

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

CRISTIANO VILHALBA FLORES

**A RESPONSABILIDADE DO JUIZ BRASILEIRO
PELA COERÊNCIA ENTRE AS ORDENS INTERNACIONAL E NACIONAL
EM DIREITOS HUMANOS POR MEIO DE UMA INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA**

Porto Alegre

2024

CRISTIANO VILHALBA FLORES

**A RESPONSABILIDADE DO JUIZ BRASILEIRO
PELA COERÊNCIA ENTRE AS ORDENS INTERNACIONAL E NACIONAL
EM DIREITOS HUMANOS POR MEIO DE UMA INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA**

Tese apresentada como requisito para obtenção do título de doutor em direito pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Augusto Jaeger Junior

Porto Alegre

2024

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

CRISTIANO VILHALBA FLORES

**A RESPONSABILIDADE DO JUIZ BRASILEIRO
PELA COERÊNCIA ENTRE AS ORDENS INTERNACIONAL E NACIONAL
EM DIREITOS HUMANOS POR MEIO DE UMA INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA**

Tese apresentada como requisito para obtenção do título de doutor em direito pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

BANCA EXAMINADORA

Professor Orientador: Professor Dr. Augusto Jaeger Junior

Professora Dra. Cláudia Lima Marques

Professor Dr. Fernando Antônio Sodré de Oliveira

Professor Dr. Ingo Wolfgang Sarlet

Professor Dr. Marcelo Schenk Duque

Professora Dra. Roberta Camineiro Baggio

Porto Alegre

2024

Dedico aos meus amados filhos Enzo e Sofia
e esposa Débora, fontes de
amor e felicidade.

AGRADECIMENTOS

Registro o especial agradecimento ao meu orientador, Prof. Dr. Augusto Jaeger Junior, pelo incentivo inicial, por toda a experiência e conhecimento transmitidos, pela orientação e, acima de tudo, pela amizade.

À minha família, pela compreensão e apoio.

Aos demais mestres que cruzaram neste caminho e que colaboraram para o meu crescimento acadêmico.

E aos colegas, pelo companheirismo e auxílio.

RESUMO

No presente trabalho visa-se demonstrar que aos magistrados brasileiros, independentemente do grau de exercício de sua jurisdição, é conferida a tarefa de realizar a integração entre o direito nacional e o direito internacional dos Direitos Humanos e de buscar a coerência e a evolução dos direitos humanos na região do Sistema Americano de Direitos Humanos, por meio de um ambiente dialógico entre os sistemas nacionais de justiça e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, realizando uma interpretação evolutiva destes direitos na construção de consensos regionais, propiciando a máxima eficácia e efetividade às normas de direitos fundamentais. O ineditismo desta abordagem consiste no fato de que o papel do magistrado brasileiro – de todos os Tribunais e Cortes – sempre fora investigado da visão do sistema americano de Direitos Humanos para dentro, sob o ângulo da necessidade de o juiz fazer uso das normas convencionadas e respeitar as decisões lançadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, sendo agora proposto também um olhar de dentro para fora, ou seja, a partir do papel do magistrado na construção de consensos que irradiem, primeiramente, dentro do país, e, conseqüentemente, para toda a região, dialogando com todo o Sistema Americano de Direitos Humanos, especialmente com sua corte, contribuindo decisivamente para a garantia progressiva dos Direitos Humanos no continente americano, colaborando para a harmonização jurídica e para o integral respeito à dignidade da pessoa humana na região. Para tanto o trabalho será dividido em quatro capítulos, sendo que no primeiro se tratará aspectos do novo conceito de soberania e sobre o fenômeno do constitucionalismo; no segundo a moderna ideia de transconstitucionalismo e a necessidade de formação de um *ius commune* americano; no terceiro os bloqueios e resistência a esta nova cultura integrativa e a necessidade de diálogo das fontes; para no quarto, e último, apresentar o papel de construtor de consensos do magistrado brasileiro. A metodologia, em seu método de abordagem, será principalmente o hipotético-dedutivo, tendo por método de procedimento o monográfico e histórico.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Sistema Americano de Direitos Humanos. Controle de convencionalidade. Soberania. Transconstitucionalismo. Margem de apreciação nacional.

ABSTRACT

This work aims to demonstrate that Brazilian magistrates, regardless of the level of exercise of their jurisdiction, are given the task of integrating national law and international Human Rights law and seeking coherence and evolution of rights. human rights in the region of the American Human Rights System, through a dialogical environment between national justice systems and the Inter-American Court of Human Rights, carrying out an evolutionary interpretation of these rights in the construction of regional consensus, providing maximum efficiency and effectiveness to the norms of fundamental rights. The novelty of this approach consists in the fact that the role of the Brazilian magistrate – of all Courts and Courts – has always been investigated from the perspective of the American Human Rights system, from the angle of the judge's need to make use of agreed norms and respect the decisions made by the Inter-American Court of Human Rights, and now it is also proposed to look from the inside out, that is, from the role of the magistrate in building consensus that radiates, firstly, within the country, and, consequently, to the entire the region, dialoguing with the entire American Human Rights System, especially with its Court, contributing decisively to the progressive guarantee of Human Rights on the American continent, contributing to legal harmonization and full respect for the dignity of the human person in the region. To this end, the work will be divided into four chapters, the first of which will deal with aspects of the new concept of sovereignty and the phenomenon of constitutionalism; in the second, the modern idea of transconstitutionalism and the need to form an American *ius commune*; in the third, the blockages and resistance to this new integrative culture and the need for dialogue between sources; and in the fourth, and last, to present the role of consensus builder of the Brazilian magistrate. The methodology, in its approach method, will be mainly hypothetical-deductive, with the monographic and historical method of procedure.

Keywords: Human rights. American Human Rights System. Conventionality control. Sovereignty. Transconstitutionalism. Margin of appreciation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 CAPÍTULO I – A SOBERANIA, O CONSTITUCIONALISMO E A CONVENCIONALIDADE.....	18
1.1 Considerações Iniciais ao Capítulo.....	18
1.2 A Soberania	21
1.3 O Fenômeno do Constitucionalismo e o Direito Internacional dos Direitos Humanos.....	38
1.4 O Constitucionalismo brasileiro e os Direitos Humanos.....	43
1.5 A prevalência dos direitos humanos e as Cortes Supremas como garantidoras.....	45
1.6 O Sistema Americano de Direitos Humanos e o controle de convencionalidade	49
1.7 Os precedentes Nacionais e Internacionais e o bloco de constitucionalidade e convencionalidade.....	69
1.8 Conclusão Parcial	78
2 CAPÍTULO II – O TRANSCONSTITUCIONALISMO E O <i>IUS COMMUNE</i> AMERICANO.....	81
2.1 Considerações Iniciais ao Capítulo.....	81
2.2 Do Constitucionalismo ao Transconstitucionalismo	82
2.3 O Constitucionalismo internacional	90
2.4 O relacionamento entre o Direito Internacional e o Direito Interno pelo diálogo das cortes	92
2.5 Os blocos de constitucionalidade e convencionalidade e a proibição de retrocesso	96
2.6 A utilização das jurisprudências nacional e internacional: uma via de mão dupla	107
2.7 O <i>Ius Commune</i> americano.....	109
2.8 Conclusão Parcial	115
3 CAPÍTULO III – O SISTEMA AMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E A ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA: BLOQUEIOS, RESISTÊNCIAS E A NECESSIDADE DE DIÁLOGO DAS FONTES.....	118
3.1 Considerações Iniciais ao Capítulo.....	118
3.2 O bloqueio introduzido pela emenda constitucional nº 45/2004, com a inserção do § 3º do art. 5º da Constituição Federal	119
3.3 As resistências pelo Poder Judiciário brasileiro	122
3.4 Os desbloqueios pela formação dos magistrados	134
3.5 Os diálogos transversais: entre a cooperação e os tensionamentos.....	136
3.6 O diálogo das fontes no direito internacional dos direitos humanos.....	139
3.7 A ampliação dos direitos fundamentais constitucionais pelo direito internacional....	141
3.8 Conclusão Parcial	147
4 CAPÍTULO IV – A INTERPRETAÇÃO, A MARGEM DE APRECIÇÃO NACIONAL E O JUIZ BRASILEIRO COMO CONSTRUTOR DE CONSENSOS REGIONAIS EM DIREITOS HUMANOS.....	150

4.1	Considerações Iniciais ao Capítulo.....	150
4.2	A interpretação de sentenças da Corte IDH e a interpretação cooperativa	152
4.3	A interpretação conforme a Convenção Americana de Direitos Humanos	157
4.4	A margem de apreciação nacional.....	173
4.5	Os juízes nacionais e o controle de convencionalidade.....	187
4.6	A construção dialógica da inclusão no continente americano.....	192
4.7	A busca pela coerência e pela interpretação evolutiva das normas de direitos humanos pelo juiz brasileiro.....	198
4.8	Conclusão Parcial	211
	CONCLUSÃO.....	214
	REFERÊNCIAS	219

INTRODUÇÃO

Os sistemas de proteção dos Direitos Humanos nasceram e desenvolveram-se na busca pela proteção do ser humano ao redor do mundo: o da Organização das Nações Unidas (ONU), como sistema multilateral, e outros regionais: o europeu, o americano e o africano. Não há como ser negado que o desenvolvimento destes sistemas remete o ser humano a um patamar jamais visto, pois ele é reconhecido, hoje em dia, como sujeito de direito também no âmbito internacional.

Em que pesem estes movimentos integracionistas, muitos Estados americanos, como o Brasil, aparentam ainda seguir profundamente vinculados ao princípio da soberania estatal, pois, embora reconheçam todos os documentos e organismos internacionais, insuficiente tratamento é dado ao que é pactuado nos acordos internacionais ou ao que é decidido pelas cortes internacionais, sendo reconhecida a dificuldade de execução interna das decisões por estas proferidas. Até porque, as decisões de cortes internacionais reiteradamente sofrem críticas pelo caráter impositivo com que são lançadas, sem margem para a apreciação das peculiaridades culturais e jurídicas internas dos países, como ocorre com a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). No entanto, há que se ter ciência, como refere Neves, de que “la cuestión de los derechos humanos, que surgió como un problema jurídico constitucional en el ámbito de los Estados, atraviesa hoy todos los tipos de órdenes jurídicos en el sistema jurídico mundial de niveles múltiples: órdenes estatales, internacionales, supranacionales, transnacionales y locales”¹.

A intercomunicação das sociedades divididas em Estados e a multiplicidade de culturas nelas existentes, na atualidade, tornam-se cada vez mais evidentes. Estas evidências, como refere Habermas, nos “afastam do caso modelo de um Estado nacional com uma população homogênea em termos culturais”². O pluralismo do tecido social não há mais como ser desconsiderado pelo Poder Judiciário, tendo em vista que ao seguir reconhecendo que existem povos culturalmente homogêneos “só se esconderia a cultura hegemônica da parte dominante da sociedade”³, deixando desprotegida ou não reconhecida parcela da população de um Estado. Diante disso, os juízes nacionais têm que ser sensíveis às necessidades das mais diferentes

¹ NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. Con especial referencia a la experiencia latino americana. In.: BOGNANDI, Armin Von; MC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). *La justicia constitucional y su internacionalización. Hacia a um ius constitutionale commune en américa latina?* Universidade Autónoma de México: México, 2010. p. 737.

² HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Unesp, 2018. p. 211.

³ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Unesp, 2018. p. 211.

culturas que abrigue seu território, especialmente as minoritárias, do que decorre a responsabilidade de todo magistrado brasileiro em aplicar os direitos humanos decorrentes do Sistema Americano de Direitos Humanos.

Portanto, é necessário se ter ciência de que além dos direitos humanos previstos na ordem jurídica interna outros vão se agregando a partir de experiências externas, como é o caso do direito ao meio ambiente, para citar apenas um exemplo. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, na Opinião Consultiva n. 23, de 2017⁴, deixa claro a relação de interdependência e a sua indivisibilidade em relação aos Direitos Humanos, tendo em vista que os efeitos adversos das mudanças climáticas impedem que seja atingido o pleno desfrute deles. Isto por meio do fenômeno denominado *greening*⁵. Exemplo que é trazido ao trabalho e que ganha ainda mais relevância em decorrência do desastre climático vivenciado pelo Estado do Rio Grande do Sul, talvez sem precedentes, nesta magnitude, no país, e que recobrará também dos juizes brasileiros um grande esforço e a necessidade de recorrer às experiências vividas em outros Estados.

E para tanto, necessária a investigação sobre o papel do magistrado brasileiro contemporâneo, o qual deve valer-se dos ordenamentos jurídicos internos e externos, buscando a coerência entre eles em prol da comunidade culturalmente plural, tendo por fio condutor a dignidade da pessoa humana e na busca do desenvolvimento regional dos direitos humanos. Da mesma forma, há de perquirir-se se o juiz nacional deve ser protagonista na construção de uma cultura regional em Direitos Humanos e atuar dialogicamente com o seu sistema, empregando, para tanto, uma interpretação evolutiva dos dois sistemas jurídicos, internacional e nacional, e realizando o controle de convencionalidade. É necessário que o magistrado brasileiro tenha a consciência de que “este diálogo constructivo y cooperativo entre los diferentes órganos jurisdiccionales, como componentes de una misma comunidad de intérpretes, es requerido por una visión del derecho que lo entiende como emprendimiento conjunto de todos aquellos que contribuyen con su lectura a darle significado”⁶.

No caso brasileiro, no que se refere ao diálogo com o Sistema Americano de Direitos Humanos, em pesquisa realizada pelo Conselho Nacional da Justiça (CNJ), em 2023, foi

⁴ CORTE IDH. O.C n. 23/2017. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/opiniones_consultivas.cfm?lang=pt. Acesso em 12 mar. 2024.

⁵ *Greening* (ou esverdeamento) é “a ‘técnica que permite tutelar o meio ambiente nos sistemas regionais de proteção, que, *a priori*, não contam com proteção específica sobre essa temática”, na definição de Mazzuoli e Teixeira (MAZZUOLI, Valério de Oliveira; TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. Tutela jurídica do Meio Ambiente na Corte Interamericana de Direitos Humanos. In.: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. *Impacto das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na jurisprudência do STF*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 446).

⁶ SABA, Roberto. El Principio de Igualdad en el Diálogo en el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional”, in.: CAPALDO, Griselda; CLÉRICO, Laura.; SIECKMANN, Jaon-Reinald. (ed.); *Internacionalización del Derecho Constitucional-Constitucionalización del Derecho Internacional*, EUDEBA, Buenos Aires, 2012. p. 4.

evidenciada a baixa adesão pelo sistema de justiça nacional. Nota-se uma postura fechada do Poder Judiciário brasileiro, com meros exemplos de referências aos tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos, deixando transparecer uma cultura de pouca adesão ao direito internacional dos Direitos Humanos e ao controle de convencionalidade⁷.

Questionados os magistrados brasileiros, de todas as instâncias e competências, apenas 15% deles enviaram respostas, sendo que em sua maioria referiram não conhecer, não estudar ou não utilizar as normas e decisões decorrentes do Sistema Americano de Direitos Humanos⁸. Assim como, ao analisar a jurisprudência brasileira⁹, apurou-se que em 53,92% das decisões não se foi aferida a convencionalidade das leis e atos internos, sendo que em 28,32% sequer houve a aplicação da norma convencionada¹⁰, mesmo quando invocada nos casos analisados.

Desta realidade decorre uma notada deficiência na integral defesa da pessoa humana, pelo que o papel dos juízes brasileiros na aplicação e interpretação das normas convencionadas e o respeito às decisões exaradas pela Corte IDH para fins de efetivação das garantias e liberdades delineadas em matéria de Direitos Humanos no sistema americano deve ser investigado.

Veja-se que, por comando expresso do art. 2º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, todos os países comprometem-se a adotar não apenas as medidas legislativas para a garantia dos direitos e das liberdades nela previstos, mas também tomar outras medidas que se façam necessárias para cumprir com o compromisso assumido. Ou seja, pelo referido artigo convencionado, há uma expansão de obrigações estatais para com os Direitos Humanos. Com isto, remete-se ao Poder Judiciário a responsabilidade de velar pelos Direitos Humanos internamente, sob pena de, em não o fazendo, legitimar a atuação complementar do Sistema Americano de Direitos Humanos, com a possibilidade, inclusive, de punições internacionais ao país de naturalidade do magistrado. Diante disto, também se buscará investigar a atuação dos magistrados brasileiros por meio de decisões do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, tribunal de atuação do investigador.

⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Comportamento judicial em relação à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: uma análise empírica do Poder Judiciário brasileiro*. Brasília: CNJ, 2023. p. 34.

⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Comportamento judicial em relação à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: uma análise empírica do Poder Judiciário brasileiro*. Brasília: CNJ, 2023. p. 69.

⁹ Pesquisa realizada em 26 Tribunais de Justiça estaduais, todos os Tribunais Regionais Federais, STJ e STF, com os termos convenção americana, pacto de San Jose da Costa Rica, convencionalidade e corte interamericana. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Comportamento judicial em relação à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: uma análise empírica do Poder Judiciário brasileiro*. Brasília: CNJ, 2023. p. 51-52).

