denomina jurisprudencia internacional.¹⁰⁷⁴

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).¹⁰⁷⁵ 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

1074 BOGDANDY, A. V.; VENZKE, I. *¿En nombre de quién?* [...], p. 170.

1075 *Ibid.*, p. 170.

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.¹⁰⁷⁶

Em que pese a dificuldade de os órgãos jurisdicionais brasileiros efetivamente aplicarem os parâmetros interamericanos em suas decisões¹⁰⁷⁷, existem sinais de mudança. A título de ilustração, no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) n. 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.¹⁰⁷⁸

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 ra-

1076 MELLO, P. P. C. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil [...], p. 273-274.

1077 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, M. N. Sistema Interamericano de Direitos Humanos como Esfera Pública Transnacional [...], p. 146.

1078 MARINO, Thiago Fuchs. A prisão após segunda instância, o STF e os tratados internacionais. **Justificando**, 11 de novembro de 2019.

zões jurídicas fornecidas pelas decisões que as aplicam, de modo que a jurisprudência acaba por assumir o papel de fonte do direito.¹⁰⁷⁹

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.¹⁰⁸⁰ 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 internacionais¹⁰⁸¹, 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 políticas ditam caminhos contrários; ou mesmo fornece-lhe munção argumentativa para fundamentar uma mudança na interpretação do direito em vigor.¹⁰⁸²

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*”.¹⁰⁸³

1079 BOGDANDY, A. V.; VENZKE, I. *¿En nombre de quién?* [...], p 171.

1080 DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo, Revisão Técnica Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

1081 FRYDMAN, B. Diálogo internacional dos juízes e a perspectiva ideal de justiça universal, p. 24-25.

1082 *Ibid.*, p. 25.

1083 FRYDMAN, B. Diálogo internacional dos juízes e a perspectiva ideal de justiça universal, p. 25, grifos no original.

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 compromissos internacionais. Para o Brasil, vale frisar, a aplicação dos precedentes interamericanos e um diálogo cooperativo mais intenso tem muito a aportar especialmente em tempos recentes, em que a teia de proteção dos direitos humanos tem sido esgarçada por investidas legislativas do Executivo. 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 cor-

tes 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.¹⁰⁸⁴

A proposta de engajamento com o ICCAL, mediante um “diálogo sério”, nos moldes sugeridos por Rosalind Dixon¹⁰⁸⁵ e Patrícia Mello¹⁰⁸⁶, 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 Humanos¹⁰⁸⁷, correspondendo à faculdade atribuída à Corte IDH para responder a consultas a respeito da interpretação de normas da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e

1084 MELLO, P. P. C. *Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil* [...], p. 276.

1085 DIXON, R.; POSNER, E. A. *The limits of constitutional convergence*.

1086 MELLO, P. P. C. *Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil* [...].

1087 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**, artigo 64.

outros tratados regionais ou internacionais pertinentes à proteção dos direitos humanos, desde que deles sejam signatários Estados-membros do sistema.¹⁰⁸⁸ 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.¹⁰⁸⁹ 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 1989¹⁰⁹⁰, 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.¹⁰⁹¹

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 Ame-

1088 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.

1089 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.

1090 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.

1091 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.

ricana. 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.¹⁰⁹² Diante de um grave problema de exclusão social, a Corte IDH atuou estrategicamente, a fim de definir padrões de proibição 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.¹⁰⁹³

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.¹⁰⁹⁴ 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, ela não gera a responsabilidade dos Estados em virtude da inadequação da legislação interna aos parâmetros convencionais.¹⁰⁹⁵ Ela serve para definir *standards* que integram o *Ius Constitutionale Commune*, contribuindo para a harmonização do pluralismo, mas não tem por função responsabilizar Estados.

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?

1092 CORTE IDH. *Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003*, párrafos 59-61.

1093 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, p. 12.

1094 CORTE IDH. *Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984*, párrafo 14.

1095 ROA ROA, J. E. *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, p. 45-46.

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.¹⁰⁹⁶ 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 determina a proteção da liberdade de expressão – não lograram modificar um quadro de radicais violações no continente latino-americano.¹⁰⁹⁷ 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.¹⁰⁹⁸ 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).

Na falta de uma norma que explicita os efeitos das opiniões consultivas na Convenção Americana, ou mesmo de qualquer previsão nesse sentido no Regulamento, a questão passa a ser analisada a partir da vinculação esperada pela própria Corte. Arrazoados deduzidos em pareceres consultivos possibilitam uma análise normativa a respeito de qual vinculação seria desejável para o *Ius Constitutionale Commune*.

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 consulti-

1096 ROA ROA, J. E. **La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**, p. 149.

1097 *Ibid.*, p. 122-125.

1098 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, 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.

vas 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 [...]. [...] 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.*¹⁰⁹⁹

Nessa medida, 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.¹¹⁰⁰ 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.¹¹⁰¹

1099 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.

1100 ROA ROA, J. E. **La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**, p. 138-139; PIOVESAN, F.; FACHIN, M. G.; MAZZUOLI, V. O.. **Comentários à Convenção Americana** [...], p. 347.

1101 PIOVESAN, F.; FACHIN, M. G.; MAZZUOLI, V. O.. **Comentários à Convenção Americana** [...], p. 350.

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, 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 doméstico¹¹⁰², 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*”.¹¹⁰³ 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.¹¹⁰⁴

Diante desse quadro, no tocante à produção de efeitos, a diferença entre as sentenças e as opiniões consultivas da Corte IDH perde a nitidez.¹¹⁰⁵ Tendo em vista que a opinião consultiva se pretende como um mecanismo de proteção e promoção de direitos humanos, deve gerar para os Estados-membros do sistema, e mais 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, não haveria sentido que sua função consultiva fosse uma tarefa hermenêutica de mero valor cosmético para o sistema interamericano.¹¹⁰⁶

Para além da vinculação aos Estados, a opinião consultiva também deve ter eficácia vinculante para a própria Corte IDH, uma “força vinculante ho-

1102 CORTE IDH. *Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982*, párrafo 39.

1103 ROA ROA, J. E. *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, p. 141.

1104 TIGROUDJA, H. *The Advisory Jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights*, p. 18.

1105 ROA ROA, J. E. *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, p. 140.

1106 Nesse sentido, HITTERS, J. C. *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte [...]?*, p. 150.

rizontal”, integrando sua jurisprudência a fim de determinar a interpretação das normas convencionais em futuros casos contenciosos.¹¹⁰⁷ Esse uso das opiniões consultivas na fundamentação das sentenças se assemelha ao uso dos precedentes, conforme já abordado.¹¹⁰⁸

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.¹¹⁰⁹

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 familiares entre pessoas do mesmo sexo, aos quais deveriam ser estendidos todos os direitos internamente reconhecidos às uniões heterossexuais.¹¹¹⁰

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,

1107 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, p. 174-176.

1108 ROA ROA, J. E. **La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**, p. 139.

1109 TIGROUDJA, H. The Advisory Jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights [...], p. 9.

1110 CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017**.

mas implica um dever de consideração por todas as autoridades dos Estados que integram a OEA.¹¹¹¹ 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.¹¹¹² 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.

1111 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.

1112 CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017**, párrafos 5, 6.

5. Uma Proposta de Deferência em Prol do Pluralismo

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 apreciação 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.

Preocupado com a racionalidade da doutrina da margem de apreciação, Legg a definiu como um critério hermenêutico implementado pelas cortes internacionais 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 representa a valorização de fatores de segunda ordem que justificariam a autocontenção, 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.

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 uma 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”.¹¹¹³ 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

1113 LEGRAND, P. *Como ler o Direito Estrangeiro*, p. 14-15.

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 apreciação¹¹¹⁴, ela pode ser objeto de análise comparativa. A premissa de cooperação entre os 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 orçamento¹¹¹⁵, as demandas no sistema interamericano passam inicialmente pela Comissão IDH, órgão que atua no enfrentamento 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 pela Comissão, ou representam temas emblemáticos sobre os quais se torna estrategicamente oportuna a manifestação da Corte. 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 suprana-

1114 LEGG, A. *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law* [...], p. 26

1115 HUNEEUS, A.; MADSEN, M. R. *Between universalism and regional law and politic* [...], p. 153.

cional 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. À parte dos casos julgados em 2018, 33.200 denúncias foram inadmitidas por decisões singulares; em 2017 o número foi o dobro: 66.150 casos.¹¹¹⁶ Nesse contexto, a fixação de *standards* vem mais em prol da garantia de segurança jurídica do 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 artigo 2. Em contrapartida, o TEDH parece caminhar para uma atuação mais deferente diante da perspectiva da entrada em vigor do Protocolo n. 15, que institui expressamente a margem de apreciação. No sistema interamericano, não há previsão alguma de alteração nas normas convencionais nesse sentido.

1116 COUNCIL OF EUROPE. *Annual Report 2018 of the European Court of Human Rights*, p. 161.

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 Tribunal¹¹¹⁷, que não conta com um órgão capaz de filtrá-las como a Comissão IDH. A fixação de *standards* no sistema europeu tem se dado mais propriamente pelo uso de sentenças piloto¹¹¹⁸, e não pelo uso do controle de convencionalidade com sentenças vinculantes, como se verifica no sistema interamericano.