¹⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Comportamento judicial em relação à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: uma análise empírica do Poder Judiciário brasileiro*. Brasília: CNJ, 2023. p. 144.

Os juízes internos há muito assumiram o protagonismo na interpretação das leis, passando a lê-las à luz da Constituição Federal, tendo sempre a proteção dos Direitos Humanos como principal bandeira. No entanto, modernamente, “los jueces nacionales tienen la importante misión de salvaguardar no solo los derechos fundamentales previstos en la Constitución, sino también el conjunto de valores, principios y derechos reconocidos en los instrumentos internacionales que el Estado ha suscrito”¹¹. Para tanto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos forjou o instituto do controle de convencionalidade.

Partindo-se da premissa de que também ao Juiz brasileiro é dada a incumbência de realizar o controle de convencionalidade interno, até mesmo de ofício, por ser o primeiro responsável pela defesa dos Direitos Humanos, com a observância do direito convencional e das interpretações proferidas pela Corte IDH, formula-se a seguinte pergunta investigativa:

Possuem os juízes brasileiros a obrigação de atuar na busca da coerência entre os sistemas internacional e nacional, realizando uma interpretação evolutiva, por meio de um ambiente dialógico entre eles e o Sistema Americano de Direitos Humanos, para o desenvolvimento da rede de proteção e dos direitos humanos no plano nacional e regional?

A hipótese do presente trabalho consiste em demonstrar que aos magistrados brasileiros, independentemente do grau de exercício de sua jurisdição, é conferida a tarefa de realizar a integração entre o direito interno e o direito internacional dos Direitos Humanos e buscar a coerência e a evolução desses direitos na região do Sistema Americano de Direitos Humanos, por meio de um ambiente dialógico entre o sistema nacional de justiça e o sistema regional, especialmente com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, realizando uma interpretação evolutiva destes direitos, propiciando a máxima eficácia e efetividade às normas de direitos fundamentais¹². Isto por determinação dos incisos II e IX do art. 4º da Constituição Federal brasileira, os quais estabelecem que o Brasil, em suas relações internacionais, rege-se pelos princípios da “prevalência dos direitos humanos” e a “cooperação entre os povos para o progresso da humanidade”; pela abertura material dada pelo §2º do seu art. 5º aos documentos internacionais de Direitos Humanos internalizados pelo país; bem como por comando do art. 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos, o qual obriga os Estados a tomarem todas as

¹¹ BONILLA, Haideer Miranda. *El Control de Convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Stals Research Paper 4/2016. p. 39. Disponível em: <https://www.stals.santannapisa.it/sites/default/files/haideer.pdf>. Acesso em 03 abr.23

¹² Desde já deixando-se estabelecido que, no decorrer do trabalho não nos ocuparemos em fazer a diferenciação entre os termos “direitos humanos” e “direitos fundamentais”. Direitos humanos como aqueles ligados à liberdade e à igualdade que estão positivados no plano internacional, mas que decorrem da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais como os direitos humanos, positivados na Constituição Federal. Considerar-se-á ambos como essencialmente o mesmo, diferenciados apenas no plano em que estão consagrados.

medidas legislativas ou de outra natureza para garantir os direitos nela reconhecidos.

O papel de defensor dos Direitos Humanos é inerente ao cargo de juiz. Diante disso, o que aqui se propõe, almejando ser de forma inédita¹³, é demonstrar a obrigação de que todo o juiz brasileiro tem no território brasileiro, e para além dele, pois passa também a ser responsável pela evolução da defesa dos Direitos Humanos em toda a região americana, mediante a sua atuação dialógica e cooperativa com os demais juízes nacionais americanos e com os juízes da Corte IDH. O ineditismo desta abordagem também consiste no fato de que o papel do magistrado brasileiro – de todos os Tribunais e Cortes – sempre foi investigado da visão do Sistema Americano de Direitos Humanos para dentro, sob o ângulo da necessidade de o juiz fazer uso das normas convencionadas e respeitar as decisões lançadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, sendo agora proposto também um olhar de dentro para fora, ou seja, o papel do magistrado na construção evolutiva dos direitos humanos, de maneira que irradiem, primeiramente, dentro do país, e, posteriormente, para toda a região, dialogando com todo o Sistema Americano de Direitos Humanos, especialmente com sua corte, contribuindo para a garantia progressiva dos Direitos Humanos no continente americano, e colaborando para a harmonização jurídica e para o integral respeito à dignidade da pessoa humana na região.

A aderência particular ao tema decorre de três aspectos: (1) a necessidade em decorrência da atuação profissional como magistrado¹⁴, tanto no exercício da jurisdição, quanto na representação dos magistrados gaúchos na presidência da Associação de Juízes do Rio Grande do Sul – AJURIS, pois, na experiência laborativa e no contato com os colegas, verificasse a grande deficiência no trato institucional e jurisdicional do tema – o que vem refletido na pesquisa do CNJ já citada; (2) o exercício do magistério, em aulas ministradas a magistrados que ingressam na carreira sobre o controle de convencionalidade, por meio da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de magistrados – ENFAM; (3) em razão da necessária

¹³ O ineditismo aqui proposto é decorrente da pesquisa biblioteca feita na doutrina brasileira e estrangeira sobre o papel dos juízes brasileiros dentro do Sistema Americano de Direitos Humanos. Corte este proposto em razão da necessidade de delimitação da pesquisa ao sistema jurídico brasileiro, mais especificamente seus magistrados, em todas as áreas e instâncias de atuação.

¹⁴ A iniciativa da realização de pesquisa a partir da posição profissional que ocupa o pesquisador traz dois pontos a serem considerados: um para o passado, pois se parte da experiência adquirida pelos anos de serviço, no caso serviço público; outro para o futuro, na medida em que se pretende colaborar para a academia, assim como para o próprio desenvolvimento da carreira. Esta experiência não é diferente de tantas outras iniciativas, como é o caso da tese de doutorado recentemente defendida por Fernando Antônio Sodré de Oliveira, Delegado de Polícia, intitulada “A seletividade penal racial estruturada e estruturante e o condicionamento das ações de segurança pública: uma análise a partir da Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul”, disponível em: https://virtual.unijui.edu.br/Portal/Modulos/modeloInformacoes/?RH5sv44knZhFMK3qARF6zZdE0eF6wpdiPn mCIBzvbmRq9qPELegtGv2XgnCx68NlqqZfA68sj3j6 SLA_r_PLS_uaSYc4g_IGL. Acesso em 29.08.24.

continuidade na investigação científica iniciada por ocasião da dissertação de mestrado¹⁵, que teve por título: *Do controle de convencionalidade à harmonização jurídica: a legitimidade do particular em postular opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul*¹⁶.

Portanto, investiga-se, neste trabalho, o papel conferido ao juiz brasileiro, ao ser responsável pelo controle de convencionalidade interno, e pela interdependência que passam a ter os juízes nacionais e os juízes da Corte IDH. Esta nova obrigação dos juízes brasileiros deve ser perquirida com maior profundidade, numa investigação científica que colabore para uma mudança de cultura nacional no que diz com as relações entre cortes e juízes nacionais e internacionais. Assim como para colaborar na tarefa de que os diversos sistemas jurídicos internos dos países, que possuem sensíveis diferentes formas de reconhecer e dar efetividade aos direitos humanos, possam dialogar e desenvolverem-se para que estas garantias sejam universais e passem a valer para todos os seres humanos. Esta parece ser uma das principais e atuais missões dos juízes brasileiros.

Para tanto, o trabalho está dividido em quatro capítulos.

No capítulo I do trabalho busca-se apresentar uma evolução histórica, desde o reconhecimento da existência de uma comunidade universal, quando também nasce o conceito da soberania dos Estados demarcados territorialmente, concebida como absoluta a partir do século XVIII, mas que, por outro lado, se torna obstáculo para a pacificação dos povos e para o reconhecimento uniforme dos Direitos Humanos nos países, até o moderno conceito de soberania, agora relativizada.

Com a constituição dos Estados territorialmente soberanos surge, ainda, o fenômeno do constitucionalismo, buscando cada um deles regular a sua estrutura normativa fundamental e acolher o direito internacional, especialmente o direito internacional dos Direitos Humanos, passando as constituições a abrirem seus textos para a inclusão da norma externa, seja formalmente, seja materialmente, como ocorreu no caso do Brasil ao estabelecer em sua Constituição Federal, no §2º do art. 5ª, que: *os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*. Também com a inclusão do §3º, neste mesmo artigo, por meio da emenda constitucional nº 45/2004, que passou a estabelecer: *os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem*

¹⁵ Defendida no ano de 2017 no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

¹⁶ A qual veio a gerar o livro: FLORES, Cristiano Vilhalba Flores. *Controle de Convencionalidade. Integração Jurídica e Legitimidade do Particular*. Curitiba: Juruá, 2018.

aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Aliado a isto, o Brasil passou a integrar o Sistema Americano de Direitos Humanos ao ratificar a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 1992, bem como aceitou a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 1998. E é deste sistema regional de Direitos Humanos, por construção da Corte sediada em San José da Costa Rica, que surge o instituto do controle de convencionalidade, o qual gradativamente foi impondo responsabilidades aos magistrados nacionais de observância e aplicação dos pactos que o país seja parte, bem como aplicar as interpretações dadas pela Corte IDH. Ou seja, a partir desse momento, se questiona a necessidade de que precedentes internacionais e nacionais passem a dialogar.

No capítulo II do trabalho verifica-se a passagem da ideia de um constitucionalismo para a de um transconstitucionalismo, fenômeno este que se caracteriza a partir dos diálogos horizontais e verticais entre cortes constitucionais e também entre estas e cortes internacionais, pelo meio dos quais se vislumbra a concepção de um *ius commune* americano em matéria de Direitos Humanos.

Nesta parte, investiga-se o fenômeno dos blocos de constitucionalidade e convencionalidade que decorrem deste transconstitucionalismo transformador, fulcrado na abertura das constituições nacionais da região para o direito internacional dos Direitos Humanos. E o elemento propulsor, para tanto, é o controle de convencionalidade, responsável pela construção de um bloco de convencionalidade, com a finalidade de criação de uma harmonia normativa americana. Institutos firmados na dignidade da pessoa humana e que devem ser uma via de mão dupla no diálogo entre cortes nacionais e internacionais na busca de sua efetivação e na construção de um *ius commune* americano em Direitos Humanos.

No capítulo III, procura-se uma visão sobre o controle de convencionalidade e o sistema jurídico brasileiro, especialmente no que se refere aos bloqueios a ele realizados e os sinais de sua superação. Bloqueios que são legislativos e jurisdicionais, pois, pela reforma constitucional que introduziu o §3º ao art. 5º da Constituição Federal brasileira, aliada ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, que confere hierarquia de formalmente constitucionais apenas aos recepcionados pelo mesmo quórum exigido para as emendas constitucionais, restando, para os demais, a hierarquia infraconstitucional e superlegal, materializou-se um retrocesso em termos de defesa dos Direitos Humanos no Brasil. Especialmente pelo fato de que todos os tratados anteriores à modificação da constituição passaram a ser considerados infraconstitucionais, inclusive a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Da mesma forma, ainda nesta parte do trabalho, verifica-se a importância de que seja travado um diálogo transversal no continente americano. Diálogo que deve ocorrer entre a Corte IDH e o sistema jurídico dos países participantes do acordo, especialmente no que diga com as suas cortes constitucionais, propiciando-se, pelo diálogo das fontes, a ampliação dos direitos fundamentais constitucionalizados.

No capítulo IV, por fim, relacionam-se elementos para demonstrar a fundamental e decisiva participação do juiz nacional, independentemente do grau de jurisdição em que tenha atuação, na formação de um efetivo *ius commune* americano. Diálogo a ensejar o desenvolvimento coordenado e regional dos Direitos Humanos de forma a criar um ambiente de progressiva inclusão a todas as pessoas que vivem neste continente.

Para pavimentar esta nova atribuição do juiz brasileiro, trazem-se ao trabalho os mecanismos interpretativos que estão à disposição de todos os magistrados e que podem servir a este propósito integrativo, especialmente o instituto da interpretação conforme. Assim como também se apresenta a margem de apreciação nacional como elemento de justificativa à legitimação de espaços interpretativos aos juízes nacionais quando as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos necessitarem ser ponderadas à luz das peculiaridades locais, propiciando campo fértil para que o juiz brasileiro seja propulsor de desenvolvimentos regionais em matéria de direitos humanos.

Também nesta parte demonstra-se a responsabilidade dos juízes brasileiros na busca da coerência entre os sistemas internacional e nacional para uma efetiva evolução da proteção dos Direitos Humanos no continente americano.

Diante disso, mesmo que se compreenda que a Corte Interamericana de Direitos Humanos é responsável pela interpretação autêntica das normas que decorram do Sistema Americano de Direitos Humanos, é necessário que todos os magistrados nacionais exerçam papel colaborativo da construção de consensos, pois todos são garantidores, da mesma forma, da não-repetição das infrações por parte dos Estados que integram a região.

No que se refere à metodologia do presente trabalho, em seu método de abordagem, será utilizado, principalmente, o método hipotético-dedutivo, partindo-se de proposições gerais sobre alguns fenômenos, como a soberania, constitucionalismo, transconstitucionalismo e o Sistema Americano de Direitos Humanos, para, ao final, especificar-se uma resposta ao problema de pesquisa, na tentativa de confirmá-lo. Os métodos de procedimento serão o monográfico e o histórico. Como técnica de pesquisa, valeu-se de pesquisa bibliográfica, análise de normas jurídicas nacionais e internacionais, decisões, resoluções e documentação pertinentes ao tema relacionado.

1 CAPÍTULO I – A SOBERANIA, O CONSTITUCIONALISMO E A CONVENCIONALIDADE

1.1 Considerações Iniciais ao Capítulo

Nesse primeiro capítulo, na busca pela demonstração da importância de cada magistrado nacional na construção regional do “direito das gentes”¹⁷, não há como se deixar de entender todo o processo histórico-evolutivo que percorreu o direito internacional. Importa, para este fim, que se verifique que a passagem do totalitarismo exercido pelos reis, imperadores, líderes religiosos, todos ungidos por Deus, para uma ideia de nações democráticas, com territórios próprios, dotados de soberania, também veio a trazer reflexos muito fortes na intencionalidade de reconhecimento de um direito humano que agasalhe o mundo todo ou todos os seres humanos que nele habitem, mesmo que para tanto fosse necessária uma sociedade de nações, como proposto por Kant¹⁸. Em razão disso é que a soberania das nações, desde a sua constituição até a atualidade, é matéria inicial a ser visitada. Até porque, a soberania levada ao extremo e absoluta veio a justificar conflitos de proporções nunca vistas pela humanidade, como as duas grandes guerras mundiais do século XX, com reflexos devastadores para o ser humano.

A evolução do conceito de soberania, então absoluta, para um relativizado pela abertura constitucional ao direito internacional não foi rápida ou simples. Somente após intensos conflitos internacionais armados, com perda de parcela considerável de pessoas, que se constatou ser a soberania absoluta um sério obstáculo para a paz e a harmonia entre os povos. Até porque, como alertava Kant¹⁹, a natureza humana não é a da paz entre povos vizinhos e culturalmente distintos, pelo que, para que ela prevaleça, é necessário serem afastados todos os obstáculos que naturalmente dificultem a sua manutenção. É, diante disso, que o conceito moderno de soberania surge, em que os Estados cada vez mais estão interligados por uma nova e veloz ordem mundial que os conecta de maneira que não mais parece reversível. Como referem Fachin e Silva,

No âmbito da teoria constitucional, já é possível atestar o surgimento de uma nova compreensão como alternativa do conceito clássico de soberania, tendo

¹⁷ Aqui visto como sendo “a ciência do direito que tem lugar entre Nações ou Estados, assim como das obrigações correspondentes a esses direitos”, na definição de Emer de Vattel (Vattel, Emer de. *Direito das Gentes*. Brasília: FUNAG/UnB, 2004. p. 1), e que veio a dar origem ao que hoje se conhece por Direito Internacional.

¹⁸ KANT, Emmanuel. *A paz perpétua: um projeto filosófico*. Tradução e notas de Bruno Cunha. Petrópolis: Vozes, 2020.

¹⁹ KANT, Emmanuel. *A paz perpétua: um projeto filosófico*. Tradução e notas de Bruno Cunha. Petrópolis: Vozes, 2020. p. 10.

em vista que a posição central do Estado-Nação, muito embora ainda esteja firmemente sustentada na formulação de hierarquia absoluta da Constituição, encontra-se confrontada com a perspectiva da soberania popular, no contexto de uma relação dinâmica e aberta entre os conceitos de soberania e povo, no ambiente constitucional²⁰.

Evidentemente, implementar-se uma nova ordem mundial, em que os Estados consciente e espontaneamente passem a renunciar uma parcela de sua soberania com a finalidade de criação de uma entidade supranacional, não é tarefa simples e muito menos se apresenta como uma evolução natural da humanidade, pois avanços e retrocessos são vistos no decorrer da História. No entanto, este processo passa a acontecer a partir de acordos multilaterais feitos pelos próprios Estados, mas que num primeiro momento apenas a eles vinculavam e geravam direitos e deveres. Observa-se que isso veio paulatinamente modificando-se até ser colocado o sujeito, o indivíduo, nesse processo, quando passa a ser visto como sujeito de direito internacional, não mais à mercê dos caprichos do Estado ao qual é vinculado.

Para que hoje a comunidade internacional discuta a possibilidade de uma uniformidade de tratamento dos direitos humanos por todas as nações, foi necessário um movimento anterior de defesa do indivíduo contra o próprio Estado do qual é natural, surgindo o fenômeno do constitucionalismo. Essa experiência também pode ser observada no sistema jurídico brasileiro e teve seu ápice na Constituição Federal de 1988, a qual, além de pródiga em garantias no campo dos Direitos Humanos, abriu-se para a incorporação de tratados e convenções em que o Brasil faça parte nesta mesma temática, remetendo à sua Corte Suprema e aos seus magistrados a fiscalização de sua aplicabilidade e respeito.

E é exatamente do trabalho das cortes constitucionais que os blocos de constitucionalidade e convencionalidade são formatados, embora que não só por atuação exclusiva delas, mas, na maioria das vezes, por provocação inicial da jurisprudência firmada por tribunais inferiores e até mesmo por decisões de magistrados singulares. No âmbito do direito internacional, o instituto do controle de convencionalidade, de criação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, é de singular importância, pois remete a todos os magistrados nacionais, independentemente de a qual grau pertençam na ordem interna, a fiscalização do cumprimento, pelo Estado, de todos os compromissos assumidos nos tratados e

²⁰ FACHIN, Luiz Edson; SILVA, Christine Peter da. Controle de convencionalidade na jurisprudência do STF: excerto de uma década. In.: OSORIO, Aline; MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luana Van Brussel (coords.) *Direitos e Democracia. 10 anos do Ministro Luiz Roberto Barros no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 89.

convenções que venha a recepcionar.

Por tudo isto é que neste primeiro capítulo busca-se demonstrar que a soberania, modernamente, não pode mais ficar à margem do caráter de Estado Constitucional Cooperativo²¹ ao qual devem os países primar. Essa é a razão pela qual a atuação do sistema jurídico dos países americanos deve buscar atentar-se para os precedentes internacionais, por meio do controle de convencionalidade, na busca de um novo constitucionalismo, firmado na constitucionalidade e na convencionalidade de todos os atos emanados dos Estados participantes do Sistema Americano de Direitos Humanos. Até porque, como aponta Cabacinha,

Em princípio, caberiam às normas de Direito Internacional prevalecerem sobre a ordem interna. Contudo, considerando a teoria do diálogo das fontes de Erik Jayme e a possibilidade formal prevista nos tratados de direitos humanos, num caso concreto, em função do princípio *pro homine*, seria possível a norma nacional prevalecer, exatamente por melhor proteger o ser humano²².

E, no caso brasileiro, é necessária uma quebra de paradigmas, uma mudança efetiva da cultura jurídica que se formatou em relação ao direito internacional, especialmente aos Direitos Humanos. Cultura que está muito distante do desejável, como apontou recente pesquisa feita pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), na qual foi retratado que apenas 7,5% dos magistrados entrevistados refere conhecer e aplicar as decisões emanadas da Corte IDH com regularidade²³, sendo que mais de 60% deles referem não ter qualquer familiaridade com a jurisprudência da Corte IDH²⁴. Além disso, quase um terço dos magistrados consultados afirmou que a soberania nacional é um fundamento relevante para justificar a recusa em aplicar as normas da CADH e as decisões da Corte IDH²⁵.

Para tanto é que se passa a analisar os movimentos mundiais sobre a moderna soberania, sobre o constitucionalismo e sobre o ordenamento regional, pelo Sistema Americano de Direitos Humanos, para a correta identificação dos fenômenos internacional e brasileiro.

²¹ como refere Peter Häberle em seu livro com este exato nome (HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007).

²² CABACINHA, Paulo Máximo de Castro. *O Poder Judiciário nacional e a Corte Interamericana de direitos humanos diálogo ou indiferença?* Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020. p. 32.

²³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Comportamento judicial em relação a Convenção Americana sobre Direitos Humanos: uma análise empírica do Poder Judiciário brasileiro*. Brasília: CNJ, 2023. p. 69.

²⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Comportamento judicial em relação a Convenção Americana sobre Direitos Humanos: uma análise empírica do Poder Judiciário brasileiro*. Brasília: CNJ, 2023. p. 128.

²⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Comportamento judicial em relação a Convenção Americana sobre Direitos Humanos: uma análise empírica do Poder Judiciário brasileiro*. Brasília: CNJ, 2023. p. 296.

1.2 A Soberania

É no Estado absoluto que a soberania vem a afirmar-se, pois até então a sociedade era organizada politicamente de forma bastante complexa, forjada em grupos, sendo que, conforme refere Jorge Miranda, “os direitos aí são direitos das pessoas enquanto membros desse grupo ou estamentos, direitos de acentuado cunho institucional e concreto, por vezes em concorrência uns com os outros”²⁶.

Gradativamente, como alerta Ferrajoli, a ideia de universalidade da comunidade medieval, a qual ficava totalmente submetida aos poderes do imperador ou do papa, é substituída por uma ideia da existência de “uma comunidade internacional de Estados nacionais, concebidos como sujeitos jurídicos independentes uns dos outros, igualmente soberanos, porém subordinados a um único direito das gentes”²⁷. Necessário se reconhecer a importância do teólogo Francisco de Vitória, que viveu entre os séculos XV e XVI, na construção do direito internacional, bem como a sua modernidade por já, naquela época, dizer que o mundo inteiro é uma espécie de república, devendo fazer leis justas e convenientes para todos, especialmente no tema do “direito das gentes”, pois este direito decorre “da autoridade do mundo inteiro”²⁸. Até porque, “a finalidade do direito das gentes a respeito da sociedade universal é a consecução do bem comum da humanidade. Se este resultado é afetado pela ação de uma ou várias repúblicas, o *ius gentium* impõe que se renuncie a tal atividade”²⁹.

Portanto, pregava Francisco de Vitória que a “autoridade do mundo inteiro” decorria diretamente do gênero humano, existindo “uma sociedade e uma comunhão natural entre os povos, cada um dos quais tem o direito de entrar em relação com os outros”³⁰. Ou seja, existe a amparar as relações internacionais uma fraternidade universal, formatada no direito natural das nações em relacionarem-se de forma harmônica. Para a doutrina vitoriana, portanto, existe uma sociedade natural de Estados soberanos e o elemento determinante de todas as nações é o bem comum do mundo inteiro, ou da *Orbe*. Para qualquer atividade que venha a obstaculizar esta finalidade e para que não mais persistam deve-se buscar soluções.

Esta teoria vem a ser contestada, a partir do século XVII, quando se fortalecem os Estados nacionais, decorrentes da nova formatação das relações entre estes e na busca de

²⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 3ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2000. p. 19.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fortes, 2002. p. 07-08.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fortes, 2002. p. 09.

²⁹ URBANO, Francisco Castilla. Francisco de Vitória. In.: DAL RI JR., Arno; VELOSO, Paulo Potiara de Ancântara; LIMA, Lucas Carlos (orgs.). *A formação da ciência do direito internacional*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2014, p. 139.

³⁰ FERRAJOLI, Luigi *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fortes, 2002. p. 11.

adaptarem-se à nova divisão europeia decorrente da Paz de Vestfália, de 1648. Os Estados já não mais eram formados por vínculos ideológicos ou religiosos, mas sim passam a ser regidos pelo direito e reconhecidos como sendo uma pessoa artificial na comunidade internacional. Com isto, fortalece-se a concepção absoluta da soberania externa.

Poucos anos antes, Hugo Grotius escreveu *Do Direito da Guerra e da Paz*, em 1625, o qual reconhecidamente alicerça as fundações para a construção de um direito internacional, um direito das gentes, o qual vincularia a todas as nações. Para ele, os homens possuem uma vontade natural de viver em comunidade, de forma pacífica, por meio de uma ordem ditada pela razão, que deve ser a fonte do direito³¹. Os seres humanos vão formando pactos entre si, o que vem a constituir a sociedade e o direito. Pactos estes que são realizados tanto internamente, gerando normas nacionais, desde leis até às constituições, quanto externamente, gerando tratados e convenções, e, uma vez firmados, devem ser cumpridos. Obrigação que decorre do próprio direito natural, como afirmavam Vitória e Grotius, e, por consequência, vinculativa de toda a humanidade.

Para Barnabé,

Os Estados são formados por seres humanos e, portanto, também estão sujeitos ao direito natural. Os Estados estão vinculados por regras que foram pactuadas entre si formando uma sociedade internacional. O tratado de Westphalia representou a consolidação das doutrinas de Grotius com a emergência de uma sociedade internacional através da aceitação de regras mínimas para vida social, porém, sem o estabelecimento de uma instituição central ou governo mundial³².

Grotius defende que o direito internacional, embora fruto da obra dos Estados, tem por fundamento igualmente o direito natural. Mas o cerne da tese é que, como refere Ferrajoli, “Grotius, de fato, torna o direito das gentes autônomo não apenas à moral e à teologia, mas também em relação ao direito natural”³³. Embora tanto Vitória quanto Grotius fundem suas teses do direito das gentes no direito natural, existe importante diferença entre o que pensam no que diz respeito ao direito à guerra, pois enquanto para aquele esta apenas estaria legitimada para repelir uma injúria recebida, para este a simples lesão ao direito natural a tornaria

³¹ E fra queste caratteristiche specifiche dell'uomo vi è la ricerca della vita sociale, ossia di una vita in comune – ma non qualsiasi, bensì pacifica e ordinata secondo la norma della propria ragione. (GROZIO, UGO. *Prelegomeni al diritto della guerra e della pace*. 2 ed. Bologna: Nicola Zanichelli Editore, 1961. p. 26-27.

³² BARNABÉ, Gabriel Ribeiro. Hugo Grotius e as relações internacionais: entre o direito e a guerra. *Cadernos de Ética e Filosofia Política*, v. 2, n. 15, p. 30-31. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/cefp/article/view/82606>. Acesso em 04 nov. 2022.

³³ FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fortes, 2002. p. 17.

internacionalmente aceita, o que Ferrajoli vê como um retrocesso, uma vez que Grotius não condiciona o direito à guerra a qualquer agressão³⁴.

É relevante ser frisado que, neste contexto histórico, a soberania externa passa a ser absoluta, sendo cada Estado fonte do direito a regê-la. Estado este que, na definição de Hobbes, é uma criação humana, “pois pela arte é criado o Leviatã chamado de comunidade ou Estado (em latim Civitas) que é apenas um homem artificial”³⁵. Uma vez criado por pactos de muitos indivíduos, formam-se estes homens artificiais que representam a vontade de muitos e, por esta razão, dotado de poderes absolutos. Agora, estes estados artificiais - “em relação ao estado de natureza originário, de que essa nova sociedade selvagem não é mais composta por homens naturais de carne e osso, mas exclusivamente pelos ‘homens artificiais’ construídos por eles”³⁶ - necessitam relacionar-se pacificamente, pois é uma vontade natural da humanidade. No entanto, Kelsen é enfático: “o Estado não é um grupo de indivíduos submissos a um poder organizado. O Estado é uma ordem à ‘autoridade’ à qual os indivíduos são submissos. Seria melhor dizer: cujas normas regulamentam a conduta humana”³⁷. E esta ordem é delimitada espacialmente, no que se acostumou chamar de território. Mas este mesmo autor já chamava a atenção para o fato de que “uma teoria de puro direito interno já não é suficiente para determinar o primeiro dos três (elementos) do Estado, seu território, e que a esse propósito surja inevitavelmente o problema das relações entre o direito interno e o direito internacional”³⁸.

Desta comunhão da vontade de muitos e da necessidade de legitimação e defesa das pessoas, entretanto, é que nasce o estado soberano moderno. A partir daí, duas facetas da soberania se desenvolvem de maneiras opostas, como alerta Ferrajoli: “uma progressiva limitação interna da soberania, no plano do direito estatal, e a de uma progressiva absolutização externa da soberania, no plano do direito internacional”³⁹. Soberania interna vista como o poder supremo do Estado dentro dos limites de seu território e Soberania externa vista como sinônimo de independência, na qual se reconhece a igualdade jurídica dos Estados na ordem internacional⁴⁰.

³⁴ FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fortes, 2002. p. 18.

³⁵ Livre tradução (*for by art is created Leviathan called common-wealth, or state (in latine Civitas) which is but an artificiall man*). HOBBS, Thomas. *Leviathan*. London: Penguin books, 1985. p. 81.

³⁶ FERRAJOLI, Luigi *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fortes, 2002. p. 22.

³⁷ KELSEN, Hans. As relações de sistema entre o direito interno e o direito internacional público. *Revista de Direito Internacional*. Brasília: UniCEUB, v. 8, n. 2, 2011. p. 24.

³⁸ KELSEN, Hans. As relações de sistema entre o direito interno e o direito internacional público. *Revista de Direito Internacional*. Brasília: UniCEUB, v. 8, n. 2, 2011. p. 24.

³⁹ FERRAJOLI, Luigi *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fortes, 2002. p. 27.

⁴⁰ COLOMBO, Silvana. A relativização do conceito de soberania no plano internacional. *Revista Eletrônica do CEJUR*, Curitiba-PR, v. 1, n. 3, ago./dez. 2008. p. 157

Portanto, no âmbito interno, a relação entre os cidadãos e os Estados passa a ser entre dois sujeitos, não ficando mais restrita ao poder ilimitado do soberano, o que decorre da normatização dos direitos humanos, mas também da divisão do poder soberano em poderes independentes e do conseqüente surgimento dos estados de direito e democráticos. Paralelamente a isto, a soberania externa atinge o seu ápice, fomentando as disputas entre Estados por meio de inúmeras guerras, especialmente representadas pelas duas grandes guerras mundiais do século XX. Como aduz Ferrajoli, “o estado de direito, internamente, e o estado absoluto, externamente, crescem juntos como os dois lados da mesma moeda”⁴¹. À medida que internamente o estado de natureza cada vez mais fica afastado, fica ele mais evidente nas relações internacionais.

Esta absolutização da soberania externa, entretanto, traz uma série de conseqüências aos indivíduos, ficando eles restritos ao sistema de proteção de seus Estados, restando sem qualquer punição o próprio ente nacional, quando infrator. Como reflexo disso, não se pensa, ainda, no ser humano como sujeito de direito internacional, pois o monopólio da força é do Estado, não estando sujeito a qualquer interferência externa.

Quanto à soberania interna, já na abertura do livro II, *Do Contrato Social*, em seus capítulos I e II, escrito originalmente em 1762, Jean-Jacques Rousseau, na obra que inaugura o direito político moderno, demonstra toda a força da absolutização da soberania ao intitulá-lo: *Que a soberania é inalienável*. Afirma ele: “nada mais sendo a soberania que o exercício da vontade geral, não pode alienar-se”⁴², assim como “que a soberania é indivisível”⁴³. Por evidente, por ser uma obra datada do século XVIII, a visão da soberania interna é ainda na visão da dicotomia entre soberano e súditos. Entretanto, já alertava Rousseau que

Fica claro que o poder Soberano, por mais que seja totalmente absoluto, sagrado e indivisível, não ultrapassa nem pode ultrapassar os limites das convenções gerais, e que todo homem pode dispor plenamente dos seus bens e da sua liberdade naquilo que foi estipulado por estas convenções; de modo que o Soberano nunca tem direito de sobrecarregar mais um súdito que o outro, uma vez que seu poder não é mais competente, quando o assunto se torna particular⁴⁴.

Em que pese esta visão absolutista interna da soberania na obra clássica de Rousseau,

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fortes, 2002. p. 34-35.

⁴² ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social ou princípios do direito público*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017. p. 33.

⁴³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social ou princípios do direito público*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017. p. 34.

⁴⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social ou princípios do direito público*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017. p. 40.

ele dedica à “lei” o seu capítulo V do livro II, onde reconhece que “são necessárias convenções e leis para unir os direitos aos deveres e conduzir a justiça ao seu objetivo”⁴⁵.

Hans Kelsen traz à luz instigante provocação ao afirmar que o Estado somente seria superior aos indivíduos e grupos de indivíduos que nele estejam englobados, pois ao admitir que existem outros Estados semelhantes e que não estão sujeitos a ele estaria admitindo-se uma “ordem jurídica que os coordena e perante a qual cada um deles não é senão uma ordem parcial delegada”⁴⁶. Diante disto, argumenta que é impossível falar em soberania interna e externa, pois “se existe um ‘exterior’, se existe fora do Estado outro domínio jurídico, então o Estado não pode mais ser soberano”⁴⁷.