As sentenças-piloto são elaboradas a partir de um caso concreto com o objetivo de se tornarem *standards* com aplicação aos demais casos idênticos, não apenas no que toca o sentido e alcance da norma de direito humano violado, como também a respeito dos remédios a serem empregados (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.¹¹¹⁹ 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.¹¹²⁰ Nessa ótica, cada caso se revela como uma contribuição significativa para a elaboração do *corpus*

1117 SPANO, R. *Universality or Diversity of Human Rights?* [...], p. 491.

1118 BUYSE, A. *The Pilot Judgment Procedure at the European Court of Human Rights* [...], p. 1

1119 *Ibid.*, p. 1-2, 5.

1120 CORTE IDH. **Relatório Anual 2018**.

ius interamericano. 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.¹¹²¹ Em sendo um dos critérios para aplicação da margem de apreciação a ausência de consenso a respeito da aplicação de uma norma convencional, a prolação das sentenças interamericanas prejudicaria sua aplicação, pois elas próprias teriam por função criar consensos.¹¹²² 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, e não produzido verticalmente pelas decisões regionais.

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.¹¹²³

1121 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.

1122 LOPES, A. M. D.; SANTOS JUNIOR, L. H. P. . Controle de Convencionalidade e Margem de Apreciação Nacional [...], 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 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.

1123 REYES-TORRES, Amaury A. **Margen de Apreciación, Control de Convencionalidad y Derechos**. Working Paper 4/2014 AART..

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.¹¹²⁴ 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 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.

1124 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, p. 23.

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*”.¹¹²⁵ 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.¹¹²⁶ 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.¹¹²⁷

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

1125 “*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.

1126 MERKEL, W. *Embedded and Defective Democracies*, p. 49-50.

1127 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.

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 Militar.¹¹²⁸ Decretos presidenciais ampliaram as hipóteses de posse e porte de armas à população¹¹²⁹, verificam-se tentativas de controle doutrinário da livre produção cultural¹¹³⁰ e inclusive discriminação ao meio jornalístico em processos de licitação.¹¹³¹ Ainda, desastres ambientais com graves repercussões em direitos humanos são tratados com displicência¹¹³² e o passado ditatorial e suas repercussões são tratados com descrédito.¹¹³³

Dessa forma, momentos de tensão (como manifestações populares) facilmente desencadeiam respostas autoritárias incluindo censura e violência policial, em comprometimento da agenda de direitos humanos. No Chile, por exemplo, 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 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. O protesto contra a desigualdade social e econômica desencadeou

1128 BRASIL. **Lei n. 13.491 de 13 de outubro de 2017**. Altera o Decreto-Lei n° 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar.

1129 BRASIL. **Decreto n. 10.030, de 30 de setembro de 2019**. Aprova o Regulamento de Produtos Controlados.; BRASIL. **Decreto n. 9847 de 25 de junho de 2019**. Regulamenta a Lei n° 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.

1130 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; MAZUI, Guilherme. 'Se não puder ter filtro, nós extinguiremos a Ancine', diz Bolsonaro. **G1**, 19 de julho de 2020.

1131 BOLDRINI, Angela. Veto de Bolsonaro à Folha fere Constituição e pode configurar improbidade, dizem especialistas. **Folha de S. Paulo**, 29 de novembro de 2019.

1132 INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISAS ESPACIAIS. Programa Queimadas. **Tabela anual comparativa de biomas do Brasil** - últimos anos no intervalo de 01/Jan até 25/Dez. 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.

1133 FERNANDES, Talita; CARVALHO, Daniel. Bolsonaro muda comissão sobre a ditadura e diz que agora governo é de direita. **G1**, 1 de agosto de 2019.

uma reação violenta das forças de segurança pública, inclusive desencadeando ações *in loco* da Comissão IDH. Houve denúncia de torturas, tratamento degradante, estupros e abuso de poder mediante uso indiscriminado de balas de borracha que cegaram significativa parte dos protestantes.¹¹³⁴

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 2019.¹¹³⁵ 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 das sentenças interamericanas apenas para as partes do litígio.¹¹³⁶ 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.¹¹³⁷ A solicitação do emprego da margem de apreciação, ao

1134 GONZALEZ, Enric. A revolução dos jovens do Chile contra o modelo social herdado de Pinochet. *El País*. Internacional. Santiago, 24 de novembro de 2019.

1135 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.

1136 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. 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.

1137 FACHIN, M. G.; NOWAK, Bruna. The Joint Declaration to the Inter-American System of Human Rights: Backlash or Contestation? *Blog of the International Journal of Constitutional Law*. Este tema também foi objeto de análise em outra oportunidade: OLSEN, Ana Carolina Lopes; FACHIN,

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*”.¹¹³⁸

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.¹¹³⁹ Ao tratar da margem de apreciação, a Declaração apresentada por Argentina, Brasil, Colômbia, Chile e Paraguai 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

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.

1138 ROA ROA, J E. La protección de los derechos políticos frente a las funciones disciplinarias [...], p. 820.

1139 Conforme mencionado no segundo capítulo, seção 3.2.2.1.

teoria de deferência implicaria um prejuízo ao seu funcionamento.¹¹⁴⁰ 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*”.¹¹⁴¹

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.¹¹⁴² Roa, por sua vez, salienta que ela não se coaduna com os deficits democráticos presentes na região.¹¹⁴³ A atuação da Comissão IDH parece evidenciar essa perspectiva. Ela vem realizando um labor incansável de fiscalização de violações a direitos humanos, inclusive se deslocando até o palco dos conflitos e dos embates.¹¹⁴⁴ Em relação a recentes casos de violência no Brasil, redigiu os informes n. 320/2019, sobre os assassinatos de lideranças indígenas

1140 Cançado Trindade é defensor de uma divisão tão clara de competências no processo de interpretação e aplicação das normas convencionais, que descreve a possibilidade de qualquer cooperação do Estado: “*Persiste, sin embargo, una interrogante: puede ser que el rationale de esta doctrina, aunque no explicitamente 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**, p. 9-10.

1141 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.

1142 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.

1143 ROA ROA, J. E. La protección de los derechos políticos frente a las funciones disciplinarias [...], p. 815-816.

1144 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.

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 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.¹¹⁴⁵ 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.¹¹⁴⁶

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).¹¹⁴⁷

1145 BARBOSA DELGADO, F. 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.

1146 REYES-TORRES, Amaury A. **Margen de Apreciación, Control de Convencionalidad y Derechos.** Working Paper 4/2014 AART.

1147 LOPES, A. M. D.; SANTOS JUNIOR, L. H. P. Controle de Convencionalidade e Margem de Apreciação Nacional [...], p. 48-49.

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 qualquer previsão normativa nesse sentido na Convenção Americana. É o caso de Faúndez Ledesma¹¹⁴⁸, que buscou exemplificar os espaços de discricionariedade a serem ocupados pelos Estados, apontando como hipóteses para uso da margem de apreciação a fixação de indenização a pessoas condenadas por erro judicial (nos termos do artigo 10, CADH), delimitação de como se poderia exercer o direito de resposta (em atenção ao artigo 14.1), como exercer o direito a um nome próprio (artigo 18), entre outras.¹¹⁴⁹ Nos exemplos apontados, 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, de modo que a supervisão dos órgãos interamericanos não poderia ser afastada.¹¹⁵⁰ 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.*”¹¹⁵¹

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.¹¹⁵² A margem de apreciação atuaria como um mecanismo de implementação do princípio da subsidiariedade,

1148 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.

1149 *Ibid.*, p. 63-64.

1150 *Ibid.*, p. 64-71.

1151 *Ibid.*, p. 65-66.

1152 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 modo que as medidas democraticamente adotadas pelos Estados, capazes de proteger direitos humanos e orientadas pelo *princípio 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.¹¹⁵³

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.¹¹⁵⁴ 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 explícita, 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

1153 FOLLESDALL, Andreas. Exporting the margin of appreciation [...], p. 364.

1154 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, 2012, p. 5-6.

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 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”.¹¹⁵⁵

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 no 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.¹¹⁵⁶ 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.¹¹⁵⁷

1155 CAROZZA, P G.; GONZÁLEZ, P. The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A reply to Jorge Contesse, p. 436-437.

1156 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.

1157 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

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 internacionais, 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 regional 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 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.¹¹⁵⁸ É o que se verifica especialmente no caso da ideia de falta de consenso entre os Estados, e de maior perícia dos agentes nacionais, cuja atuação seria preferível pois mais próxima dos fatos – temas abordados a seguir. 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 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.

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, A. **The Margin of Appreciation in International Human Rights Law.**

1158 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 “discrecionalidade estatal”. CONTRERAS, Pablo. *National Discretion and International Deference in the Restriction of Human Rights [...]*, p. 29.

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.¹¹⁵⁹ 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.¹¹⁶⁰

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 regional a respeito da interpretação e aplicação das normas convencionais. E a *contrario sensu*, quando ausente, orienta sua autocontenção.

Não obstante, é preciso observar que o conceito de consenso em si revela dificuldades importantes se for levado para a operacionalidade do sistema, seja como razão para justificar a não interferência dos órgãos regionais, seja

1159 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. 297.

1160 *Ibid.*, p. 297-298.