Foram necessários dois devastadores confrontos mundiais, já no século XX, para que a soberania absoluta fosse colocada à prova, especialmente a soberania externa. Isso deu margem para a criação da Organização das Nações Unidas, em 1945, e da Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948. Como refere Ferrajoli, “estes dois documentos transformam, ao menos no plano normativo, a ordem jurídica do mundo, levando-o do estado de natureza ao estado civil”⁴⁸. Ou seja, a soberania, até então absoluta, passa a ser subordinada ao direito, especialmente aos Direitos Humanos. Diante disto, o direito à guerra não mais se sustenta em qualquer das premissas erigidas por Vitória ou Grotius.

1.2.1 Da Soberania absoluta à sua relativização

Após o movimento de grupos de pessoas a formar organizações denominadas de Estados, passa-se a reconhecer a existência de uma comunidade universal de pessoas que buscam viver coletivamente, em harmonia e na paz. Diante disso, verifica-se que a soberania absoluta dos entes estatais acaba por trazer sérias dificuldades para que estes objetos da humanidade sejam cumpridos. Até porque, como alerta Habermas,

A globalização do comércio e da comunicação, da produção econômica e sua financeirização, das transferências de tecnologia e de armas e, sobretudo, os riscos ecológicos e militares nos colocam problemas que não podem mais ser resolvidos no interior de um espaço definido em termos de Estado nacional ou pela via habitual de acordo entre Estados soberanos. Salvo engano, o

⁴⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social ou princípios do direito público*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017. p. 44.

⁴⁶ KELSEN, Hans. As relações de sistema entre o direito interno e o direito internacional público. *Revista de Direito Internacional*. Brasília: UniCEUB, Vol. 8, n. 2, 2011. p. 33.

⁴⁷ KELSEN, Hans. As relações de sistema entre o direito interno e o direito internacional público. *Revista de Direito Internacional*. Brasília: UniCEUB, Vol. 8, n. 2, 2011. p. 34.

⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fortes, 2002. p. 39.

esgotamento da soberania definida em termos de Estado nacional vai continuar e tornará necessária a construção e ampliação das capacidades de ação política em um plano supranacional⁴⁹.

No entanto, Emmanuel Kant justificava a inalienabilidade de um Estado pelo simples fato de não ser um patrimônio, mas sim “uma sociedade de seres humanos sobre a qual ninguém além dele mesmo tem de ordenar ou dispor”⁵⁰. Sem ainda cunhar o termo soberania, chama a atenção para o fato de que a união de Estados com a finalidade de tornarem-se mais poderosos significa suprimir sua própria existência, “contradizendo, portanto, a ideia do contrato originário sem a qual não se pode pensar nenhum direito sobre um povo”⁵¹. Já no século XVIII, Kant também alertava que a paz entre seres humanos vivendo próximos não corresponde ao estado natural, mas sim a um constante estado de guerra, pelo que as hostilidades que entre eles existem somente podem deixar de eclodir num conflito por mútuas concessões, “o que só pode acontecer num estado *legal*”⁵². Dizia ele:

Os povos, como estados, podem ser considerados como indivíduos particulares, que em seu estado de natureza (i.e, na independência de leis externas) já se lesam por estarem próximos uns aos outros e cada um, por causa de sua segurança, pode e deve exigir semelhante à constituição civil na qual cada um pode ser assegurado de seu direito. Isso seria uma *liga de povos* que, no entanto, não deveria ser um estado de povos. Pois isso seria uma contradição porque todo Estado contém a relação de um *superior* (legislador) com um *inferior* (o obediente, a saber, o povo).⁵³

Portanto, demonstra Kant, a sua época, a necessidade de reconhecimento e a impossibilidade de colocar povos diferentes sob uma mesma organização estatal, por sua estrutura cultural e de costumes diferentes, o que remete à problemática moderna de Estados soberanos forjados com vários povos culturalmente distintos. Mas não por isto deixa ele de alertar que a própria segurança dos povos somente pode existir se eles saírem do estado de natureza, como fizeram os indivíduos, assim considerados individualmente, formatando também um contrato, ou uma *liga de povos*, como sugere. Da mesma forma que o indivíduo resolveu deixar o estado natural, sujeitando-se a um contrato social, o qual regula e coage as

⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Unesp, 2018. p. 195.

⁵⁰ KANT, Emmanuel. *A paz perpétua: um projeto filosófico*. Tradução e notas de Bruno Cunha. Petrópolis: Vozes, 2020. p. 10.

⁵¹ KANT, Emmanuel. *A paz perpétua: um projeto filosófico*. Tradução e notas de Bruno Cunha. Petrópolis: Vozes, 2020. p. 10-11.

⁵² KANT, Emmanuel. *A paz perpétua: um projeto filosófico*. Tradução e notas de Bruno Cunha. Petrópolis: Vozes, 2020. p. 19.

⁵³ KANT, Emmanuel. *A paz perpétua: um projeto filosófico*. Tradução e notas de Bruno Cunha. Petrópolis: Vozes, 2020. p. 27-28.

peças que atentam contra a própria sociedade organizada em um Estado, as nações formadas por indivíduos que compartilham um mesmo território também devem superar a sua individualidade, em que “cada Estado coloca sua majestade justamente no fato de não ser de modo algum submetido a qualquer coerção legal externa (...)”⁵⁴.

Importante pontuar que, naquele contexto histórico, os conflitos internacionais somente poderiam ser resolvidos pela guerra, onde os Estados buscavam “o seu direito”. Pelo que propunha Kant, em sua tese, por entender que o poder legislativo moral condenaria absolutamente a guerra como meio para o exercício de um direito, que o estado de paz seria um dever imediato, o qual, entretanto, “não pode se instituir e nem ser assegurado sem um contrato dos povos entre si”⁵⁵, ao que denomina como uma “liga de paz”.

Como se pode notar, já há três séculos o renomado filósofo prussiano identificava a necessidade de regulação da soberania dos Estados, a qual não pode ser absoluta. Especialmente por ser ela reiteradamente utilizada como justificativa para o exercício da guerra na solução de conflitos entre nações. Regulação esta que, na concepção de Kant, não visa subtrair poderes do Estado, senão conservar a garantia de liberdade dos povos.

Assim como o povo une-se em países, promulgando uma carta superior a reger todas as relações sociais na busca de pacificação de naturais animosidades oriundas de um convívio em comunidade, os Estados devem mover-se para que a pacificação das relações humanas ultrapasse as barreiras físicas convencionadas. Ou como refere Kant:

Aos estados, em sua relação recíproca, não pode ser concedido nenhum outro meio, segundo a razão, de saírem do estado sem lei, que não contém nada além da guerra, do que se acomodar a leis coercitivas públicas – assim como os seres humanos individuais renunciaram a sua liberdade (sem lei) – e então formar um (sempre de fato crescente) Estado de povos (*civitas gentium*) que abarcaria em última instância todos os povos da terra⁵⁶.

A ponderação filosófica inaugurada por Emmanuel Kant no ano de 1795 preocupou-se, também, com as inter-relações entre os povos, mesmo quando separados por lugares inóspitos como os mares e desertos, pois aqueles poderiam ser atravessados por navios e estes por camelos. Obviamente, por mais visionário que fora este filósofo, não teria como minimamente imaginar estas inter-relações humanas sendo operadas em frações de segundos, a distância e

⁵⁴ KANT, Emmanuel. *A paz perpétua: um projeto filosófico*. Tradução e notas de Bruno Cunha. Petrópolis: Vozes, 2020. p. 28-29.

⁵⁵ KANT, Emmanuel. *A paz perpétua: um projeto filosófico*. Tradução e notas de Bruno Cunha. Petrópolis: Vozes, 2020. p. 32.

⁵⁶ KANT, Emmanuel. *A paz perpétua: um projeto filosófico*. Tradução e notas de Bruno Cunha. Petrópolis: Vozes, 2020. p. 34.

entre países até continentalmente separados. Entretanto, em que pese bem menos complexas, as preocupações de outrora persistem, pois o debate sobre a confecção de uma “constituição cosmopolita”, como lá sugerida⁵⁷, segue sendo atual:

Uma vez que agora, com o estabelecimento consistente de uma comunidade (mais estrita ou mais ampla) entre os povos da Terra, chegou-se tão longe que a violação do direito em um lugar da Terra é sentida em todos, então a ideia de um direito cosmopolita não é um modo fantástico e exagerado de representação do direito, mas um complemento necessário do código não escrito, tanto do direito do Estado quanto do direito das gentes, para o direito público dos seres humanos e assim para a paz perpétua da qual, apenas sob essa condição, podemos nos lisonjear de nos encontrarmos em uma contínua aproximação⁵⁸.

Notadamente, o texto parece dirigir-se aos tempos atuais, na medida em que mais do que nunca qualquer ação humana impacta imediatamente para além-fronteiras.

Este tema é retomado por Hans Kelsen no século XX, quando na obra “A paz por meio do Direito”, de 1946, relembra:

La guerra es un esesinato en masa, la mayor desgracia de nuestra cultura, y que asegura la paz mundial es nuestra tarea política principal, una tarea mucho más importante que la decisión entre la democracia y la autocracia, o el capitalismo y el socialismo; pues no es posible un progreso social esencial mientras no se cree una organización internacional mediante la cual se evite efectivamente la guerra entre las naciones de esta Tierra⁵⁹.

Esta fala de Kelsen coincide praticamente com a criação Organização das Nações Unidas, que é de 1945, no período pós Segunda Guerra Mundial.

É necessário se ter em mente que a “pacificação nacional”, como refere Kelsen, somente foi alcançada, como referido, quando os indivíduos delegaram a utilização da força coercitiva para um ente centralizado, pelo menos enquanto seguirem os Estados organizados dentro da sua estrutura social. No entanto, na busca da “paz internacional”, que notadamente visa a impedir a guerra entre países, sugere Kelsen a necessidade de que se unam os Estados individuais, ou pelo menos a grande parte deles, numa espécie de Estado mundial, constituído por um governo mundial, regido por leis editadas por um parlamento mundial, reconhecendo

⁵⁷ KANT, Emmanuel. *A paz perpétua: um projeto filosófico*. Tradução e notas de Bruno Cunha. Petrópolis: Vozes, 2020. p. 36.

⁵⁸ KANT, Emmanuel. *A paz perpétua: um projeto filosófico*. Tradução e notas de Bruno Cunha. Petrópolis: Vozes, 2020. p. 40.

⁵⁹ KELSEN, Hans. *La paz por medio del derecho*. Tradução de Luis Echavarrí. Buenos Aires: Lousada, 1946. p. 22.

que, para tanto, os Estados até então soberanos no direito internacional teriam que se submeter aos termos definidos numa “constituição federal” (federal em termos de Estados federados)⁶⁰.

Fica evidente a analogia buscada na pacificação social dos Estados internamente para que se alcance, da mesma forma, a pacificação internacional. Entretanto, há que se reparar para o fato de que a própria paz nacional deixou de ser vista simplesmente como o momento em que os indivíduos realizam um contrato para fins de perpetrar a pacificação, mas sim como o momento em que um grupo mais forte subjuga outro o qual é impelido a aceitar o Estado que se forma. Por isto é que Kelsen chama a atenção para o fato de que a paz mundial somente pode partir, pensada de uma federação de Estados, por imposição de uma grande potência⁶¹. Refere ele:

Si la paz mundial sólo puede ser asegurada mediante un Estado Mundial, la creencia en la posibilidad de establecer un Estado semejante por medio de un tratado internacional concluído por gobiernos independientes es, según la teoría de la fuerza, tan equivocada como la doctrina del derecho natural de que el Estado nacional ha sido creado por el acuerdo voluntario de individuos convencidos por su perspicacia razonable de las ventajas de una calaboración pacífica bajo una autoridad a la que se confiere el monopolio de la fuerza⁶².

Evidentemente, e a História nos demonstra até hoje em dia isto, mesmo que se considerasse como verdadeira tão somente a hipótese de construção dos Estados por meio da força, da imposição do mais forte sobre o mais fraco, a manutenção desta união somente seria possível, no decorrer do tempo, por meio de gradativas construções de consensos mínimos de convívio social. No que diz respeito à pacificação internacional, neste aspecto, nada parece ser muito diferente, pois mesmo existindo uma organização internacional responsável pela manutenção da paz, ela somente se legitimará pela construção paulatina de uma ordem jurídica internacional da mesma forma.

Portanto, consensos sempre precisarão ser o objetivo para a pacificação social, mesmo na escala entre Estados. E é a partir do consenso internacional representado pelo sistema internacional de direitos humanos, como defende Bobbio, que

Podemos ter a certeza histórica de que a humanidade - toda a humanidade - partilha alguns valores comuns; e podemos, finalmente, crer na universalidade dos valores, no único sentido em que tal crença é historicamente legítima, ou

⁶⁰ KELSEN, Hans. *La paz por medio del derecho*. Tradução de Luis Echavarri. Buenos Aires: Lousada, 1946. p. 29.

⁶¹ KELSEN, Hans. *La paz por medio del derecho*. Tradução de Luis Echavarri. Buenos Aires: Lousada, 1946. p. 31.

⁶² KELSEN, Hans. *La paz por medio del derecho*. Tradução de Luis Echavarri. Buenos Aires: Lousada, 1946. p. 31-32.

seja, no sentido em que universal significa não algo objetivamente, mas algo subjetivamente acolhido pelo universo dos homens⁶³.

A partir disso é que se percebe a necessidade de que a soberania seja repensada e relativizada, processo que aparentemente se iniciou com os pactos internacionais entre nações, mas que se desenvolvem de uma forma não linear na história da humanidade.

Diante disso, a defesa da soberania como por muito tempo feita pelos Estados não mais tem espaço no mundo atual, pois como alerta Ramos, “eventual alegação de ‘competência exclusiva dos Estados’ ou mesmo de ‘violação da sagrada soberania estatal’ no domínio da proteção dos direitos humanos encontra-se ultrapassada, após anos de aquiescência pelos Estados da normatização internacional sobre a matéria”⁶⁴. Até porque o Estado está no pleno exercício de sua soberania quando adere a um acordo internacional. Além do que, como refere Guerra, “outra consequência relevante da internacionalização desses direitos relaciona-se à soberania dos Estados, cuja noção vai sendo alterada de forma sistemática, ou seja, os direitos humanos deixam de pertencer à jurisdição doméstica ou ao domínio reservado dos Estados”⁶⁵.

Também não se deve olvidar de que, a partir do momento em que o indivíduo passa a ser sujeito de direito, a base de sua relação com o Estado reside na solidariedade e não mais na soberania, como defende Cançado Trindade, pois, como afirmou, “o reconhecimento, em nossos dias, de princípio da jurisdição universal, assim como o exercício da garantia coletiva exercida pelos Estados, partes nos tratados de direitos humanos, revela o novo primado da *razão de humanidade* sobre a razão do Estado”⁶⁶.

Existe, nas Américas, por sua vez, um sistema complexo que entrelaça o mundo jurídico nacional e internacional a formar uma espécie de norma superior integrativa destes dois mundos, uma *Constituição Transnacional Interamericana de Direito Humanos*⁶⁷, configurada por elementos jurídicos internos e elementos jurídicos internacionais, aqueles formados pelas normas nacionais e pelas decisões judiciais pelo Poder Judiciário nacional e estes pelas normas editadas pelo Sistema Americano de Direitos Humanos e decisões e opiniões consultivas

⁶³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 6ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 28.

⁶⁴ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 122.

⁶⁵ GUERRA, Sidney. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Grande Editora, 2023. p. 386.

⁶⁶ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Os tribunais internacionais e a realização da justiça*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 337.

⁶⁷ Conceito trazido por Fernando Antônio de Lima, o qual ainda refere que “a Constituição Transnacional Interamericana de Direitos Humanos é composta não apenas pela Convenção Americana, mas por todo um arcabouço jurídico-normativo internacional e, até mesmo, nacional de proteção aos direitos humanos. (LIMA, Fernando Antônio de. *Curso de Hermenêutica dos Direitos Humanos*. São Paulo: JusPodivm, 2024. p. 275-276.

emanadas da Corte IDH, na proposta formulada por Lima⁶⁸.

É ainda necessário se ter consciência de que o Estado-Nação existe em razão do ser humano e não o contrário. Razão pela qual “a soberania, como atributo fundamental do conceito de Estado-Nação, deve ser considerada a partir de sua concepção instrumental, apta a justificar o exercício de poder, desde que reverbere a autodeterminação do ser humano como elemento central de sua própria natureza conceitual”⁶⁹. Ademais, como preceitua Cançado Trindade, “a base das relações entre o Estado e os indivíduos sob sua jurisdição, assim como das relações dos Estados entre si, reside na solidariedade humana e não na soberania estatal”⁷⁰.

Embora os Estados estejam cada vez presentes nos acordos internacionais de Direitos Humanos, isto não quer dizer que a barreira da soberania esteja superada, em que pese se note uma nítida evolução, tendo como exemplo a assunção do particular ao posto de titular de direito internacional, por voluntária concessão dos Estados, dele não necessitando qualquer movimento para o indivíduo ver reconhecidos seus direitos na comunidade internacional.

É por meio da relativização da soberania que os Estados, por seus juízes, passam a ter protagonismo, pois se colocam em diálogo com os sistemas regionais de Direitos Humanos. Os juízes nacionais, portanto, não estão mais limitados aos ordenamentos jurídicos internos, podendo, e devendo, levar sempre em consideração as decisões tomadas na comunidade internacional, especialmente por suas Cortes.