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, mantem-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.¹¹⁶¹

1161 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

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 regional tão somente observar o consenso a fim de orientar sua atuação ou ela poderia fomentá-lo também?¹¹⁶² No caso interamericano, a Corte IDH muitas vezes procura “construir consensos”, especialmente em virtude da eficácia *res interpretata* das sentenças e opiniões consultivas. Todavia, esta concepção acaba fugindo da ideia de ausência de consenso como fator de segunda ordem capaz de justificar a deferência de uma corte internacional. 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 pode ser imposto por tribunais internacionais em virtude da possibilidade de circunstâncias de ordem política, econômica, histórica ou social no plano nacional que 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 a relevância.¹¹⁶³

Nos primeiros anos do sistema interamericano, a primeira vez que a ausência de consenso foi levada em consideração 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 Deve-

servir a manobras de política judiciária necessárias à implementação desses direitos. LEGG, A. **The margin of appreciation in human rights law**, p. 128.

1162 BENAVIDES CASALS, M. A. *El consenso y el margen de apreciación [...]*, p. 299.

1163 Conforme se pode verificar no caso da Opinião Consultiva n. 24. CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017**.

res 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.¹¹⁶⁴

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.¹¹⁶⁵

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, cumulava 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 exercício dos direitos políticos pois

1164 CANDIA, Gonzalo. **Comparing Diverse Approaches to the Margin of Appreciation** [...], p. 13-14. 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”. 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.

1165 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.

uma classe de privilegiados poderia apontar senadores independentemente de submetê-los ao sufrágio popular.¹¹⁶⁶

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.¹¹⁶⁷ 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”.¹¹⁶⁸ 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.¹¹⁶⁹ 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. 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

1166 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.

1167 CORTE IDH. **Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica**.

1168 CORTE IDH. **Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica**, párrafo 170.

1169 *Ibid.*, párrafo 316.

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 endossariam a interpretação de que a Convenção Americana a permitiria a partir do artigo 4.1.¹¹⁷⁰ 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 grupos vulneráveis. Ao condenar a discriminação de pessoas por sua orientação sexual para definição de direitos relativos à guarda dos filhos, a Corte IDH deixou claro que o dissenso não teria relevância:

[...] 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.¹¹⁷¹

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

1170 CORTE IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*, voto concurrente de Eduardo Vio Grossi, p. 21.

1171 CORTE IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas., párrafo 92.

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 de grupos vulneráveis pudesse ter melhor 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.

Ao lado da falta de consenso como fator externo capaz de indicar um espaço para deferência, a maior perícia dos agentes internos¹¹⁷² 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.¹¹⁷³

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”

1172 LEGG, A. *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law* [...], p. 145; GREER, S. *The margin of appreciation: interpretation and discretion* [...], p. 24.

1173 Ver segundo capítulo, seção 3.4.2.2.

ao governo.¹¹⁷⁴ 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.¹¹⁷⁵

Nesse panorama, não se pode afirmar prematuramente que as decisões de órgãos técnicos dos governos sejam mais acuradas do que a apreciação da matéria em sede regional. Ainda que essas decisões devam ser consideradas pela Corte IDH no processo de construção da decisão, podem ser avaliadas ao lado de provas periciais, em conformidade com o previsto no artigos 43 e 53 do Regulamento Interno da Corte IDH.¹¹⁷⁶ 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 – ainda lança sombras sobre a plena confiança na independência de alguns tribunais.¹¹⁷⁷

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 (proteção aos direitos

1174 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.

1175 VALENTE, Rubens. Procuradoria aponta ‘desvio de finalidade’ de Bolsonaro em comissão sobre ditadura. **Folha de S. Paulo**, 1 de outubro de 2019.

1176 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.

1177 BREWER-CARÍAS, A. El ilegítimo ‘control de constitucionalidad’ de las sentencias [...].

humanos, democracia e 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 contrárias aos direitos humanos. Em casos como *Terrones Silva e outros vs. Peru*¹¹⁷⁸ e *Vladimir Herzog e outros vs. Brasil*¹¹⁷⁹, os trabalhos de investigação e apuração das Comissões da Verdade nacionais foram determinantes para a identificação da responsabilidade internacional dos Estados. Já no caso *Atala Riffo e filhas vs. Chile*¹¹⁸⁰, 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 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*.¹¹⁸¹ 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

1178 CORTE IDH. *Caso Terrones Silva y otros vs. Perú.*

1179 CORTE IDH. *Caso Herzog y otros vs. Brasil.* Excepciones Preliminares, Fondo, [...].

1180 CORTE IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile.* Serie C n. 239.

1181 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.

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 inconvencionalidade da referida lei.¹¹⁸²

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.¹¹⁸³ Esses 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 conflitos armados. Esse panorama gerou um histórico de proteção insuficiente aos direitos humanos nesses Estados, especialmente no tocante à investigação, condenação e punição dos responsáveis. Esta realidade está presente em tempos atuais. Ainda em 2018 a Corte IDH julgou dois casos de desaparecimento forçado (Isaza Uribe e outros vs. Colômbia, Terrones Silva e outros vs. Peru), em que as autoridades estatais falharam em investigar adequadamente os fatos, deixaram de percorrer linhas prováveis e plausíveis de investigação, e os inquiridos se estenderam demasiadamente no tempo, gerando prejuízo inclusive à produção da verda-

1182 CORTE IDH. **Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**. Excepciones Preliminares [...].

1183 LEGG, A. **The Margin of Appreciation in International Human Rights Law** [...], p. 150.

de. O padrão insuficiente de proteção aos direitos também foi reiterado em diversas sentenças proferidas pela Corte IDH em 2019.¹¹⁸⁴

Não obstante, identificando o bom trabalho que teria sido realizado pelas autoridades domésticas, ainda em 2019 a Corte IDH julgou pela primeira vez improcedente uma denúncia de desaparecimento forçado e torturas: o caso *Arrom Suhurt e outros vs. Paraguai*.¹¹⁸⁵ *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.¹¹⁸⁶ Esse caso envolveu cuidadosa análise das provas que apontaram para o afastamento de razões de primeira ordem que pudessem justificar a condenação do Estado. 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.

A improcedência da denúncia nesse caso serviu para afastar uma presunção mantida por muitos anos pelos Estados latino-americanos: uma causa levada à Corte IDH geraria irrefutável 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, trata-se de caso isolad diante da imensa maioria julgada pela Corte IDH, que lida com graves

1184 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. 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

1185 CORTE IDH. **Caso Arrom Suhurt y otros vs. Paraguay**. Fondo. Sentencia de 13 de mayo de 2019. Serie C No. 377.

1186 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.

violações a direitos humanos e autoridades estatais reticentes no momento de contribuir para a proteção dos direitos humanos.

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.

5.1.2.1 Legitimidade democrática 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.¹¹⁸⁷

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 – tanto na formação legislativa quanto nas consultas populares – poderia ser suficiente para autorizar a deferência da Corte IDH.

¹¹⁸⁷ A concepção de lei deve ser compreendida nos termos da Opinião Consultiva n. 6, a ser abordada adiante.

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, chamado Operação Condor. No cativeiro uruguaio, María Garcia 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, que o levou à Corte IDH em 2010.¹¹⁸⁸

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 1988.¹¹⁸⁹ 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.¹¹⁹⁰

1188 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.

1189 *Ibid.*, párrafos 144-146.

1190 *Ibid.*, párrafo 147.

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% dos votos) acabou por ser rejeitado.¹¹⁹¹ 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”*.¹¹⁹² 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

1191 CORTE IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*, p. 148-150.

1192 CORTE IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*, párrafo 238.

Americana.¹¹⁹³ Decisões democráticas instrumentalizadas pela regra da maioria não teriam legitimidade suficiente para afastar a incidência dos direitos humanos previstos na CADH. A Corte IDH todavia 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 apreciação seria reduzida e o controle supranacional forte.¹¹⁹⁴ 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.¹¹⁹⁵

1193 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”. 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, p. 19.

1194 GARCÍA ROCA, Jr. La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional [...], p. 127.

1195 SALDANHA, J. M. L.; BRUM, M. M. A margem nacional de apreciação [...], p. 229.

O tema, contudo, admite outras interpretações, especialmente em virtude de a Corte IDH ter desconsiderado de forma tão contundente e precipitada a manifestação popular.¹¹⁹⁶ 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.¹¹⁹⁷

Os dois referendos 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 ampla discussão na sociedade civil seriam marca de decisões democráticas fortes¹¹⁹⁸, 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

1196 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.” CONTESSÉ, 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.

1197 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, p. 832.

1198 GARGARELLA, Roberto. Tribunales Internacionales y Democracia: Enfoques deferentes o de interferencia. *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional*, n. 4, 30 mayo 2016.

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.¹¹⁹⁹

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.

Todavia, 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. Nino reconhece que há direitos que constituem a própria base de uma sociedade democrática e liberal, e estes estariam excluídos da deliberação.¹²⁰⁰ Seriam bens integrantes do próprio princípio da autonomia moral que funda o discurso a partir do qual se molda a democracia, 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.¹²⁰¹ 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”.¹²⁰²

1199 GARGARELLA, Roberto. *Tribunales Internacionales y Democracia* [...].

1200 NINO, Carlos Santiago. *Ética e Direitos Humanos*. Trad. Nélio Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2011, p. 325.

1201 *Ibid.*, p. 193-194.

1202 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.

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 interamericano¹²⁰³, 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.¹²⁰⁴

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. Se o procedimento democrático deliberativo é preferível a decisões individuais, sua legitimidade democrática deve 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 democrática¹²⁰⁵, que mereceria, portanto, prevalência em comparação com o espaço jurisdicional de discussão e, por conseguinte, demandaria deferência. 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

1203 GARGARELLA, Roberto. *Tribunales Internacionales y Democracia* [...].

1204 A América Latina tem enfrentado uma nova onda de populismo, em que líderes fortes conclamam as maiorias que neles depositaram sua confiança a combater seus “inimigos”, todos os opositores do sistema, com grande perigo para os direitos humanos. 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, p. 147-149.