A soberania interna não pode mais limitar os magistrados nacionais, portanto. Isto não quer dizer que os Estados Constitucionais estejam em declínio, como referem Fachin e Silva, pois inexistente outro modelo político eficiente a substituí-lo, mas, na atualidade, é necessário que “exista, por parte do Estado-Nação, algum esforço no sentido de uma autorreflexão contínua, não mais considerando a legitimidade pela força de seus exércitos, mas a força de suas pautas culturais e institucionais influenciadoras de práticas genuinamente pluralistas e extraterritorializadas”⁷¹.

⁶⁸ LIMA, Fernando Antônio de. *Curso de Hermenêutica dos Direitos Humanos*. São Paulo: JusPodivm, 2024. p. 47.

⁶⁹ FACHIN, Luiz edson; SILVA, Christine Peter da. Controle de convencionalidade na jurisprudência do STF: excerto de uma década. In.: OSORIO, Aline; MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luana Van Brussel (coords.) *Direitos e Democracia. 10 anos do Ministro Luiz Roberto Barros no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 88.

⁷⁰ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Os tribunais internacionais e a realização da justiça*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 337.

⁷¹ FACHIN, Luiz edson; SILVA, Christine Peter da. Controle de convencionalidade na jurisprudência do STF: excerto de uma década. In.: OSORIO, Aline; MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luana Van Brussel (coords.) *Direitos e Democracia. 10 anos do Ministro Luiz Roberto Barros no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 89.

1.2.2 O indivíduo como sujeito de direito internacional e a soberania do século XXI

Como se vem verificando, embora notadamente exista um movimento de relativização da soberania estatal, a relação entre a ordem interna e a ordem internacional ainda é fortemente limitada por ela. Entretanto, não há como negar que o princípio da soberania vive uma crise em pleno século XXI, pois como refere Ferrajoli,

Sua crise (...) começa justamente, tanto na sua dimensão interna quanto naquela externa, no mesmo momento em que a soberania entra em contato com o direito, dado que ela é a negação deste, assim como o direito é a sua negação. E isso uma vez que a soberania é a ausência de limites e de regras, ou seja, é o contrário daquilo em que o direito consiste⁷².

A passagem do estado de natureza para o estado de direito internacional teve seu grande impulso com o final da segunda guerra mundial, especialmente com a edição da Carta da ONU, em 1945, como já mencionado. É necessário sempre reforçar que a partir daí uma série de documentos em defesa dos Direitos Humanos passou a ser editada, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, no âmbito global, e a Convenção Americana dos Direitos Humanos, de 1969, no âmbito regional das Américas. Com isto, a soberania externa, até então em sua plenitude, também passa a ser subordinada ao direito. Ainda, nas palavras de Ferrajoli:

A soberania, que já se havia esvaziado até o ponto de dissolver-se na sua dimensão interna com o desenvolvimento do estado constitucional de direito, se esvanece também em sua dimensão externa na presença de um sistema de normas internacionais caracterizáveis como *ius cogens*, ou seja, como direito imediatamente vinculador para os Estados-membros⁷³.

Esta nova formatação da relação internacional e de relativização da soberania externa traz consigo um elemento inovador e inédito, pois passam não apenas os Estados a ser sujeitos de direito internacional, mas também, e principalmente, o indivíduo. Até porque, como refere Guerra:

O direito internacional contemporâneo já não tem apenas a função clássica de regular as relações entre os Estados soberanos, mas, sim, procura atuar no desenvolvimento da sociedade internacional, que contempla vários novos atores, a própria inserção do indivíduo no campo internacional onde há um

⁷² FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fortes, 2002. p. 44.

⁷³ FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fortes, 2002. p. 41.

grande desenvolvimento da ordem jurídica internacional e a interna⁷⁴.

A união entre nações, seja ela por motivos econômicos ou sociais, passa a ser uma constante em todos os continentes, inaugurando uma nova ordem mundial, que vem a impactar de forma definitiva nas relações entre Estados, e, por consequência, nos seus particulares.

Estes pactos surgem, inicialmente, para regulamentar as relações entre países com vista a criar uma rede de cooperação que possibilite o crescimento coletivo. Isto porque, como refere Del’Olmo,

As normas jurídicas internacionais, ainda que se dirijam à harmonia e ao bem-estar dos povos – e do indivíduo, como tal – têm o Estado como seu destinatário imediato. E o Estado foi por muito tempo apresentado como o sujeito mais importante, e por épocas o único, do Direito Internacional. Trata-se da pessoa internacional nata e primeira⁷⁵.

Refere Mello que os autores clássicos do Direito Internacional “sempre admitiram a personalidade internacional do homem”⁷⁶, por influência do Direito Natural, sendo que a partir do século XX é que se iniciou a contestar a subjetividade do particular, quando “predomina a soberania absoluta do Estado”⁷⁷. Cançado Trindade remete ao que denomina de “positivismo jurídico estatal” a exclusão do indivíduo deste processo⁷⁸, o que, segundo ele, não mais se justifica pela aspiração humana de “construção de um ordenamento internacional aplicável tanto aos Estados (e organizações internacionais), quanto aos indivíduos, consoante certos padrões universais de justiça”⁷⁹.

Portanto, inicialmente todo o sistema advindo de acordos internacionais era visto de forma a obrigar tão somente os Estados-partes, tendo eles deveres e direitos em decorrência das obrigações assumidas pela assinatura do respectivo pacto⁸⁰. Ou seja, o particular, neste

⁷⁴ GUERRA, Sidney. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Grande Editora, 2023. p. 356.

⁷⁵ DEL’OLMO, Florisbal de Souza. A subjetividade internacional do ser humano: algumas reflexões. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; PEREIRA, Antônio Celso Alves (orgs.). *Novas Perspectivas do direito internacional contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 691.

⁷⁶ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 808.

⁷⁷ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 808-809.

⁷⁸ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A personalidade e capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito de direito internacional. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. v. 3. n. 3, 2002. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cançadotrindade/cançado_acesso.html. Acesso em 22 fev. 2017. p. 5.

⁷⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A personalidade e capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito de direito internacional. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. v. 3. n. 3, 2002. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cançadotrindade/cançado_acesso.html. Acesso em 22 fev. 2017. p. 6.

⁸⁰ Del’Olmo argumenta que a negação do particular como sujeito de direito internacional parte da *teoria dualista*,

momento histórico, ficava à margem de todo o processo, incumbindo ao Estado, do qual era natural, qualquer movimento no sentido de assegurar-lhe direitos. Era ato discricionário e exclusivo do Estado. Ao particular, portanto, restava, tão somente, buscar a proteção diplomática por meio do Estado de sua nacionalidade ou utilizar o sistema jurisdicional interno.

No entanto, ainda no século XX surge uma investida contra este monopólio do Estado, quando se inicia o processo de consideração do particular como titular de direito internacional. Como aduz Sousa, “infere-se que a tendência, realmente, é a de ser cada vez mais atribuído ao indivíduo *o locus standi* no cenário mundial, a partir da capacidade postulatória que lhe é conferida, em se tratando da tutela dos direitos humanos, nos planos global e regional”⁸¹. E isto irradia-se aos demais acordos, mesmo que não tratem, necessariamente, de direitos humanos.

Fora exatamente em razão deste novo fenômeno do direito internacional, ou seja, da percepção do particular como sujeito de direito internacional, que se iniciou um processo de classificação destes sujeitos, sendo que, obviamente, as mais diversificadas surgiram, refletindo, assim, o presente dissenso doutrinário sobre a matéria. Uma série de teorias contrárias e favoráveis ao subjetivismo internacional do particular foram elaboradas, desde as que o consideram apenas como objeto de direito internacional, até as que o veem como dotado de subjetivismo exclusivo⁸².

Russomano sintetizou em quatro as teorias concernentes à discussão sobre a condição do particular perante o Direito Internacional Público: a) a teoria que nega a condição de sujeito de direito internacional do indivíduo, teoria esta creditada a Triepel e Anzilotti; b) a teoria que, embora negando a condição de sujeito de direito do particular, em casos excepcionais, a eles confere o exercício de direitos e a imposição de obrigações externas; c) a teoria exposta por Duguit, Scelle e Politis, que preconiza que apenas os indivíduos podem ser sujeitos de direito, tendo em vista que o Estado é apenas uma ficção, uma “pessoa coletiva”; e d) a teoria que põe o particular junto com o Estado e as Organizações Internacionais como sujeito de direito internacional⁸³.

a qual entende haver duas ordens jurídicas distintas, uma que regula a relação entre os Estados, que é o Direito Internacional, e outra que regula as relações individuais, que é o Direito Interno. No entanto, em oposição a esta, defende a *teoria individualista* ser a pessoa humana o único sujeito de direito internacional, regulando tanto as relações entre Estados quanto as individuais, pois é o indivíduo o destinatário de toda a criação jurídica, sendo o Estado uma ficção jurídica criada pelo próprio homem (DEL’OLMO, Florisbal de Souza. A subjetividade internacional do ser humano: algumas reflexões. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; PEREIRA, Antônio Celso Alves (orgs.). *Novas Perspectivas do direito internacional contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 692).

⁸¹ SOUSA, Denise Silva de. *O Indivíduo como sujeito de Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 58.

⁸² SOUSA, Denise Silva de. *O Indivíduo como sujeito de Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 48.

⁸³ RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1989.

De qualquer forma, não há como afastar o particular deste processo, pois, uma vez cidadão, passa a ser diretamente regulado pelos compromissos internacionais assumidos pelo Estado do qual seja natural, tendo deveres e direitos oriundos da norma internacional que deles decorrem. Entretanto, a atenção dada ao particular é fenômeno recente, sendo que, como alerta Sousa,

As últimas décadas do século XX proporcionaram importantes transformações no Direito Internacional, criando condições mais favoráveis aos indivíduos no plano internacional, principalmente a partir da preocupação com interesses que transcendem os Estados, como o são os relacionados aos direitos humanos⁸⁴.

A inserção do particular no plano da capacidade processual internacional, uma vez sendo titular de direitos internacionais, é, como refere Cançado Trindade, uma verdadeira revolução jurídica, que “vem enfim dar um conteúdo ético tanto às normas de direito público interno como do direito internacional”⁸⁵.

Com a ascensão do particular a esta condição, de sujeito de direito internacional, corrige-se uma das maiores dificuldades impostas pelo sistema que via apenas nos Estados a legitimação para figurar em processos internacionais, que consistia no fato de os Estados figurarem como demandados e juízes, assim como, quando apontados como infratores, tendo por vítima um nacional seu, serem autores e réus ao mesmo tempo.

Para Cançado Trindade,

Tal reconhecimento do indivíduo como sujeito de direitos também no plano do direito internacional acarreta uma clara rejeição dos velhos dogmas positivistas, desacreditados e insustentáveis, do dualismo de sujeitos nos ordenamentos interno e internacional, e da vontade dos Estados como fonte exclusiva do direito internacional⁸⁶.

Além disso, como adverte Russomano, esta condição do particular não mais poderia continuar sendo objeto de dissenso a partir do momento em que o Tribunal de Nuremberg processa e condena indivíduos por crimes contra a paz, crimes de guerra ou contra a

p. 183-184.

⁸⁴ SOUSA, Denise Silva de. *O Indivíduo como sujeito de Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 47.

⁸⁵ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A personalidade e capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito de direito internacional. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. v. 3. n. 3, 2002. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cançado_acesso.html. Acesso em 22 fev. 2017. p. 6.

⁸⁶ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A personalidade e capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito de direito internacional. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. v. 3. n. 3, 2002. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cançado_acesso.html. Acesso em 22 fev. 2017. p. 7.

humanidade, “sem qualquer consideração quanto a sua nacionalidade, isto é, independentemente de quaisquer vínculos que os ligasse a este ou àquele Estado”⁸⁷.

No plano dos direitos humanos, como assevera Cançado Trindade⁸⁸, em caso de sua violação, justifica-se plenamente o *acesso direto* do indivíduo à jurisdição internacional, para fazer valer direitos, inclusive contra o próprio Estado, do qual é natural. Isto porque, nas palavras do ex-juiz da Corte IDH e da Corte Internacional de Justiça, “a personalidade jurídica internacional do ser humano se cristalizou como um limite ao arbítrio do poder estatal”⁸⁹. Ou seja, mesmo tendo decorrido dos direitos humanos, a capacidade internacional do particular, hoje em dia, tende a irradiar-se a todos os tipos de acordos entre nações. Até porque, “não se pode negar a personalidade internacional do indivíduo. Admiti-la é se enquadrar em uma das mais modernas tendências do DIP: a sua democratização”⁹⁰, como refere Mello. Portanto, Estado e indivíduo possuem capacidade jurídica internacional, sendo apenas de se observar que estes as detêm de forma bem mais limitada do que os Estados.

Diante disso, pode-se concluir que a posição que defende serem sujeitos de direito internacional os Estados, as Organizações Internacionais e os particulares apresenta-se como a mais adequada, bem como é fortemente defendida por doutrinadores como Mello e Cançado Trindade. Fato este que, sem dúvidas, também põe à prova a soberania em pleno século XXI, pois antes disto seria inimaginável a hipótese de um particular poder ingressar numa corte internacional contra o próprio país do qual é nacional.

Mas, em que pese a crescente adesão dos Estados a estes acordos afetos aos direitos humanos, convém lembrar, como refere Ferrajoli, que “a parábola da soberania está bem longe ser concluída. Mesmo a Organização das Nações Unidas, não obstante sua inspiração e sua aspiração universalista, continua, não só no plano factual, mas também no plano jurídico, a ser

⁸⁷ RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1989. p. 184.

⁸⁸ Este autor, inclusive, assevera que o indivíduo, hoje em dia, nos sistemas europeu e interamericano de Direitos Humanos, são detentores não só de personalidade jurídica, mas também de capacidade processual perante Cortes e Tribunais internacionais (*locus standi in judicio*). CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A pessoa humana como sujeito de Direito Internacional: A experiência da corte interamericana de Direitos Humanos. In. DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; PEREIRA, Antônio Celso Alves (orgs.). *Novas Perspectivas do direito internacional contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 502.

⁸⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A pessoa humana como sujeito de Direito Internacional: A experiência da corte interamericana de Direitos Humanos. In. DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; PEREIRA, Antônio Celso Alves (orgs.). *Novas Perspectivas do direito internacional contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 504.

⁹⁰ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 809.

condicionada pelo princípio da soberania dos Estados”⁹¹. Não se pode deixar de reconhecer todo o esforço da comunidade internacional no fortalecimento dos sistemas supraestatais e das cortes criadas para fiscalização e aplicação do direito convencional, mas também é necessário ser reconhecido o grande déficit de cumprimento dos acordos e, especialmente, das decisões exaradas pelos organismos internacionais, os quais acabam sempre permanecendo no âmbito da declaração do direito ou da infração perpetrada pelo Estado, mas sem mecanismos efetivos de cumprimento do que lá fora declarado e determinado. Ou seja, superada a omissão do direito internacional é necessário se pensar como superar a sua impotência.

Isto põe não só a comunidade internacional a pensar esta relação sempre cheia de pré-conceitos advindos do princípio da soberania estatal, mas também o papel dos operadores nacionais do direito. A soberania absoluta fundada na necessidade de defesa contra inimigos vizinhos não mais se justifica, sendo que, contrariamente, os Estados passaram a depender mutuamente um do outro pela globalização das relações e da economia, bem como os particulares ganharam protagonismo internacional, independentemente de qualquer ação dos Estados dos quais sejam cidadãos quando buscam ver reconhecidos e respeitados direitos decorrentes da sua condição humana.

Portanto, resta claro que o indivíduo, agora sujeito de direito internacional, tendo, inclusive, Cortes Internacionais a socorrer suas pretensões, atinge seriamente a soberania dos Estados, pois estes deliberadamente abrem mão de parte dela, relativizando-a.

Diante disso, como referem Fachin e Silva,

É possível falar em uma soberania cidadã, focada na autodeterminação do ser humano, que conduz, no âmbito da sociedade internacional, a ações dirigidas pela vontade dos cidadãos, abandonando-se a vetusta visão do Estado-Nação independente, para abraçar a soberania como diretriz de políticas públicas pautadas na autodeterminação de cidadãos livres e iguais, sujeitos de direitos humanos protegidos tanto na ordem jurídica nacional, quanto pelas ordens internacional e supranacional⁹².

Mas este processo não é abrupto, pois oriundo de uma transformação social internacional que nasce no constitucionalismo, quando as Constituições nacionais passam a reconhecer e inserir em seus textos os direitos fundamentais do homem. Para tanto, Cortes nacionais são criadas com a tarefa de garantir esta nova ordem mundial documentada. E isto

⁹¹ FERRAJOLI, Luigi *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fortes, 2002. p. 42.

⁹² FACHIN, Luiz edson; SILVA, Christine Peter da. Controle de convencionalidade na jurisprudência do STF: excerto de uma década. In.: OSORIO, Aline; MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luana Van Brussel (coords.) *Direitos e Democracia. 10 anos do Ministro Luiz Roberto Barros no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 89.

não é tudo, pois as cartas fundamentais dos países também passam a prever cláusulas de abertura para o direito internacional, especialmente no tema dos direitos humanos.