1205 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, p. 76.

latino-americano, pode demandar mais para a deferência do que uma deliberação justa. Uma decisão tomada segundo 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.¹²⁰⁶

Nesse sentido se pode compreender a decisão da Corte IDH no caso Gelman. 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. As vítimas que sobreviveram às violações tiveram sua integridade física e psíquica comprometida por essa lei, o que compromete sua chancela democrática. A disputa deliberativa de argumentos foi maculada pelo conteúdo a ser deliberado: 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 respeito¹²⁰⁷, as credenciais democráticas de uma decisão majoritária não podem ser aferidas exclusivamente pela efetiva oportunidade de participação dos envolvidos. 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.¹²⁰⁸

1206 Gargarella reconhece a importância do *judicial review* para receber as demandas dos grupos sociais 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, R. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? .

1207 MENKE, C.; POLLMANN, A. **Filosofía de los Derechos Humanos**, p. 191-193.

1208 “[...] 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”. MENKE, C.; POLLMANN, A. **Filosofía de los Derechos Humanos**, p. 194.

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 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. 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 social¹²⁰⁹, ou a democracia associativa (*partnership democracy*) proposta por Ronald Dworkin.¹²¹⁰ Segundo Dworkin, a democracia deve assumir uma concepção material que relaciona os resultados do processo democrático a princípios de justiça, igualdade e liberdade.¹²¹¹ Essa democracia social assevera que a decisão majoritária pode não ser a mais adequada para algumas questões, pois 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*”.¹²¹²

1209 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.

1210 DWORKIN, Ronald. **Is Democracy Possible Here?: Principles for a New Political Debate**. Princeton University Press, 2008, e-book, p. 173.

1211 *Ibid.*, p. 176.

1212 DWORKIN, Ronald. The Partnership Conception of Democracy. **California Law Review**, v. 86, p. 453-458, 1998, p. 457.

Segundo essa concepção, o Judiciário também teria um papel democrático no controle de decisões majoritárias danosas aos direitos de grupos minoritários. Nessa visão, democracia e constitucionalismo convergem para superar a regra da maioria: a democracia corresponderia a uma espécie de parceria entre os cidadãos fundada tanto em direitos individuais como em procedimentos majoritários.¹²¹³ Nessa ótica, Dworkin rememora decisões flagrantemente contramajoritárias (direito ao aborto e às uniões homossexuais), e as reputa democráticas.¹²¹⁴

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 população¹²¹⁵, deixando as violações perpetradas aos seus direitos impunes.

Rodolfo Arango, um dos teóricos presente no processo idealizador do *Ius Constitutionale Commune* latino-americano, defendeu uma concepção de democracia social como a mais adequada a este projeto, para o fim de promover uma real inclusão de todas as pessoas por meio de mecanismos que democratizem a sociedade, para além dos processos políticos ligados ao sufrágio, para atingir as esferas privadas como família, empresa, universidades.¹²¹⁶ Nessa concepção de democracia, os direitos são exigências dos cidadãos frente ao Estado, que deve adotar medidas concretas para reduzir a desigualdade social e promover 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.¹²¹⁷

1213 DWORKIN, Ronald. *The Partnership Conception of Democracy*, p. 457.

1214 DWORKIN, R. *Is Democracy Possible Here?* [...], p. 177-185.

1215 *Ibid.*, p. 188.

1216 ARANGO, R. *Fundamentos del Ius Constitutionale Commune en América Latina* [...], p. 31.

1217 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.

Sua teoria de democracia social busca enfrentar o problema de “democracias aparentes” nas sociedades latino-americanas, em que os Estados descumprem seus compromissos constitucionais e convencionais ao se omitirem, seja pela não realização das necessárias políticas públicas, seja pela desproteção dos cidadãos em casos de violações praticadas por terceiros.¹²¹⁸

Nessa perspectiva, os magistrados da Corte IDH devem estar atentos para medidas estatais 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 para 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

1218 SALAZAR UGARTE, Pedro. La disputa por los derechos y el Ius Constitutionale Commune [...], p. 40.

plano interno dos Estados é secundária, despicienda até, pois o 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. 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.¹²¹⁹ 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, segundo Dworkin. Ou ainda, que só se poderia considerar democrático o resultado da deliberação que fosse inclusivo e não discriminatório, segundo Arango.

A deferência atribuível aos Estados vai depender, necessariamente, do contexto de cada caso.¹²²⁰ 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.¹²²¹ Todavia, essa legitimidade pode ser eventualmente afastada se o produto da deliberação não revelar uma autêntica atenção ao projeto inclusivo do ICCAL,

1219 MERKEL, Wolfgang. Embedded and Defective Democracies. **Democratization**, v. 11, n. 5, p. 33-58, December 2004.

1220 PEGORARO, L. Estudio Introdutório, p. 36.

1221 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 [...], p. 309.

de modo que os diversos sentidos de direitos humanos que emergem dos processos democráticos gerem como resultado igual respeito e inclusão.

Assim, a proteção da democracia pode justificar a interferência dos órgãos regionais, seja para garantir aos indivíduos a titularidade de direitos humanos para participar livremente dos processos deliberativos¹²²², 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 regional, 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

¹²²² 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.

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 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 aos grupos vulneráveis. A maior perícia das autoridades internas é fator que precisa ser progressivamente conquistado pelos Estados, a partir de boas práticas e 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 espaço reduzido para a discricionariedade estatal, já que o artigo 2 institui o dever de adoção de disposições internas (administrativas, jurisdicionais, legislativas) compatíveis com as normas convencionais, fundamentando o controle de convencionalidade. Além disso, há que se considerar o efeito vinculante das decisões interamericanas, ou seja, o dever de as autoridades internas considerarem fundamentadamente estas decisões. 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 ao sistema interamericano¹²²³ não é 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.¹²²⁴ Nesse mesmo sentido, atender às decisões domésticas quando elas bem aplicam as normas convencionais de direitos humanos, fortalecendo o

1223 Discorda-se, portanto, da pretensa universalidade da margem de apreciação defendida por Legg. Sua análise jurisprudencial demonstrou a baixa aplicabilidade da categoria no sistema interamericano, bem como evidencia tintas muito próprias do contexto europeu. Todavia, foi valiosa a contribuição teórica relacionada à análise de razões de segunda ordem para fundamentar a prática da deferência. LEGG, A. **The Margin of Appreciation in International Human Rights Law** [...].

1224 SLAUGHTER, A. M. **A New World Order**, p. 86-87. Tema enfrentado no primeiro capítulo, seção 2.3.1.

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.¹²²⁵

A prática da deferência atenta à responsabilidade primária dos Estados pela realização dos 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 interlocutores. A perspectiva de “*mestizaje jurídico*”¹²²⁶ 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.

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 regional possa reconhecer como válidas razões de segunda ordem apresentadas pelos Estados para afastar sua responsabilidade. Se a margem de apreciação, como espécie do gênero deferência, não se aplica ao sistema interamericano, há que se buscar na visão mais geral que lhe deu origem os elementos para a construção de uma doutrina

1225 LEGG, A. *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law* [...], p. 61.

1226 MORALES ANTONIAZZI, Ma. *O Estado Aberto: Objetivo do Ius Constitutionale Commune* [...], p. 59.

compatível com o sistema interamericano, o que deve ser analisado à luz de suas particularidades como o contexto de desigualdades e deficiências democráticas e institucionais e a 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.¹²²⁷

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.¹²²⁸

Diante do exposto, se deve haver um espaço para deferência no *Ius Constitutionale Commune* latino-americano, o transplante da margem de apreciação se revela 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. 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

1227 Pensar em harmonização implica necessariamente pensar em margens. DELMAS-MARTY, M. **Les Forces Imaginantes Du Droit: Le Pluralisme Ordonné 2**. Paris: Seuil, 2006, p. 78-80.

1228 TOMIO, F. R. L.; ROBL FILHO, I. N. *Accountability e Independência Judiciais [...]*, p. 29-46.

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, passa-se a analisar as circunstâncias e critérios utilizados pela Corte IDH para ser deferente, seja na 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. O objetivo é identificar padrões que contribuam para a elaboração e proposição de critérios capazes de pautar uma atuação deferente por parte da Corte IDH, compatíveis com as propostas do ICCAL e impulsionadoras da cooperação dos Estados.

5.2.1 Padrões de deferência aplicados pela Corte Interamericana

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: essa deferência 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.¹²²⁹

Ainda que o enquadramento dos direitos humanos previstos na Convenção Americana nos círculos concêntricos elaborados por Rocca seja particularmente delicado, assim como a ideia de se restringir as possibilidades de deferência a um rol exangue de direitos humanos, é preciso reconhecer que certas temáticas dificilmente oferecerão um espaço de deferência para que os Estados criem restrições legítimas. Uma delas diz respeito à proibição de tortura e tratamento desumano e degradante, *ius cogens* inafastável e absoluto, conforme posição expressa da Corte IDH¹²³⁰. Além deles, Contreras enumera: (i) graves violações de direitos humanos; (ii) proteção de direitos de grupos minoritários histórica e tradicionalmente discriminados; (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 contribuir para o incremento do espaço público democrático).¹²³¹ Medidas envolvendo esses direitos, figurariam 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, ela não poderia abranger direitos considerados absolutos, segundo ela, aqueles não sujeitos à cláusula de suspensão.¹²³² 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 disposición precedente no autoriza a suspensión dos direitos determinados seguintes artigos: 3 (Direito ao reconhecimento da perso-

1229 GARCÍA ROCA, J. La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional [...], p. 127.

1230 “[...] 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**, párrafo 174.

1231 CONTRERAS, P. National Discretion and International Deference in the Restriction of Human Rights [...], p. 72-78.

1232 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, p. 298-299.

nalidade 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.¹²³³

A esse rol ainda se deve agregar a garantia de *habeas corpus*, reconhecida pela Opinião Consultiva n. 8 de 1987¹²³⁴, bem como todo recurso voltado para a garantia de respeito aos direitos cuja suspensão esteja proibida pela Convenção.¹²³⁵ Praticamente metade dos direitos humanos previstos na Convenção Americana são inderrogáveis, mas nem por isso podem ser considerados absolutos. É o caso do direito à liberdade de consciência e religião. Embora inderrogável, está sujeito a restrições previstas em lei e “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. Por outro lado, embora o direito à liberdade de expressão não seja inderrogável, a postura da Corte IDH na sua proteção é quase intransigente, dada sua importância essencial para a preservação da democracia.

Assim, o círculo de direitos que não se submetem à deferência no sistema interamericano não pode 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

1233 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos*.

1234 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.

1235 CORTE IDH. *Opinião Consultiva OC-9/87 de 6 de outubro de 1987*. Garantías judiciales en estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A No. 9.

controle forte e uma exígua margem para deferência, parece mais razoável e preserva a necessária maleabilidade ao sistema interamericano.¹²³⁶

Outro aspecto essencial da Convenção Americana que precisa ser considerado em uma proposta de deferência é o disposto no artigo 29¹²³⁷, 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.¹²³⁸

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 âmbito interno dos Estados forem mais favoráveis que aquele presente na Convenção. Esse foi o sentido atribuído à expressão “*margem 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 dispõem da referida margem para adotar uma interpretação mais favorável da norma convencional.¹²³⁹ 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

1236 “*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, P. National Discretion and International Deference in the Restriction of Human Rights [...], p. 55

1237 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos*.

1238 RODILES, A. The Law and Politics of the Pro Persona Principle in Latin America, p. 162.

1239 CORTE IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, párrafo 72.

dotadas de um maior grau de legitimidade, pois elaboradas em conjunto com os destinatários (senão diretos, indiretos) de suas decisões.¹²⁴⁰

A questão é que o princípio da norma mais favorável, apesar das leituras progressistas que sustenta e de seu uso estratégico pela Corte IDH, nem sempre se revela como o melhor critério para solucionar interpretações conflitantes de normas convencionais.¹²⁴¹ Em algumas ocasiões, interpretações mais restritivas a direitos de um grupo podem se revelar mais favoráveis aos direitos humanos de outro.¹²⁴² 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.¹²⁴³ 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 fomentar uma autêntica manifestação democrática da população como foi a criação da Lei da Ficha Limpa no Brasil¹²⁴⁴, 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 inte-

1240 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. What Do We Mean When We Talk About Judicial Dialogue? [...], 2017.

1241 RODILES, A. The Law and Politics of the Pro Persona Principle in Latin America [...], p. 162. Mais adiante, o autor salienta que este princípio não deve ser o único critério hermenêutico para lidar com interpretações divergentes de normas convencionais.

1242 ROA ROA, J. E. La protección de los derechos políticos frente a las funciones disciplinarias [...], p. 800-823.

1243 *Ibid.*

1244 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.

ramericana, esses foram precisamente os critérios utilizados pela Corte IDH para verificar a convencionalidade de restrições a direitos humanos.¹²⁴⁵

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.¹²⁴⁶ 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.¹²⁴⁷ Ao estabelecer que uma lei restritiva 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:

*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 sí es, sin duda, un obstáculo importante para el ejercicio arbitrario del poder.*¹²⁴⁸

A partir desse critério mais exigente de “lei”, a Corte IDH declara que direitos humanos só poderiam ser restringidos 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*”.¹²⁴⁹ 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*

1245 CONTRERAS, P. National Discretion and International Deference in the Restriction of Human Rights [...], p. 67.

1246 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.

1247 *Ibid.*, párrafo 20.

1248 CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-6 de 9 de mayo de 1986**, párrafo n. 22.

1249 *Ibid.*, párrafo 27.

bien común".¹²⁵⁰ 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".¹²⁵¹

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 delinea, 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 manifes-

1250 CORTE IDH. *Opinión Consultiva OC-6 de 9 de mayo de 1986*, párrafo n. 32.

1251 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] v.6, n.11, p.6-39, 2009.

tou 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.¹²⁵²

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.¹²⁵³ 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 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.¹²⁵⁴ 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.

1252 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, A. *The Law and Politics of the Pro Persona Principle in Latin America*, p. 155.

1253 É também errática na tratativa terminológica do tema, ora referenciando-se à margem de apreciação, 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.

1254 COMISIÓN IDH. **Informe n. 98/03**, caso 11.204, *Statehood Solidarity Committee vs. USA*, 29 de diciembre de 2003, párrafo 88.

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.¹²⁵⁵ 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.

Em algumas raras oportunidades, a Corte IDH mencionou a margem de apreciação. Todavia, especialmente em anos mais recentes, o fez para afastar sua aplicação.

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.¹²⁵⁶ 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.

1255 COMISIÓN IDH, **Informe n. 48/00**, caso 11.166, *Walter Vásquez Vejarano vs. Perú*, 13 de abril de 2000, párrafo 55.

1256 NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 183-189.

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.¹²⁵⁷ 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.¹²⁵⁸ 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”.¹²⁵⁹ E, logo em seguida, adotou 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.*¹²⁶⁰

Portanto, para enfrentar o tema da deferência a Corte se debruçou inicialmente no exame da proporcionalidade.¹²⁶¹ Ainda assim, em ato de extrema

1257 CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984.**

1258 CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984**, parágrafos n. 56 e 57.

1259 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos.**

1260 CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984**, párrafo n. 57.

1261 Contreras afirma que o reconhecimento da margem de apreciação havia sido feito sem relação ao princípio da proporcionalidade. De fato, os dois temas – proporcionalidade e deferência – receberam análises apartadas, porém é possível afirmar as referências à adequação e à razoabilidade das

cautela possivelmente devido ao fato de que a Corte IDH estaria nos seus anos iniciais, sem que ainda tivesse lhe 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.¹²⁶² 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*”.¹²⁶³

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 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.*¹²⁶⁴

restrições demonstram que a proporcionalidade influenciou o julgado. CONTRERAS, P. National Discretion and International Deference in the Restriction of Human Rights [...], p. 59.

1262 CORTE IDH. *Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984*, parágrafo 58.

1263 *Ibid.*, parágrafo 59.

1264 *Ibid.*, párrafos 60, 62.

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.¹²⁶⁵

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.¹²⁶⁶ 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.¹²⁶⁷

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.¹²⁶⁸

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 trabalhado-

1265 Também com esta conclusão, 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.

1266 CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984**, párrafo 36.

1267 *Ibid.*, párrafo 63.

1268 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 [...], p. 3-49, p. 22.

res migrantes indocumentados. Nessa oportunidade, a Corte afirmou que os Estados teriam uma “*margin de discreción*” para 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.¹²⁶⁹

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.¹²⁷⁰ 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, e a própria opinião consultiva reconhece uma “*margin de apreciación*” aos Estados para que avaliem a necessidade de estabelecer tratamentos jurídicos diversos.¹²⁷¹ Entretanto, eles deveriam estar fundados em “*motivos objetivos y razonables*” fundados em uma relação de proporcionalidade.¹²⁷² 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

1269 CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-18 de 17 de septiembre de 2003**. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Serie A n. 18, párrafos 68-69.

1270 SALDANHA, J. M. L.; BRUM, M. M.. A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação [...], p. 218.

1271 CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-18 de 17 de septiembre de 2003**, párrafo 65.

1272 *Ibid.*, párrafo 68.

dignidade destas pessoas, como a punição daqueles que empregam essa força de trabalho com o objetivo de pagar menores salários e lucrar mais.¹²⁷³

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 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.¹²⁷⁴ Ao analisar o recurso proposto pela vítima para reverter a sentença, 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: “*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*”.¹²⁷⁵ 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 regional, 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

1273 CORTE IDH. *Opinión Consultiva OC-18 de 17 de septiembre de 2003*, párrafo 70

1274 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.

1275 *Ibid.*, párrafo 161.

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*”.¹²⁷⁶ Como observa Contreras, ainda que a Corte IDH não tenha 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.¹²⁷⁷

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*”.¹²⁷⁸ 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 tema¹²⁷⁹ – profundamente reduzida. Eventual restrição à liberdade de expressão 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

1276 CORTE IDH. **Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica**, párrafos 112-116, 126.

1277 CONTRERAS, P. National Discretion and International Deference in the Restriction of Human Rights [...], p. 59-60.

1278 CORTE IDH. **Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica**, párrafos 120-121.

1279 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**.

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 2000.¹²⁸⁰

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 direitos políticos, asseverou que elas deveriam ser veiculadas por lei, não serem discriminatórias ou irrazoáveis mas promotoras 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.¹²⁸¹

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

1280 CORTE IDH. **Caso Yatama vs. Nicaragua**, párrafos 124.11, 124.17, 124.20 a 124.25.

1281 *Ibid.*, párrafo 206.