1.3 O Fenômeno do Constitucionalismo e o Direito Internacional dos Direitos Humanos

A abertura do direito internacional para o indivíduo notadamente é um passo dado em direção da relativização da soberania, pois, como visto, esses passam a ter protagonismo nos sistemas internacionais independentemente da vontade estatal. Especialmente quando se trata do tema dos direitos humanos.

No entanto, este caminho fora trilhado por uma gradativa evolução social inaugurada pelo fenômeno do constitucionalismo. A compreensão deste fenômeno se faz necessária para que se possa evoluir, no capítulo seguinte, ao que modernamente se denomina de transconstitucionalismos, e que possui próxima ligação com o papel do magistrado nesta integração entre sistemas nacionais e internacionais.

No Estado medieval, os pactos de poder eram essencialmente particularizados entre a monarquia e a nobreza, por vezes, com parcela da burguesia, o que somente passa a mudar com o Estado moderno, onde se começa a testemunhar a edição de constituições universais, garantindo a todos os direitos fundamentais. Constituições estas que, na era moderna, possuem íntima ligação com os movimentos revolucionários do século XVIII⁹³.

No entanto, como aponta Neves, o “surgimento do Estado moderno não significa ainda o advento do constitucionalismo. (...) O que surgia como novo era a tendência à superação dos fundamentos sacros do poder, a saber, a dessacralização do direito”⁹⁴. É por meio de um movimento que tenta dar respostas aos grandes problemas jurídico-políticos que surge o constitucionalismo, ou vários constitucionalismos (inglês, americano, francês), como refere Canotilho, pelo que “será preferível dizer que existem diversos *movimentos constitucionais* com corações nacionais, mas também com alguns momentos de complexa tessitura histórico-cultural”⁹⁵.

Movimento que surge exatamente para que a dignidade de todo ser humano passasse a ser respeitada dentro do próprio Estado do qual é cidadão. Até porque, “a constituição em

⁹³ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 53.

⁹⁴ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 17.

⁹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7ª Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2000. p. 51.

sentido moderno pretendeu (...) radicar duas ideias básicas: (1) ordenar, fundar e limitar o poder político; (2) reconhecer e garantir os direitos e liberdades do indivíduo”⁹⁶.

No conceito do renomado autor:

*Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*⁹⁷.

É no século XIII que pela primeira vez identifica-se o início da regulação do poder pelo direito, deixando de ser absoluto. E, como alerta Nußberger, “quem quiser entender o que são direitos humanos e de onde vem a virulência com que eles podem mudar sociedades precisa voltar seu olhar para a Inglaterra medieval do século XIII”⁹⁸.

A Carta Magna Libertatum, assinada pelo Rei João, em 1215, surge como um primeiro documento a limitar o poder absoluto monárquico inglês, pois nasce como uma tentativa de trazer paz ao conflito entre a nobreza, mais especificamente entre os barões ingleses e o rei, o qual os havia taxado com a finalidade de financiar mais guerras na busca de conquistas territoriais. Ou seja, por este documento reconhecia-se que o poder do rei também estaria sujeito à lei, disto decorrendo limitações ao próprio Estado e à preservação de direitos humanos fundamentais, pois nela se previa que

Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país⁹⁹.

Cabe ainda referir que nesta mesma carta fora prevista a criação de um conselho integrado por 25 barões livremente por eles escolhidos, “incumbidos de defender e observar e mandar observar a paz e as liberdades por nós reconhecidas e confirmadas pela presente Carta”¹⁰⁰, sendo que em caso de qualquer infração aos direitos e liberdades previstas na carta

⁹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7ª Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2000. p. 51.

⁹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7ª Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2000. p. 51.

⁹⁸ NUßBERGER, Angelika. *Os Direitos Humanos: história, filosofia, conflitos*. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2022. p. 18.

⁹⁹ Disponível em: http://www.historia.seed.pr.gov.br/arquivos/File/fontes%20historicas/magna_carta.pdf. Acesso em 12 nov..22.

¹⁰⁰ Disponível em: http://www.historia.seed.pr.gov.br/arquivos/File/fontes%20historicas/magna_carta.pdf. Acesso

poderiam ser levados os fatos ao conhecimento de quatro destes vinte e cinco barões para que postulassem as reparações junto ao rei, o qual teria quarenta dias para solucionar, sob pena de legitimar-se a tomada de seus castelos, terras e propriedades.

Esta carta deu origem ao constitucionalismo inglês, como defende Nußberger¹⁰¹, sendo que um século e meio após, em 1368, fora editada lei dizendo que todo ato jurídico que contrariasse a Carta seria nulo. Até este período, entretanto, a luta era por autonomia de “esferas sociais”, não significando uma emancipação entre o direito e o poder dominante, o que somente veio a ocorrer com o constitucionalismo revolucionário dos fins dos séculos XVIII¹⁰².

Mas fora com a Constituição belga de 1831, a qual segue em vigor, embora bastante alterada em 1994, que se iniciou a pensar na unicidade que esta deve ter com os direitos humanos, sendo que sua previsão no corpo das constituições seguiu com a Constituição suíça de 1848 e com a da Alemanha de 1849. No entanto, como refere Nußberger¹⁰³, “também no início do século XX, a garantia de direitos fundamentais e humanos ainda era vinculada a um espírito revolucionário. Sem a voz bem alta das ruas, essas exigências não podiam ser implementadas”. Ou seja, tudo não passava de um belo texto constitucionalizado, mas de difícil aceitação pelos governantes e tribunais da época.

Entretanto, como refere Sarlet, é necessário se perceber “de que a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem”¹⁰⁴. Diante disso, passam os direitos fundamentais a limitar o poder do Estado. E, com isto, o que também se precisa ter consciência é de que o constitucionalismo “consagrou aquilo que se costuma denominar de primeira geração ou dimensão dos direitos fundamentais, direitos voltados a assegurar ao cidadão uma esfera livre de agir”¹⁰⁵.

A primeira geração ou dimensão dos direitos fundamentais surge exatamente com o reconhecimento de seu *status* constitucional¹⁰⁶, e como direitos de defesa do indivíduo contra

em 12 nov. 22.

¹⁰¹ NUßBERGER, Angelika. *Os Direitos Humanos: história, filosofia, conflitos*. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2022. p. 19.

¹⁰² NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 22-23.

¹⁰³ NUßBERGER, Angelika. *Os Direitos Humanos: história, filosofia, conflitos*. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2022. p. 30-31.

¹⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. 13. Ed. p. 36.

¹⁰⁵ DUQUE, Marcelo Schenk. A evolução do constitucionalismo e a noção do contrato como ponto de encontro de direitos fundamentais. In.: JAEGER JUNIOR, Augusto; MARTINI, Sandra Reguna; REVERBEL, Carlos Eduardo Diener. *Movimento entre os saberes: a transdisciplinaridade e o direito*. Porto Alegre: RJR, 2017. p. 517.

¹⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. 13.

o Estado, de cunho negativo, portanto. Sob o impacto da industrialização e dos graves problemas sociais, no século XIX, surgem os direitos fundamentais de segunda dimensão a exigir do Estado uma atitude positiva, de garantia de justiça social, como o direito ao trabalho, à saúde, à educação, embora também aqui surjam os direitos denominados “liberdades sociais”, como o direito à sindicalização e à greve, como assevera Sarlet¹⁰⁷. A terceira dimensão dos direitos fundamentais chega para tirar o indivíduo como seu único titular, destinando a proteção aos grupos humanos, como família, povo, nação, ou seja, de titularidade coletiva ou difusa, pelo que também são denominados como direitos de fraternidade ou de solidariedade. Com relação a eles, entretanto, é necessário se ter ciência de que, como refere Sarlet, “não encontrou seu reconhecimento na seara do direito constitucional, estando, por outro lado, em fase de consagração no âmbito do direito internacional, do que dá conta um grande número de tratados e outros documentos transnacionais nessa seara”¹⁰⁸. Não se aprofundará, aqui, na tese da existência de direitos fundamentais de quarta ou até quinta dimensão, pois, como refere Sarlet¹⁰⁹, não encontram respaldo, ainda, tanto na esfera constitucional, quanto na esfera do direito internacional¹¹⁰.

A realidade é de que pouco se avançou até o século XX em efetivação dos direitos humanos, embora previstos em Cartas Constitucionais. Entretanto, com a Segunda Guerra Mundial, os direitos humanos, ao mesmo tempo em que vivenciaram um dos seus períodos mais tristes e devastadores, passam a se configurar em valores universais a proteger todos os seres humanos e oponíveis a quem quer que os venha a violar, tendo por apogeu a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Surge o que veio a ser denominado de neo-constitucionalismo e “gracias a el, la constitución refuerza su papel fundamental en el senso del ordenamiento jurídico y, con ella, los derechos humanos y los jueces constitucionales”¹¹¹. A partir daí todas as normas devem respeitar a constituição e todas as autoridades passam a se obrigar em respeitá-la.

Em que pese a importância histórica disto, é necessário referir que “a ideia dos direitos

Ed. p. 37.

¹⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. 13. Ed. p. 88.

¹⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. 13. Ed. p. 49.

¹⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. 13. Ed. p. 50.

¹¹⁰ Para tanto remete-se o leitor para as obras de Paulo Bonavides, Curso de Direito Constitucional e José Acebiades de Oliveira Junior, Teoria Jurídica e Novos Direitos.

¹¹¹ ALVARADO, Paola Andrea Acosta. *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. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2015. p. 34.

humanos já tinha sido ‘universal’ desde a Revolução Francesa. O fato de que agora ela deveria ser elevada ao nível internacional e se tornar parte do Direito Internacional representou um salto quântico”¹¹². E mais, passam a surgir uma série de tratados específicos, como com relação às crianças, às mulheres, às pessoas com deficiências e assim por diante. Também surge um sistema de controle do cumprimento desses compromissos internacionais assumidos pelos Estados que a eles aderiram, inaugurado pela Comissão Europeia de Direitos Humanos (1954) e pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (1958), sendo aquela absorvida por este em 1998. Da mesma forma, no continente americano, surge a Comissão Americana de Direitos Humanos (1959) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (1979).

É por isso que é preciso se ter consciência de que

Uma Constituição, no sentido que lhe atribuímos hoje, não é um evento gestado espontânea e isoladamente nos limites territoriais de um determinado Estado. Especialmente, os sentidos que emanam de um texto constitucional não se produzem sem a carga significativa que evoca uma herança que é comum a diversos países¹¹³.

Desta nova relação havida entre direito internacional – especialmente dos direitos humanos – e o direito interno, ou nacional, uma ampla discussão se travou a partir de concepções de se tratar de dois sistemas de normas independentes e distintos – Teoria Dualista – ou se são um sistema único, unitário – Teoria Monista. Dentre os defensores da teoria dualista pode-se destacar Triepel, para o qual, quando se fala em direito interno e direito internacional, supõe-se que são coisas diferentes, ou “noções diferentes”, como refere o autor¹¹⁴, pois para ele as normas internas regem as relações entre os súditos dos Estados ou entre eles e o próprio Estado, sendo que o direito internacional regula as relações entre Estados igualmente soberanos¹¹⁵. Do lado dos defensores da teoria monista pode-se citar Kelsen, para o qual “a construção dualista implica a negação da natureza jurídica do direito internacional”¹¹⁶. Refere ele, inclusive, que afirmações dualistas somente têm sentido no âmbito de uma construção monista “que admite em particular a coexistência de Estados coordenados e juridicamente

¹¹² NUßBERGER, Angelika. *Os Direitos Humanos: história, filosofia, conflitos*. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2022. p. 32.

¹¹³ RAMIRES, Maurício. *Diálogo judicial internacional: o uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen, 2016. p. 24.

¹¹⁴ TRIEPEL, Karl Heinrich. As relações entre direito interno e direito internacional. In.: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. n. 6. 1966. p. 9.

¹¹⁵ TRIEPEL, Karl Heinrich. As relações entre direito interno e direito internacional. In.: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. n. 6. 1966. p. 10-11.

¹¹⁶ KELSEN, Hans. As relações de sistema entre o direito interno e o direito internacional público. *Revista de Direito Internacional*. Brasília: UniCEUB, v. 8, n. 2, 2011. p. 46.

iguais, isto é, sistemas de direito interno dos quais o direito internacional delimita os respectivos campos de ação em termos de espaço, do tempo, das pessoas e dos sujeitos”¹¹⁷.

É importante revelar que, em que pese estes dissensos decorrentes da relação entre o direito interno e o direito internacional, é a partir destes dois campos normativos que surge o fenômeno da inclusão de catálogos inteiros de direitos humanos no corpo de constituições, o que, sem dúvidas, eleva a proteção dos direitos humanos a um patamar até então não testemunhado pela humanidade. Fenômeno que também ocorreu no Brasil e que merece atenção.

1.4 O Constitucionalismo brasileiro e os Direitos Humanos

O fenômeno do constitucionalismo é também incorporado nas Constituições dos Estados americanos, embora no contexto latino-americano, como adverte Roberta Baggio,

A restauração das cartas constitucionais anteriores aos períodos de exceção ou à instituição de novas constituições representa, ao menos sob o ponto de vista formal, o retorno aos parâmetros próprios de um Estado de Direito, que se pretende democrático em oposição ao período anterior, o que inclui o restabelecimento público dos tensionamentos sociais outrora impedidos pelos regimes de exceção¹¹⁸.

No Brasil o cenário não poderia ser diferente, pois é iniciado um processo constituinte na década de 80 do século passado, que embora sob críticas de não ser exclusiva, acaba por promulgar uma Constituição que passa a ser considerada uma das melhores da sua história, vindo a ser batizada de *Constituição Cidadã*. Mas é necessário ser pontuado que “diferentemente do que ocorreu nos Estados Unidos em 1776 e na França em 1789, em países como o Brasil, por exemplo, o ‘povo’ nunca foi o protagonista das grandes mudanças institucionais”¹¹⁹. No entanto, em comparação com as Constituições anteriores, é fácil verificar o notável avanço em termos de direitos fundamentais, pelo que Sarlet refere que pela primeira

¹¹⁷ KELSEN, Hans. As relações de sistema entre o direito interno e o direito internacional público. *Revista de Direito Internacional*. Brasília: UniCEUB, v. 8, n. 2, 2011. p. 50.

¹¹⁸ BAGGIO, Roberta Camineiro. Tensionamentos sociais e justiça de transição: contribuições ao constitucionalismo latino-americano. In.: TOSI, Giuseppe; FERREIRA, Lúcia de Fátima Guerra; TORELLY, Marcelo D.; ABRÃO, Paulo (orgs.). *Justiça de transição. Direito à justiça, à memória e à verdade*. João Pessoa: UFPB, 2014. p. 89.

¹¹⁹ BAGGIO, Roberta Camineiro; BERNI, Paulo Eduardo. Contribuições da sociologia histórica ao Constitucionalismo Latino-Americano. In.: CUNHA, José Ricardo (org.). *Teorias críticas ao direito*. v. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 189.

vez lhes foram conferidos o *status* constitucional merecido¹²⁰.

A Constituição brasileira atual, embora pródiga em reconhecer a matéria dos direitos humanos em seu corpo, também abre seu texto para outros decorrentes de tratados e convenções em que o Brasil tenha aderido, nos termos do seu art. 5º, § 2º. Mas não só este artigo garante a abertura material da Constituição brasileira para os direitos humanos, pois seu art. 1º, inc. III, coloca a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, assim como o seu art. 4º, inc. II, assegura a prevalência dos direitos humanos, o qual deve ser conjugado com o § 1º do art. 5º que assegura-lhes aplicabilidade imediata.

Portanto, pela simples leitura sistêmica da Constituição Federal brasileira de 1988 pode-se constatar a sua abertura para os textos internacionais de proteção dos direitos humanos em que o Brasil seja parte. Assim, “essa primazia dos direitos humanos emerge como ‘vaso comunicante’ entre o direito constitucional local e o Direito Internacional dos Direitos Humanos que põe as distintas fontes normativas e jurisdicionais a dialogar”¹²¹. O que vem, também no sistema jurídico brasileiro, a alterar o constitucionalismo fundado na ideia de soberania absoluta e no poder constituinte, pois, em assim não o fazendo, o país corre o risco de vir a ser responsabilizado internacionalmente.

O diálogo entre as jurisdições nacionais e internacionais necessitam, diante disso, ser próximas, havendo uma interconexão entre elas, modificando de forma definitiva o constitucionalismo nacional, diante da constatação de que “ocorre a internacionalização dos sistemas e dos comportamentos jurídicos nacionais, sobretudo a partir da pluralidade normativa e do diálogo entre jurisdições”, nas palavras de Fachin, Ribas e Cavassin¹²². Sem se olvidar, como refere Sarlet, que o catálogo dos direitos fundamentais da Constituição de 1988 contempla direitos fundamentais das mais diversas dimensões, demonstrando estar em plena sintonia com as declarações internacionais de Direitos Humanos¹²³. E é por isto que o constitucionalismo brasileiro dever ser conectado a este movimento, tendo em seus juízes o engajamento para o seu aprimoramento e a realização da conexão entre a ordem jurídica nacional e o direito

¹²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. 13. Ed. p. 64.