*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.*¹²⁸²

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.¹²⁸³

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 jurídicos, inclusive aquele que protege a perspectiva dos povos indígenas. O voto concorrente de García Ramírez 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. [...] 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

1282 CORTE IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*, 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”.

1283 CORTE IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*, párrafos 217-219.

*precepto, sustrayéndolos así del reconocimiento y la protección de derechos esenciales, que se brindan, en cambio, a las demás personas.*¹²⁸⁴

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 atender às particularidades de cada sociedade.¹²⁸⁵ Mesmo sem afirmar expressamente, foi deferente à organização dos sistemas políticos e, nessa ordem, da especificação dos sentidos dos direitos políticos pelos Estados.¹²⁸⁶

Conforme se depreende da sentença, a Corte IDH foi confrontada com o precedente lançado no caso *Yatama*. O Estado do México buscou enfatizar a diferença entre os dois casos: em *Yatama*, uma agremiação política que não se enquadrava na categoria partido político definida por lei, que já havia parti-

1284 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.

1285 CORTE IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*, párrafo 162. Essa diversidade foi afirmada também com respaldo na forma como o TEDH tratou a matéria, conforme parágrafo 165.

1286 CONTRERAS, P. *National Discretion and International Deference in the Restriction of Human Rights [...]*, p. 80.

cipado 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*¹²⁸⁷, 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.¹²⁸⁸ 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.¹²⁸⁹

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.¹²⁹⁰ 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 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

1287 CORTE IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*, párrafo 172.

1288 *Ibid.*, párrafo 174.

1289 *Ibid.*, párrafo 185-186.

1290 CORTE IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*, párrafos 198-199.

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.¹²⁹¹

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.¹²⁹²

1291 CORTE IDH. **Caso Castañeda Gutman vs. México**, párrafo 204,

1292 CORTE IDH. **Resolución de 29 de Mayo de 2018**. Solicitud de Opinión Consultiva Presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, párrafos 1-2.

Depois de colher diversas contribuições de *amicus curiae*¹²⁹³, a Corte IDH decidiu negar seguimento ao processo. Dentre outros fundamentos apresentados, o mais repisado foi 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 [...]”¹²⁹⁴. Além disso, observa que os “desenhos institucionais são produtos históricos que respondem às necessidades e à experiência constitucional de cada sociedade”¹²⁹⁵. 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*”¹²⁹⁶, desde que fundamentem suas decisões adequadamente, permitindo aos condenados a interposição dos recursos pro-

1293 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.

1294 CORTE IDH. *Resolución de 29 de Mayo de 2018*, párrafo 14.

1295 *Ibid.*, párrafo 17.

1296 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.

cessuais 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.¹²⁹⁷

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 Guatemala¹²⁹⁸; prisões arbitrárias e falta de garantias pro-

1297 CORTE IDH. **Caso Barreto Leiva vs. Venezuela**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C n. 206, párrafo 90.

1298 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.

cessuais na Argentina¹²⁹⁹ e no Peru¹³⁰⁰. 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.¹³⁰¹ Mesmo nesse quadro de graves violações, perspectiva transformadora no tocante à implementação dos direitos sociais, houve uma oportunidade para deferência.¹³⁰²

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 virtude de diversas faltas disciplinares.¹³⁰³ 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

1299 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.

1300 CORTE IDH. **Caso Rosadio Villavicencio vs. Perú**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2019. Serie C No. 388.

1301 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**.

1302 E outra para o afastamento da responsabilidade do Estado por falta de provas. 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**.

1303 CORTE IDH. **Caso Rico vs. Argentina**. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 2 de septiembre de 2019. Serie C No. 383, párrafos 1-3.

artigo 8 da CADH, bem como as garantias em face da discricionariedade do julgador.¹³⁰⁴ 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.*¹³⁰⁵

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.¹³⁰⁶ 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.¹³⁰⁷ 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, 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

1304 CORTE IDH. **Caso Rico vs. Argentina**, párrafo 57.

1305 *Ibid.*, párrafo 58.

1306 *Ibid.*, párrafo 77.

1307 *Ibid.*, párrafo 103.

entre pessoas do mesmo sexo. 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.¹³⁰⁸ 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.*¹³⁰⁹

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 regional 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 exigir da Corte IDH uma posição mais firme e intransigente para

1308 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.

1309 CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017**, párrafos 5, 114.

a proteção de um grupo histórica e tradicionalmente perseguido e discriminado nos Estados latino-americanos. Em virtude da pauta inclusiva inerente ao IC-CAL, 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*”.¹³¹⁰ 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.¹³¹¹ 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.¹³¹² 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.¹³¹³

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*”.¹³¹⁴ Estados como o Brasil deverão, por conseguinte, adequar sua legislação interna pois o asilo político territorial reconhecido

1310 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.

1311 *Ibid.*, párrafo 110.

1312 *Ibid.*, párrafos 124-128.

1313 *Ibid.*, párrafo 132.

1314 *Ibid.*, párrafo 140.

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.¹³¹⁵

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 expressamente usa a expressão “falta de consenso”)¹³¹⁶, 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”.¹³¹⁷

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.

1315 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.

1316 CORTE IDH. *Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018*, párrafo 155.

1317 CORTE IDH. *Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018*, párrafo 163.

5.2.1.2 Deferência na definição dos remédios

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.¹³¹⁸ Como assinala Gamboa, a 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.¹³¹⁹

Essas medidas, precisamente por exigirem dos Estados um custoso processo de coordenação de ações, enfrentam maior resistência para o devido cumprimento.¹³²⁰ 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 das medidas de reparação integral, a deferência não implica um prejuízo à proteção das vítimas

1318 Para uma relação de casos prevendo reparação integral, vide SAAVEDRA ALESSANDRI, P. Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana [...], p. 457-502

1319 CALDERÓN GAMBOA, J. F. La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana [...], p. 147-148.

1320 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.

e à integridade do sistema interamericano¹³²¹, mas 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, localização do paradeiro da vítima ou seus restos mortais, investigação, processamento e punição dos responsáveis.¹³²² Ao ser questionada sobre a 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.¹³²³ 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.¹³²⁴

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, 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.¹³²⁵ Como observa Antkowiak, essa prática na definição dos remédios

1321 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, p. 12.

1322 CORTE IDH. **Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras**; CORTE IDH. **Caso Godínez Cruz vs. Honduras**.

1323 *Ibid.*, párrafos 30-31.

1324 *Ibid.*, párrafo 36.

1325 CORTE IDH. **Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam**. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15, párrafos 96, 100.

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.¹³²⁶

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.¹³²⁷ A título de reparação, a sentença interamericana determinou a reincorporação da vítima a suas funções docentes com salário e retribuições financeiras equivalentes a soma do quanto era pago no setor público e no setor privado, garantia de seu direito a aposentadoria para o qual deveria ser contado o período em que permaneceu indevidamente detida, adoção de todos os meios para que o processo a que fora submetida não surtisse efeitos.¹³²⁸ Diante das graves violações de direitos humanos ocorridas, não houve espaço para deferência. Segundo Antkowiak, esse caso representou uma importante oportunidade para que a Corte testasse a repercussão das medidas reparatórias perante os Estados-membros do sistema.¹³²⁹

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

1326 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.

1327 CORTE IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33.

1328 CORTE IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42, párrafo 192.

1329 ANTKOWIAK, T. M. Remedial Approaches to Human Rights Violations [...], p. 371.

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.¹³³⁰ 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.

Um dos aspectos centrais da subsidiariedade remedial a ser enfatizado em uma perspectiva harmonizadora é a flexibilidade das medidas a serem definidas pela sentença regional: 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 dos contextos internos, não tem condições de antecipar eventuais complicações no curso da implementação das medidas reparatórias.¹³³¹ Um exemplo dessa imprevisibilidade, bem como o perigo de medidas reparatórias excessivamente específicas, foi o caso *Castro Castro vs. Peru*, em que foi reconhecida 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*, em Lima. Tal medida de reparação foi mal recebida por grande parte do povo peruano, com críticas que chegaram a pedir a demolição do memorial, pois a inscrição daqueles nomes representaria um monumento ao terrorismo.¹³³² Particularidades da cultura local escaparam à

1330 CORTE IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, párrafos 90-111.

1331 ANTKOWIAK, T. M. *Remedial Approaches to Human Rights Violations* [...], p. 384.

1332 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.

percepção da Corte, de modo que a medida reparatória foi problemática tanto para a implementação pelo Estado quanto para a satisfação das vítimas.¹³³³

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.¹³³⁴ 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.¹³³⁵

Essa competência, de fato, não se encontra expressa no texto da Convenção Americana, mas resultou de uma alteração no Regulamento da Corte IDH em 2000.¹³³⁶ 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).¹³³⁷ Essa atribuição lhe permite

1333 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.

1334 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.

1335 *Ibid.*, párrafo 53.

1336 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. Em 2009, contudo, o tema recebeu um tratamento mais específico, com a criação do artigo 63 do Regulamento. 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 2000 e reformado parcialmente pela Corte em seu LXXXII Período Ordinário de Sessões, celebrado de 19 a 31 de janeiro de 2009.

1337 *Ibid.*.

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 sociais¹³³⁸ 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.¹³³⁹ 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 supralegalidade. Ainda assim, o estudo desenvolvido chegou à conclusão que fatores jurídicos como a boa recepção das normas convencionais no sistema interno são insuficientes para determinar o cumprimento integral das sentenças interamericanas.¹³⁴⁰

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*

1338 CAVALLARO, J. L.; SCHAFFER, E. J. Less as More: Rethinking Supranational Litigation [...], p. 235.

1339 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.