¹²¹ FACHIN, Melina Rirardi; RIBAS, Ana Carolina; CAVASSIN, Lucas Carli. Perspectivas do Controle de Convencionalidade do sistema interamericano de direitos humanos no Brasil: implicações para um novo constitucionalismo. In.: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (coords.). *Ius Constitutionale commune na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2016. v. 3. p. 287.

¹²² FACHIN, Melina Rirardi; RIBAS, Ana Carolina; CAVASSIN, Lucas Carli. Perspectivas do Controle de Convencionalidade do sistema interamericano de direitos humanos no Brasil: implicações para um novo constitucionalismo. In.: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (coords.). *Ius Constitutionale commune na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2016. v. 3, p. 288.

¹²³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 6. Ed. p. 79-80.

internacional dos direitos humanos, tornando-os coerentes.

1.5 A prevalência dos direitos humanos e as Cortes Supremas como garantidoras

O fenômeno do constitucionalismo e a incorporação dos Direitos Humanos nos textos constitucionais, embora configure uma grande conquista da humanidade, como forma de proteção do ser humano dentro do próprio Estado, entretanto, não se esgota com a simples previsão em textos constitucionais ou tratados e convenções internacionais. Necessita, para a sua aplicação e fiscalização, de um sistema jurídico interno forte e independente. Em que pese ser tarefa de todos os poderes e organismos estatais o respeito aos preceitos constitucionais e convencionais, tem-se no Poder Judiciário o seu guardião maior, especialmente pelas suas cortes constitucionais, as quais são constituídas para esta primaz tarefa.

Esta incumbência decorre da expressa determinação dos incisos II e IX do art. 4º da Constituição Federal brasileira, os quais estabelecem que o Brasil, em suas relações internacionais, rege-se pelos princípios da “prevalência dos direitos humanos” e da “cooperação entre os povos para o progresso da humanidade”. Também pela abertura material dada pelo §2º do seu art. 5º aos documentos internacionais de Direitos Humanos internalizados pelo país. Além de, como já referido, ser comando do art. 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos, o qual obriga os Estados a tomar todas as medidas legislativas ou de outra natureza para garantir os direitos nela reconhecidos.

Por essenciais à constituição dos blocos de constitucionalidade e convencionalidade, sobre os quais nos deteremos adiante, revela-se importante tratar sobre os órgãos jurisdicionais que estão legitimados a fazer o controle máximo da constitucionalidade e da convencionalidade das leis internamente, que são as Cortes Supremas ou Constitucionais dos países. Até porque, como refere Hardman, “uma Corte Constitucional pode transformar-se em grande alavanca da progressiva corrente de internacionalização do direito ou escolher por postergar tal processo”¹²⁴.

Segundo Ovídio Baptista da Silva os tribunais superiores “tiveram origem nos tribunais de cassação, criados em consequência da Revolução Francesa, tendo por fundamento a doutrina da divisão de poderes, ou separação de poderes, e, conseqüentemente, o princípio da supremacia

¹²⁴ HARDMAN, Antônio Ítalo. Controle de Convencionalidade e a nova constituição: o interconstitucionalismo à luz do Direito Interamericano. In.: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (coords.). *Controle de Convencionalidade: temas aprofundados*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 211.

da lei e do Poder Legislativo, como sua fonte exclusiva”¹²⁵. Foram, portanto, concebidos para que a lei fosse apenas afirmada, declarada, sem se pensar em sua interpretação pelos magistrados, sendo inadmissível que precedentes viessem a se tornar fonte criadora de direito.

No entanto, a pretensão de que aos juízes fosse proibida a interpretação da lei “foi logo descartada, na medida em que o Código de Napoleão deixou de lado o *référé* facultativo, atribuindo ao juiz um dever de interpretar a lei para resolver os litígios”¹²⁶. Na doutrina contemporânea há

a definitiva aceitação de que a jurisprudência é fonte criadora de direito; que a lei é apenas uma referência, em cujo círculo de possibilidades o julgador haverá de construir a sentença; que, por isso, é uma crença ilusória a suposição da plenitude do ordenamento jurídico, como se contássemos com um legislador sábio, dotado de poderes sobre-humanos, para prever e prover para o futuro sobre a infinidade incalculável de casos concretos, cabendo ao juiz, (...), como ser inanimado, como prepondera Montesquieu, apenas declarar a *vontade da lei*”¹²⁷.

Portanto, há de se notar a sutil diferença entre o que se propunha às cortes superiores como órgãos responsáveis pela correção da equivocada interpretação da lei pelos tribunais ou juízes de inferiores instâncias, e declaratórias do “exato sentido da lei para garantir uma ilusória uniformidade interpretativa”¹²⁸, para o que modernamente se propõe no sentido de que tais cortes “passam a ter a missão de atribuir sentido ao direito mediante a apresentação de ‘razões racionalmente convincentes’”¹²⁹. Nisto parece estar o fundamento de falar-se em obrigatoriedade ou vinculação dos precedentes advindos das Cortes Supremas pelas demais instâncias do Poder Judiciário.

No entanto, as “Cortes de Interpretação” não podem ser definidas como exclusivamente aquelas que detenham competência constitucional, pois outras existem no âmbito interno dos países, bem como na própria seara internacional. Isto porque, quando se pensa em cortes de interpretação, se deve ter em mente que suas “decisões orientam a vida em sociedade e constituem critérios para os demais juízes definirem os casos concretos”, como leciona

¹²⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. A Função dos Tribunais Superiores. *STJ 10 anos: obra comemorativa 1989 – 1999*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999. p. 145.

¹²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Da Corte que declara o “sentido exato da lei” para a Corte que institui precedentes. *Revista dos Tribunais*. Ano 103. v. 950. 2014. p. 166.

¹²⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. A Função dos Tribunais Superiores. *STJ 10 anos: obra comemorativa 1989 – 1999*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999. p. 150-151.

¹²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Da Corte que declara o “sentido exato da lei” para a Corte que institui precedentes. *Revista dos Tribunais*. Ano 103. v. 950. Dez. de 2014. p. 167.

¹²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Da Corte que declara o “sentido exato da lei” para a Corte que institui precedentes. *Revista dos Tribunais*. Ano 103. v. 950. Dez. de 2014. p. 167.

Marinoni¹³⁰. E a partir disto é que se nota a importância de uma adequada organização judiciária para que se possa identificar com clareza a função de seus órgãos ou Cortes. Ou seja, “o parâmetro a partir do qual é possível aferir a *pertinência de determinadas atividades* desempenhadas pelas cortes – e, bem assim, analisar o *grau de adequação da respectiva estruturação* – está na perfeita individualização do escopo que essas devem perseguir”¹³¹, nas palavras de Mitidiero. Prossegue o autor:

A solução que melhor atende à necessidade de economia processual e tempestividade da tutela jurisdicional é a que partilha a tutela dos direitos em dois níveis judiciais distintos, correspondentes às duas dimensões da tutela dos direitos. O ideal é que apenas determinadas cortes sejam vocacionadas à prolação de uma decisão justa e que outras cuidem tão somente da formação de precedentes¹³².

A Corte Suprema “é competente para orientar a aplicação do direito mediante precedentes formados a partir do julgamento de casos concretos que relevem uma fundamental importância para consecução da unidade do direito”¹³³. Possui, portanto, uma função “proativa”¹³⁴, pois a interpretação ao Direito dada por esta corte age para o futuro, balizando a atuação dos membros daquela sociedade civil e, especialmente, os seus órgãos jurisdicionais. E disto é que decorre o seu caráter vinculativo, servindo de fonte primária do direito.

A razão da necessidade de existência de uma corte suprema decorre da natural pluralidade de interpretações jurídicas advindas de qualquer texto normativo, sendo que a esta corte competirá dar a unidade definitiva de interpretação do direito, o que vem a garantir a segurança jurídica necessária para o apaziguamento social.

A tarefa primordial da corte suprema, portanto, “embora voltada à uniformização de interpretação, consiste em descobrir e declarar o sentido da lei”¹³⁵. A corte suprema extrai da legislação a norma que virá vincular a todos, numa verdadeira mescla entre as atividades advindas do Poder Legislativo e do Poder Judiciário. Ou seja, como refere Marinoni, “a

¹³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Da Corte que declara o “sentido exato da lei” para a Corte que institui precedentes. *Revista dos Tribunais*. Ano 103. v. 950. Dez. de 2014. p. 171.

¹³¹ MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente. 2. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2014. p. 32.

¹³² MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente. 2ª ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2014. p. 55.

¹³³ MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente. 2ª ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2014. p. 55.

¹³⁴ Expressão também utilizada por Daniel Mitidiero em: MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente. 2. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2014. p. 55.

¹³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Da Corte que declara o “sentido exato da lei” para a Corte que institui precedentes. *Revista dos Tribunais*. Ano 103. v. 950. Dez. de 2014. p. 173.

Suprema Corte é o órgão que, dentro do Poder Judiciário, coloca-se ao lado do Legislativo para fazer frutificar o direito federal infraconstitucional ajustado às necessidades sociais”¹³⁶.

E a evolução e adequação do direito decorrem diretamente da atuação da corte suprema, tendo em vista que será ela quem propiciará à sociedade um direito atualizado dentro das necessidades e realidade sociais momentâneas. Possuem elas, diante disso, fundamental papel na construção de uma interpretação evolutiva do direito.

Relevante notar-se, portanto, que uma decisão emanada da corte suprema “deixa de ser mera jurisprudência unificada ou pacífica a servir de meio de controle e passa a verdadeiro precedente, que define o direito que deve regular a vida social e, apenas por isso, tem autoridade perante os demais tribunais”¹³⁷. Ou seja, as decisões de uma suprema corte extrapolam aquele significado de que são emitidas para corrigir uma má aplicação do direito.

Ditas decisões, por serem fonte primárias do direito, pois retiram da legislação uma interpretação dando vida a uma norma geral, é que sacramentam seu caráter vinculativo, devendo, portanto, serem respeitadas por todas as instâncias e órgãos judiciais. Entretanto, como adverte Marinoni, “na verdade, a decisão que interpreta a lei agrega algo novo à ordem jurídica legislada, mas não a invalida ou a integra. Isso porque dá conteúdo a uma ordem jurídica de maior amplitude, preenchida pela legislação e pelas decisões judiciais das Cortes Supremas”¹³⁸.

Disto decorre a importância da atuação das cortes supremas dentro dos Estados, especialmente na matéria dos Direitos Humanos, pois acabam por modular direitos e liberdades decorrentes não só das constituições, mas também, e especialmente, dos tratados e convenções que tenham sido incorporados ao sistema jurídico de um país. Com a adesão do país a um acordo regional de Direitos Humanos, como o sistema americano, portanto, passam as cortes internas a ficarem vinculadas aos textos externos que daí decorram, buscando sempre o diálogo com as cortes externas na construção de precedentes a orientar todos os juízes e tribunais inferiores. Um moderno mecanismo que podem elas utilizarem é o controle de convencionalidade, o qual serve para fomentar este diálogo, sendo, hoje em dia, a obrigação de todos os juízes brasileiros realizá-lo para fins de colaborar para a criação de consensos regionais em direitos humanos por meio de uma interpretação evolutiva das normas nacional e internacional.

¹³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Da Corte que declara o “sentido exato da lei” para a Corte que institui precedentes. *Revista dos Tribunais*. Ano 103. v. 950. Dez. de 2014. p. 175.

¹³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Da Corte que declara o “sentido exato da lei” para a Corte que institui precedentes. *Revista dos Tribunais*. Ano 103. v. 950. Dez. de 2014. p. 176.

¹³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Da Corte que declara o “sentido exato da lei” para a Corte que institui precedentes. *Revista dos Tribunais*. Ano 103. v. 950. Dez. de 2014. p. 188.

Isto posto, é necessária uma breve incursão sobre o Sistema Americano de Direitos Humanos e o instituto por ele criado, qual seja, o controle de convencionalidade, sobre os quais passa-se a tratar a seguir.

1.6 O Sistema Americano de Direitos Humanos e o controle de convencionalidade

No Brasil, um dos diálogos que todo juiz nacional deve realizar, como aqui se defende, é com o Sistema Americano de Direitos Humanos, mais especificamente com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, pelo que se demonstra necessária uma breve análise deste acordo regional.

O sistema regional interamericano teve início formal em 1948, antes mesmo do sistema global¹³⁹, com a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada em Bogotá, pela IX Conferência Internacional Americana¹⁴⁰, ocasião em que também nasce a Organização dos Estados Americanos, a qual proclama como um de seus princípios fundamentais a pessoa humana, vindo a reconhecer que os direitos do homem não decorrem tão somente da sua condição de cidadão de um determinado Estado, mas sim de algo que lhe é intrínseco, pois como afirma Jayme, o “Estado não cria ou concede direitos, mas simplesmente reconhece a existência de direitos humanos, anteriores à sua formação e que têm na própria condição de ser humano sua origem”¹⁴¹. Após duas décadas, nasce a Convenção sobre direitos humanos no âmbito das Américas. Em 22 de novembro de 1969 é firmada a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também denominada por Pacto de San José da Costa Rica, em razão de ser esse o local onde fora assinada, tendo entrado em vigor em julho de 1978, quando o décimo primeiro instrumento de ratificação foi depositado.

Não houve a inclusão, no corpo da CADH, de qualquer forma específica de direito, mas “em face desse catálogo de direitos constantes da Convenção Americana cabe ao Estado-partes a obrigação de respeitar e assegurar o livre e pleno exercício desses direitos e liberdades, sem qualquer discriminação”, como leciona Piovesan¹⁴². Ou seja, este documento regional obriga

¹³⁹ A Declaração Universal do Direitos Humanos, embora proclamada no mesmo ano, veio a existir alguns meses após a Declaração Interamericana, sendo esta, portanto, a ela precedente

¹⁴⁰ JAYME, Fernando G. *Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 64.

¹⁴¹ JAYME, Fernando G. *Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 65.

¹⁴² PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 256.

os Estados-parte a adequar a sua legislação, e até mesmo a sua constituição, bem como a tomar todas as iniciativas necessárias para a efetivação desses direitos e liberdades estabelecidos na Convenção Americana, impondo-lhe uma conduta ativa de garantia dos Direitos Humanos, podendo ser responsabilizado também por omissão.

A Convenção Americana também criou dois organismos com a precípua incumbência de monitorar o estrito cumprimento dos direitos e das liberdades sacramentadas em seu texto, que são a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

1.6.1 A Comissão Interamericana de Direitos Humanos

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) fora criada em 1959, tendo reunido-se pela primeira vez em 1960¹⁴³. É anterior, portanto, à Convenção Americana de Direitos Humanos. Surge com a atribuição de promover os Direitos Humanos enunciados pela Declaração de 1948. Dentre suas atribuições pode-se destacar as de: receber, analisar e investigar petições individuais que aleguem violação dos Direitos Humanos; observar o cumprimento geral dos Direitos Humanos pelos Estados-partes; realizar visitas, *in loco*, aos Estados para observar a situação geral, bem como para investigar uma situação específica; fazer recomendações aos Estados-partes da OEA para a adoção de medidas para contribuir com a promoção e garantia dos Direitos Humanos; requerer aos Estados que adotem medidas cautelares específicas em casos urgentes, ou solicitar tal medida ao Corte Interamericana de Direitos Humanos; remeter os casos à jurisdição da Corte Interamericana e atuar frente a ela em determinados litígios; solicitar Opiniões Consultivas à corte sobre aspectos de interpretação da Convenção Americana¹⁴⁴. Coube a ela, ainda, a competência para o exame de denúncias encaminhadas por indivíduos, ou por um grupo deles, bem como por entidade não governamental sobre a violação dos direitos e liberdades asseguradas na Convenção Americana por parte de um de seus Estados-partes, exercendo, portanto, papel fundamental para a legitimação de atuação do particular no sistema americano.

Portanto, como se pode notar, “apenas a Comissão Interamericana e os Estados-partes podem submeter um caso à Corte Interamericana, não estando prevista a legitimação do indivíduo, nos termos do art. 61 da Convenção Americana”¹⁴⁵. Ou seja, o sistema americano,

¹⁴³ Mais informações históricas podem ser obtidas pelo site: <https://cidh.oas.org/que.port.htm>. Acessado em 03 set. 2016.

¹⁴⁴ Disponível em: <https://cidh.oas.org/que.port.htm>. Acesso em: 03 set. 2016.

¹⁴⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva,

com base em sua Convenção, dota o particular apenas de um acesso indireto a sua Corte.