1340 ANZOLA, S. I.; SÁNCHEZ, B. E.; URUEÑA, R. Después del Fallo: el Cumplimiento de las Decisiones [...],p. 161.

de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. As decisões tomadas por esse órgão contam com ampla deliberação democrática¹³⁴¹, 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.¹³⁴²

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.¹³⁴³

Dentre os diversos fatores externos analisados por Anzola, Sánchez e Urueña¹³⁴⁴, 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.¹³⁴⁵ Entretanto, outras leituras desse fator são possíveis como sua contribuição para o grau de legitimidade da sentença e a satisfação

1341 ANZOLA, S. I.; SÁNCHEZ, B. E.; URUEÑA, R. Después del Fallo: el Cumplimiento de las Decisiones [...], p. 164.

1342 *Ibid.*, p. 171.

1343 SANDOVAL, C. Two steps forward, one step back: Reflections on the jurisprudential turn [...].

1344 De particular interesse 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 naquele 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, S. I.; SÁNCHEZ, B. E.; URUEÑA, R. Después del Fallo: el Cumplimiento de las Decisiones [...], p. 182-185.

1345 *Ibid.*, p. 182-183.

das vítimas, que pode ser significativamente maior quando elas contribuem para a composição das medidas reparatórias.¹³⁴⁶ 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.¹³⁴⁷ 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.¹³⁴⁸

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.¹³⁴⁹ 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) enfrentarão uma maior resistência pois 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.

1346 Antkowiak defende a participação das vítimas no processo de definição das medidas reparatórias, desde que o processo seja sensível à condição especial dessas pessoas. ANTKOWIAK, T. M. Remedial Approaches [...], p. 405-406.

1347 ANZOLA, S. I.; SÁNCHEZ, B. E.; URUEÑA, R. Después del Fallo [...], p. 183-184.

1348 *Ibid.*, p. 184-185.

1349 *Ibid.*, p. 190.

Nos primeiros anos as condenações não foram 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, notadamente em casos de graves violações de direitos humanos (como as decorrentes de conflitos armados), os Estados passaram a perceber 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).¹³⁵⁰

Essas iniciativas foram adotadas especialmente por aqueles Estados que vivenciaram conflitos armados extremamente duros para a população civil, como o caso da Guatemala¹³⁵¹ e da Colômbia¹³⁵², assim como Estados com históricos de ditaduras militares e conflitos delas advindas, como Perú¹³⁵³, Chile¹³⁵⁴ e México¹³⁵⁵. 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

1350 SANDOVAL, C. Two steps forward, one step back: Reflections on the jurisprudential turn [...], p. 3.

1351 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.

1352 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.

1353 PERÚ. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. **Plan Integral de Reparaciones**. Ley n. 28592. Lima, jun. 2013.

1354 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.

1355 ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. **Ley General de Víctimas**. Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de enero de 2013.

de 4 de dezembro 1995, que teve um espectro de atuação bem menos audacioso que os anteriormente mencionados.¹³⁵⁶

Alguns dos referidos programas não atingiram o rigor dos *standards* definidos pela 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.¹³⁵⁷ 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.*¹³⁵⁸

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).¹³⁵⁹

1356 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.

1357 SANDOVAL, C. Two steps forward, one step back: Reflections on the jurisprudential turn [...], p. 3.

1358 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.

1359 CORTE IDH. **Caso Maldonado Vargas y otros vs. Chile**, párrafos 175-176.

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.¹³⁶⁰

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.¹³⁶¹ A Corte IDH reconheceu que os critérios legais internos deveriam ser admitidos como suficientes para a fixação da indenização:

*[...] 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 inmatrimales 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.*¹³⁶²

No caso da Guatemala, a deferência se manifestou de forma ainda tímida no caso Massacres de Rio Negro, de 2012, sobre cinco massacres da população Achi por agentes do exército e grupos paramilitares. A Corte IDH autorizou a dedução dos valores a serem pagos a título de indenização daqueles que já quitados em conformidade com o *Programa Nacional de Resarcimiento*.¹³⁶³ Não

1360 Especialmente a partir do caso Garcia Lucero e outras vs. Chile, de 2013.

1361 CORTE IDH. **Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**, párrafo 280.

1362 *Ibid.*, párrafo 303 e 309.

1363 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.

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 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.¹³⁶⁴ 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.¹³⁶⁵

No mesmo ano, a Corte IDH também decidiu o caso Comunidades Afrodescendentes deslocadas da bacia do Rio Cacarica (“Operação Genesis”) vs. Colômbia, de 2013, que tratava do deslocamento forçado das Comunidades Afrodescendentes que habitavam a bacia do Rio Cacarica pela ação de grupos paramilitares no contexto dos conflitos internos ocorridos nos anos 90.¹³⁶⁶ Essas comunidades foram alvo de prisões arbitrárias, torturas e desaparecimento forçado durante a denominada “Operação Gênesis”, 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.

1364 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.

1365 *Ibid.*, párrafos 233, 244, 246.

1366 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.

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.¹³⁶⁷

Os critérios em questão deixam transparecer elementos materiais do IC-CAL, 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 integradas ao programa de reparação doméstico para receber as devidas compensações.¹³⁶⁸

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 hu-

1367 CORTE IDH. *Caso de las Comunidades Afro-descendientes desplazadas* [...], párrafo 470.

1368 *Ibid.*, párrafos 474-475.

manos.¹³⁶⁹ 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.¹³⁷⁰

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 reparatorias 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 2016.¹³⁷¹ 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.¹³⁷²

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 Gênese”, o qual acabou por se transformar

1369 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.

1370 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.

1371 CORTE IDH. *Caso Muelle Flores vs. Perú*; 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*; 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.

1372 CORTE IDH. *Caso Hernández vs. Argentina*, párrafo 163.

em um precedente 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.¹³⁷³ 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.¹³⁷⁴ 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 inter-americanos 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 Segunda y Tercera (Constitucional) de la Corte Suprema de Justicia de Chile habían acogido acciones civiles de reparación relacio-

1373 CORTE IDH. **Caso de las Comunidades Afro-descendientes desplazadas** [...], 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.

1374 CORTE IDH. **Caso Órdenes Guerra y otros vs. Chile**.

*nadas con crímenes de lesa humanidad y había fijado indemnizaciones por perjuicios morales. [...] 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.*¹³⁷⁵

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.¹³⁷⁶ 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.¹³⁷⁷

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.¹³⁷⁸ A convergência da jurisdição nacional aos padrões interamericanos naquele mister foi determinante para a deferência.

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 Espi-

1375 CORTE IDH. *Caso Órdenes Guerra y otros vs. Chile*, párrafo 121.

1376 *Ibid.*, párrafo 123.

1377 *Ibid.*, párrafo 124.

1378 *Ibid.*, párrafo 134, 136.

noza e outros vs. México e Trueba Arciniega e outros vs. México. No primeiro, tratou-se do desaparecimento forçado das 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.¹³⁷⁹ Contudo, a sentença não chegou a examinar a compatibilidade das medidas adotadas com critérios lançados em sentenças anteriores. No segundo, a Corte IDH referendou uma solução amistosa, 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.¹³⁸⁰ Diante do comprometimento integral do Estado Mexicano com os padrões definidos pelo *corpus iuris* interamericano, a deferência foi integral.

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.

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

1379 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.

1380 CORTE IDH. *Caso Trueba Arciniega y otros vs. México*. Sentencia de 27 de noviembre de 2018. Serie C No. 369.

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 em um 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.

A deferência ao pluralismo, contudo, não significa puro e simples relativismo cultural.¹³⁸¹ 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.¹³⁸² 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 do *corpus iuris* interamericano, 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 regional de direitos humanos¹³⁸³, o que freia pretensões relativistas radicais. A integração das

1381 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, W. **Multicultural Citizenship**, p. 9.

1382 *Ibid.*, p. 75.

1383 DELMAS-MARTY, M. *Ordering Pluralism*, p. 3.

ordens jurídicas favorecida pelo processo de harmonização é orientada por princípios como a subsidiariedade em sentido cooperativo, propiciando uma interconexão entre os níveis regional e nacional que gera legitimidade e coíbe excessos. O relativismo cultural não dialoga com uma estrutura jurídica multinível em que uma corte regional 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 regional. 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.

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 convencionais e a jurisprudência interamericana, 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 regional a fim de verificar se as medidas adotadas pelos Estados de fato são consoantes ao *corpus iuris* interamericano. Considerando a divisão cooperativa de tarefas no ICCAL, a Corte 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.

A partir dos casos analisados nas seções anteriores, torna-se possível extrair dos fundamentos apresentados pela Corte para reconhecer a possibilidade de deferência (ainda que a tenha considerado mas não reconhecido), critérios para definir os critérios para o reconhecimento de uma doutrina de deferência compatível com o ICCAL.

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. Dessa forma, o primeiro passo para se cogitar de deferência a eventuais medidas restritivas criadas pelos Estados é que elas sejam previstas “leis que tenham sido promulgadas por motivo de interesse geral e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas”.¹³⁸⁴ Como analisado na seção 5.2.1, é preciso observar que a legitimidade democrática de uma 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”.¹³⁸⁵

Essas normas são propositadamente formadas por conceitos jurídicos indeterminados. Foi a evolução da jurisprudência interamericana que permi-

1384 CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-6 de 9 de mayo de 1986**. A Corte IDH enfatizou que o significado do termo “leis” seria aplicável para a interpretação de todas as normas convencionais em que a expressão estivesse relacionada a restrições a direitos humanos.

1385 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. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**, artigos 30, 32.2, e 13.

tiu 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 [...].*¹³⁸⁶

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 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) *satisface 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*”.¹³⁸⁷

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 di-

1386 CONTRERAS, P. National Discretion and International Deference in the Restriction of Human Rights [...], p. 67. CORTE IDH. *Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985*.

1387 CORTE IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*, párrafo 186.

reitos 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 que acabava por comprometer a própria liberdade de expressar opiniões e fornecer informações à sociedade.¹³⁸⁸

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.¹³⁸⁹ 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, que seu núcleo seria praticamente anulado.¹³⁹⁰ 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.¹³⁹¹

Em contrapartida, a teoria absoluta do núcleo essencial defende a existência de um núcleo intangível ao direito humano em questão. Esta concepção

1388 CORTE IDH. **Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica**, parágrafo 102.2, g.

1389 OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais: Efetividade Frente à Reserva do Possível**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2018, p. 171.

1390 *Ibid.*, p. 173-174.

1391 Tanto que Delmas-Marty não o considera como elemento essencial de um direito comum em direitos humanos. DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**, p. 297-298.

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?¹³⁹²

É possível inferir das decisões analisadas¹³⁹³ que a Corte IDH se reportou à essência dos direitos, ou ao núcleo essencial, parecendo admitir a existência de um espaço irredutível 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, 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

1392 OLSEN, A. C. L. *Direitos Fundamentais Sociais* [...], p. 176-177.

1393 CORTE IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*; CORTE IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*.

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.¹³⁹⁴

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*.¹³⁹⁵ A Convenção Americana não proibia prontamente aquela restrição, que deveria, contudo, ser compatível com os artigos 30 e 32.2.

1394 Nesse mesmo sentido já se posicionara FOLLESDALL, A. Exporting the margin of appreciation [...], p. 369.

1395 CORTE IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*.

Se comparado esse caso com o caso Yatama, em que a subsidiariedade se manifestou na 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.¹³⁹⁶ 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 en-

¹³⁹⁶ CORTE IDH. *Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984*; CORTE IDH. *Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018*; CORTE IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*, entre outros.

contram 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 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 intervisse. 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.¹³⁹⁷ 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 oportuni-

1397 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.

de 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 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.¹³⁹⁸ 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 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

1398 CORTE IDH. *Caso de las Comunidades Afro-descendientes desplazadas* [...].

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.¹³⁹⁹

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

1399 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.

cooperativo que os indica contribui, em última análise, para o empoderamento das vítimas e o fortalecimento de mecanismos de controle democrático.

Para os juízes, essa perspectiva demanda uma boa dose de engajamento, tal como sugerido por Vicki Jackson¹⁴⁰⁰, já que o diálogo judicial cooperativo não pressupõe uma concordância automática. 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 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.

1400 JACKSON, V. C. *Transnational Challenges to Constitutional Law: Convergence, Resistance, Engagement* [...].

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 regionais, 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.¹⁴⁰¹ 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”.¹⁴⁰² 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 histó-

1401 DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

1402 *Ibid.*, p. 111.

rias 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 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 regionais. 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. 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 o violação de direitos humanos, os diálogos judiciais permitem uma troca de experiências de uma rede de juízes, 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 esmaece na mundialização. O equilíbrio é o objetivo utópico que motiva o caminhar, para essa direção apontam os diálogos judiciais engajados que permitem ponderar exceções plurais e *standards* comuns.

No caso do sistema interamericano, esses diálogos 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 regional exercida pela Corte IDH. A interação entre os níveis nacional e regional 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 determinar 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: 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 dis-

cussão 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 regionais, 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 regional 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, foi 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.

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 vio-

lações 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 regional 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 causa-

dos, 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*”.¹⁴⁰³

Na mesma toada, a deferência demonstrada a padrões indenizatórios desenvolvidos pelas sentenças proferidas pelas cortes constitucionais (como no caso *Órdenez 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. A

1403 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.

cooperação entre os níveis do sistema depende de que ambos os interlocutores saibam ouvir, afastando-se discursos autoritários unificadores ou soberanos autocentrados. Assim como Elis Regina, “não temos tempo de desfraldar outra bandeira que não seja a da compreensão, do encontro e do entendimento entre as pessoas”. O potencial transformador desencadeado pelo *Ius Constitutionale Commune* só tem a ganhar.



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] v. 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.

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.

AGUILARCAVALLO, 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>. Acesso em: 27 enero 2019.

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**, v. 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*: 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. 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.

ARENDDT, 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.

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.). **Estudios Avanzados de Derechos Humanos**. Derechos 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.

BESSON, Samantha. Human rights and democracy in a global context: decoupling and recoupling. **Ethics & Global Politics**, v. 4, n. 1, p. 19-50, 2011.

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.

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, 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. O mandato transformador do Sistema Interamericano: Legalidade e Legitimidade de um processo jurisenético 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; 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>. Acceso 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/speechmarcbossuytopeneuropesep2013.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/l13491.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.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF**. Tipificação do crime de desacato não viola a garantia de liberdade de expressão. Notícias, 22 jun. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=446054>. Acesso em: 20 out. 2020.

BREWER-CARIÁS, 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**. V. III. Diálogos Jurisdicionais 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>. Acceso 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. Acceso en: 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, v. 15, n. 2, 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.

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*: CHOUDHRY, 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. Universidade 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**, v. 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**, v. 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. **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**. 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. Acesso em: 10 ago. 2019.

CORTE IDH. **Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Aprobado pela Corte no seu XLIX Período Ordinário de Sessões celebrado de 16 a 25 de novembro de 20001 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.

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 tribunals. 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-lico-es-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 2016, 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.icconnectblog.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 atualizada. 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 Maria. Artículo 1. Obligación de Respetar Derechos. *In*: STEINER, Christian; FUCHS, Marie-Christine (ed); URIBE, Patrícia 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** v. 29 no. 4, 2018, p. 1091-1125. Available at: <https://academic.oup.com/ejil/article-abstract/29/4/1091/5320178>. Access in: Sept. 22, 2019.

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.

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**, v. 15, issue 2, p. 359-371, 1 april 2017.

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 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.

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. **La sala de máquinas de la Constitución**: Dos siglos de constitucionalismo en 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 Coherencia**, 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.

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**, v. 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), V. 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.

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 Internacional 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, v. 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, v. 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 Jurisdiccionales e Derechos Humanos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 301-345.

MORALES ANTONIAZZI, Mariela. La doble estatalidad abierta: interamericanización y mercosurización de las Constitutiones suramericanas. *In*: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. **Estudios Avanzados de Derechos Humanos**. Derechos humanos, democracia e integración jurídica: emergencia de un nuevo derecho 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.

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.

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 the los 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, 2012, 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_america.htm. Acesso em: 20 fev. 2019.

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, n. 49, 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.

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 Jurídica**, 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. México: Universidad Autónoma de México, 2009, p. 37-73.

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?, IIJ-UNAM, IIDC, 2010, p. 449-468.

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. Disponible en: http://aadconst.org.ar/revistadigital/wp-content/uploads/2019/05/Nestor_Pedro_Sagues.pdf. Acceso en: 9 nov. 2019.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad. **Estudios Constitucionales**, Año 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.** València: Tirant lo Blanch, 2017.

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.

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.

SALAZARUGARTE, 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 jurisdiccionais e acesso (universal?) à justiça: a possível construção de um fundamento processual para o cosmopolitismo. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (coord.). **Diálogos Jurisdiccionais 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**, v. 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, AnnaLuisa 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 Mayo 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. 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: Dec. 10, 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.

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.

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://>

strasbourgoobservers.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 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.

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.

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 hermenêutico: perspectivas de los derechos humanos en el diálogo de las Altas Cortes y la Jurisdicción Interna. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, v. 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 Internacional 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.

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.

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 Cézar 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**. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-225-95.htm>. Acesso 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 Aloboetoe 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 No. 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 No. 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 No. 206.

CORTE IDH. **Caso Barrios Altos vs. Perú.** Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No.75.

CORTE IDH. **Caso Blake vs. Guatemala.** Excepciones Preliminares. Sentencia de 2 de julio de 1996, Serie C No. 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 No. 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 No. 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 Serie C No. 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. Serie C No. 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 No. 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 No. 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 No. 107.

CORTE IDH. **Caso Herzog y otros vs. Brasil.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de marzo de 2018. Serie C No. 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 No. 90.

CORTE IDH. **Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam,** de 30 de enero de 2014, Serie C No.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 No.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 No.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 No.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 No. 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 No.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 No.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 No.1.

CORTE IDH. **Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras.** Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No.4.

CORTE IDH. **Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras.** Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No.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 No. 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 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 COMISSION ON HUMAN RIGHTS. **Report n. 137/99**. Case 1.863, Andres Aylwin Azocar et. al. vs. Chile, December 27, 1999.

INTER-AMERICAN COMISSION ON HUMAN RIGHTS. **Report n. 30/93**. Case n. 10.804, José Efraín Rios Montt vs. Guatemala. October 12, 1993.

INTER-AMERICAN COMISSION ON HUMAN RIGHTS. **Resolution n. 23/81**. Case 2141 (United States) Baby-Boy. March 6, 1981.