1.6.2 A Corte Interamericana de Direitos Humanos

Ao lado da Comissão Interamericana, como referido, atua a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual é a grande responsável pela efetivação de todo o ordenamento advindo deste acordo regional, seja na sua face jurisdicional, seja na sua face consultiva.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é o órgão jurisdicional estabelecido pela Convenção Americana de Direitos Humanos. Como refere Jayme, “é o órgão supremo da jurisdição internacional no sistema interamericano, responsável pela interpretação e aplicação das normas da Convenção Americana de Direitos Humanos, em caráter definitivo e irrecurável”¹⁴⁶. É uma instituição judicial independente e autônoma, portanto, com sede em San José, na Costa Rica. É composta por sete juízes de nacionalidades distintas provenientes dos Estados-partes da OEA, não devendo haver entre eles dois da mesma nacionalidade. Os juízes são escolhidos dentre juristas de alta qualidade moral e com profundo conhecimento na matéria. São eleitos pelo prazo de seis anos, permitida uma única reeleição¹⁴⁷.

Admitida a competência da Corte por um dos Estados-partes, este consentimento é irrenunciável, pois o art. 62 da Convenção parece deixar claro que a faculdade dada ao Estado-parte de aceitar ou não a jurisdição da Corte IDH, seja quando ratifica a convenção ou em qualquer outro momento posterior, não lhe garante retroagir nesta decisão.¹⁴⁸ Como afirma Jayme,

Apesar de voluntário o reconhecimento do poder jurisdicional da Corte, o Estado contra ele não mais poderá insurgir-se, a menos que denuncie a Convenção, pois, nos termos do art. 44 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, o direito de uma parte de denunciar o tratado ou dele retirar-se deve ser sobre a sua totalidade, não podendo exercer-se parcialmente, se não houver norma expressa neste sentido¹⁴⁹.

Ademais, pela regra esculpida no art. 78, mesmo com a denúncia da Convenção por um

2010. p. 264.

¹⁴⁶ JAYME, Fernando G. *Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 65.

¹⁴⁷ Existe a possibilidade de nomeação de juízes *ad hoc*, os quais atuam estritamente nos casos individuais para os quais foram nomeados, devendo ter eles as mesmas condições pessoais exigidas aos juízes eleitos, assim como as mesmas garantias a estes conferidas.

¹⁴⁸ O Brasil depositou a ratificação à Convenção em 25 de setembro de 1992 e aceitou a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 10 de dezembro de 1998.

¹⁴⁹ JAYME, Fernando G. *Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 92.

dos seus Estados-partes, fica este sujeito aos seus efeitos pelo período de um ano a contar da sua retirada.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos possui duas competências bem definidas e distintas: uma consultiva, pela qual dá a interpretação das disposições da Convenção Americana ou de outros tratados concernentes à proteção dos Direitos Humanos nos Estados Americanos; e outra jurisdicional contenciosa, para fins de solução de controvérsias em que um Estado-parte seja acusado de violar a Convenção.

Pela sua competência contenciosa, precipuamente, busca a Corte Interamericana interpretar e aplicar a norma advinda da Convenção a um determinado caso concreto que lhe seja submetido, onde, apurados os fatos, decide sobre a violação ou não dos Direitos Humanos por um de seus Estados-partes. Apenas os Estados-parte e a Comissão estão legitimados para a submissão de casos à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Por deliberação do art. 61 da Convenção, poderá ela, em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, nos assuntos em que estiver conhecendo, tomar medidas provisórias que entender pertinentes, como preconiza o art. 63.2, da Convenção.

Como não poderia deixar de ser, como refere Pereira,

No exercício de sua competência contenciosa a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem prestado relevantes serviços a cidadania, a democracia e a efetividade dos direitos humanos no Continente. E importante salientar a contribuição jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos para a consagração definitiva e o reconhecimento da existência de normas imperativas no Direito Internacional dos Direitos Humanos¹⁵⁰.

Portanto, assim como ocorrera com outros tribunais internacionais, a Corte IDH também virou protagonista no ambiente regional em que se inseriu.

Entretanto, também à Corte Interamericana de Direitos Humanos foi dada uma competência consultiva, com o que buscou a Convenção Americana possibilitar uma via que assegurasse a proteção efetiva dos direitos e liberdades salvaguardados em seu texto fora do contencioso. Ou seja, “constitui-se em um método judicial alternativo, de caráter consultivo, destinado a ajudar os estados a cumprir e a aplicar os tratados em matéria de direitos humanos, sem submetê-los ao formalismo e ao sistema de sanções que caracterizam o processo

¹⁵⁰ PEREIRA, Antônio Celso Alves. A Competência Consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Interdisciplinar de Direito*. v. 11. p. 25.

contencioso”¹⁵¹. Portanto, na via consultiva não existem partes, mas tão somente interessados, não havendo o risco de imputação de sanções aos Estados-partes.

Como destacado por Pereira¹⁵², a importância da competência consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos decorre da originalidade e amplitude desta em relação aos demais tribunais internacionais. E isto decorre diretamente do art. 64 da Convenção Americana, que assim estabelece:

1. Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.
2. A Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.

Além disso, é por meio da sua competência consultiva que “a Corte Interamericana tem desenvolvido análises aprofundadas a respeito do alcance e do impacto dos dispositivos da Convenção Americana”, como assevera Pioversan¹⁵³. Não só no que diz respeito ao alcance dos direitos e garantias da Convenção, mas também da sua própria competência.

O objeto das Opiniões Consultivas à Corte IDH veio a ser consolidado exatamente em uma consulta a ela dirigida. Trata-se da Opinião Consultiva nº 01/82. Uma das primeiras conclusões retiradas pela Corte fora a de que

La amplitud de los términos del artículo 64 de la Convención no puede, sin embargo, confundirse con la ausencia de límites a la función consultiva de la Corte. En lo que se refiere a las materias que pueden ser objeto de consultas y, en particular, de los tratados que pueden ser interpretados, existen límites de carácter general que se derivan de los términos del artículo 64, dentro de su contexto, así como del objeto y fin del tratado¹⁵⁴.

Diante disso, assim como é certo que a competência da corte não se limita a documentos firmados dentro do marco da Convenção Americana, é certo que isto não lhe confere poderes para responder questionamento de qualquer natureza e por compromissos assumidos por

¹⁵¹ JAYME, Fernando G. *Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 106.

¹⁵² PEREIRA, Antônio Celso Alves. A Competência Consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Interdisciplinar de Direito*. v. 11. p. 25.

¹⁵³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 268.

¹⁵⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva OC-01/82. § 18. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_01_esp1.pdf. Acesso em: 12 set. 2016.

Estados que não façam parte do sistema americano. No entanto, “podrá abordar la interpretación de un tratado siempre que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en un Estado Miembro del sistema interamericano”¹⁵⁵. Em resumo, é competente a Corte Interamericana para a apreciação de qualquer matéria concernente aos direitos humanos nos Estados americanos, mesmo firmado fora do marco de seu sistema, mas sempre que este venha a produzir seus efeitos ou ter relevância dentro de um de seus Estados-partes. Na resposta à Opinião Consultiva nº 01/82, concluiu a Corte Interamericana de Direitos Humanos que é competente para a interpretação de todos os documentos internacionais referentes aos direitos humanos aplicáveis aos Estados Americanos, sejam eles bilaterais ou unilaterais, independentemente de seu objeto principal ou de que deles sejam firmatários Estados estranhos ao Sistema Americano¹⁵⁶.

No campo da legitimidade para postular opiniões consultivas também a Convenção Americana de Direitos Humanos inovou, conferindo esta faculdade a uma gama de atores até então não vista na seara internacional. O art. 64 da Convenção é claro ao afirmar que todos os membros da Organização dos Estados Americanos, bem como os órgãos desta instituição, estão legitimados a postular Opiniões Consultivas à Corte Interamericana. Note-se que a Convenção sequer restringiu a participação dos Estados que não vieram a aceitar a competência jurisdicional da Corte.

Em que pesem as inovações trazidas por este sistema, mais especificamente no que diz com o alargamento da matéria que pode ser objeto de opiniões consultivas, bem como de seus legitimados, entretanto, o particular ficou excluído do processo. Não existe capacidade de postulação de opiniões consultivas pelo particular à Corte Interamericana de Direitos Humanos, ficando, assim, a cargo do Estado de sua naturalidade a conveniência em postulá-las.

Por outro lado, a face consultiva da Corte Interamericana não possui o mesmo efeito vinculativo que é dado a sua fase contenciosa. Limite este que sempre traz algumas dificuldades para que a cultura da harmonização do direito do bloco se concretize.

1.6.3 O controle de convencionalidade

¹⁵⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinião Consultiva OC-01/82. § 21. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_01_esp1.pdf. Acesso em: 12 set. 2016.

¹⁵⁶ Conclusão primeira: “La competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinião Consultiva OC-01/82. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_01_esp1.pdf. Acesso em: 12 set. 2016.

Foi visto que, inaugurado pelo constitucionalismo, o reconhecimento e a defesa dos Direitos Humanos alicerçam-se decisivamente pela atuação das cortes supremas internas na interpretação das normas constitucionais. No entanto, o Direito Internacional dos Direitos Humanos impôs outro desafio às referidas cortes, bem como a todos os magistrados nacionais, que é um segundo controle das normas e atos internos por meio do controle de convencionalidade, responsável pela construção de um bloco de convencionalidade regional em países que fazem parte dos respectivos sistemas regionais de Direitos Humanos. E como refere Hardman, “o controle de convencionalidade é fruto direto da percepção de um direito internacional transfronteiriço; um direito que observa no homem sua maior finalidade, tomando o múnus de uma abrangente proteção dos direitos humanos independentemente de sua densidade ou formato”¹⁵⁷.

Este instituto, de origem no sistema francês, a partir da decisão n. 74-54, de 1975, em análise preventiva de constitucionalidade pelo Conselho Constitucional, inaugura um novo paradigma de aferição das leis internas, as quais, além de passaram pelo filtro constitucional, agora necessitam estar de acordo com as normas convenionadas pelos Estados. Este mecanismo tem assento no art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, o qual refere que os Estados não podem invocar o seu direito interno para afastar o respeito a um tratado do qual façam parte. Convenção está que o Brasil também internalizou por força do Decreto 7.030, de 2009.

Sobre o controle de convencionalidade, como refere Burgorgue-Larsen, “podemos hablar de una ‘teoría’ porque todos los aspectos del control de convencionalidad han sido justificados, explicados y aclarados en un caso tras otro para ayudar a que las autoridades nacionales cumplan con sus obligaciones”¹⁵⁸. Mas quando se fala em controle de convencionalidade, tem que se ter ciência de que se ingressa no tormentoso tema da relação entre convenções ou tratados internacionais e constituições, especialmente pela afirmação de uma possível *supraconstitucionalidade* das convenções, as quais teriam a força de invalidar normas constitucionais quando estas as contrariem. Nas palavras de Marinoni: “assim, a consequência do controle de convencionalidade seria o de que a norma constitucional que viola

¹⁵⁷ HARDMAN, Antônio Ítalo. Controle de Convencionalidade e a nova constituição: o interconstitucionalismo à luz do Direito Interamericano. In.: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (coords.). *Controle de Convencionalidade: temas aprofundados*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 218.

¹⁵⁸ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. Crónica de una teoría de moda em America Latina – Descifrando el discurso doctrinal sobre el control de convencionalidad. In.: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (coords.). *Ius Constitutionale commune na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2016. v. 3. p. 17.

o tratado não pode ser aplicada”¹⁵⁹. Entretanto,

A mera contrariedade entre direito interno e direito internacional (tratados e jurisprudência internacional) não admite automaticamente a invalidação do ato nacional. Essa declaração de inconvenção exige (a) além da contrariedade (b) que haja proteção menos efetiva ou restrições mais salientes aos direitos humanos pelo direito interno (leis, atos administrativos, sentenças judiciais, Constituição). Caso isso não ocorra, a mera contrariedade não importa inconvenção¹⁶⁰.

Em razão destas vicissitudes é que se encontra, como aduz Burgorgue-Larsen, autores entusiastas do controle de convencionalidade, sejam eles “actor-investigador”, quando trabalham diretamente no Sistema Americano de Direitos Humanos, sejam eles “investigador-comprometido”, os quais, embora não inseridos diretamente no sistema, acreditam que seja este instituto o melhor caminho para a efetivação dos direitos humanos na região¹⁶¹. Ditos autores posicionam-se firmemente no tema e buscam persuadir as comunidades jurídicas internacional e nacional da obrigatoriedade do controle de convencionalidade. Entretanto, há autores circunspectos, para os quais é reconhecida a importância do controle de convencionalidade para a primazia do direito internacional dos direitos humanos e sua consequente constituição de uma *ius commune* na região, mas que atentam para as dificuldades de sua implementação. Chamam a atenção para a necessidade de que se tenha muita prudência ao se decidir por uma inconvenção, pois sempre se deve trabalhar com a presunção de que as normas internas são convencionais. Razão pela qual os sistemas internos, especialmente as cortes constitucionais, devem estar sempre atentas à jurisprudência da Corte IDH e levar a sério a doutrina da margem de apreciação nacional, sobre a qual se deterá adiante.

Infelizmente, este instituto ainda é pouco utilizado pelos operadores do direito no Brasil, muito em razão de que, como afirmam Sarlet e Sarlet:

A falta de clareza e de uma posição mais sólida e diretiva por parte do STF, particularmente quanto aos critérios e a forma de proceder tal controle e para solucionar conflitos entre os tratados e a ordem interna, não permite (e mesmo não estimula e muito menos vincula) as instâncias ordinárias a realizarem o

¹⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 69.

¹⁶⁰ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O Controle de Convencionalidade como parte de um Constitucionalismo Transnacional fundado na Pessoa Humana. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, Ano 39. v. 232. Jun. 2014. p. 366.

¹⁶¹ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. Crónica de una teoría de moda em América Latina – Descifrando el discurso doctrinal sobre el control de convencionalidad. In.: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (coords.). *Ius Constitutionale commune na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2016. v. 3. p. 18.

controle de convencionalidade¹⁶².

O controle de convencionalidade, entretanto, passa a ser uma responsabilidade tanto dos tribunais internacionais quanto dos próprios juízes internos. Isto por vivenciar-se um “Estado Constitucional Cooperativo”, como refere Häberle¹⁶³. Ou seja, necessita-se uma definição de Estado que não mais é simplesmente um Estado Constitucional voltado exclusivamente para si, mas que também serve de referência para os demais Estados membros de uma mesma comunidade. Até porque

Este instituto garante controle sobre a eficácia das legislações internacionais e permite dirimir conflitos entre direito interno e normas de direito internacional e poderá ser efetuado pela própria Corte Interamericana de Direitos Humanos ou pelos tribunais internos dos países que fazem parte de tal Convenção¹⁶⁴.

Diante disto, não basta a norma de direito doméstico ser compatível apenas com a sua constituição, mas também é necessário “estar apta para integrar a ordem jurídica internacional sem violações de qualquer de seus preceitos”¹⁶⁵, com refere Mazzuoli. Ou seja, as normas além de passarem pelo crivo da constitucionalidade de um determinado Estado, devem também ser submetidas ao controle de compatibilidade com os tratados que tenha este mesmo Estado ratificado. Com isto, como adverte Piovesan, há de se ter em conta que “o sistema interamericano gradativamente se empodera, mediante diálogo a permitir o fortalecimento dos direitos humanos em um sistema multinível”¹⁶⁶. Para tanto, há que se ter consciência da importante distinção de que o controle de convencionalidade é de responsabilidade dos tribunais

¹⁶² SARLET, Ingo Wolfgang; SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. O Posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do controle de convencionalidade em face dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. In.: LOPES, Ana Maria D’ávila; PAREDES, Felipe Paredes; LAZARTE, Renata Bregaglio. *Tendências Jurisprudenciais da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 109.

¹⁶³ Em seu livro com este exato nome (HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007).

¹⁶⁴ GUERRA, Sidney. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Grande Editora, 2023. p. 341.

¹⁶⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In. MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 31.

¹⁶⁶ PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune* em direitos humanos e constitucionalismo regional transformador: impacto do sistema interamericano. In.: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (coords.). *Ius Constitutionale commune na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2016. v. 1. p. 76.

PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune* em direitos humanos e constitucionalismo regional transformador: impacto do sistema interamericano. In.: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (coords.). *Ius Constitutionale commune na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2016. v. 1. p. 87.

internos – Controle de Convencionalidade em sede nacional – e também dos tribunais internacionais – Controle de Convencionalidade em sede internacional¹⁶⁷.

O Pacto de San José da Costa Rica criou a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a cuja jurisdição foram os países aderindo após o ingresso no Sistema Americano de Direitos Humanos, como o fez o Brasil em 1998. Esta Corte, num primeiro momento, no controle externo de convencionalidade, veio a entender que somente poderia exercer este controle quando determinada norma infratora fosse aplicada a um caso concreto. No entanto, este entendimento foi superado por ocasião de julgamento do caso Suárez Roseto v. Equador, de 1997¹⁶⁸, quando a Corte reconheceu sua competência para declarar a inconvencionalidade de norma que violar seu texto, mesmo que a norma não tenha sido aplicada em concreto.

E a importância do controle de convencionalidade para o Pacto e para a comunidade internacional é notória, pois como assevera Saugüés:

Dicho “control de convencionalidad” se perfila como una herramienta sumamente eficaz para el respeto, la garantía y la efectivización de los derechos descritos por el Pacto. Concomitantemente, también es un instrumento de sumo interés para construir un *ius commune* interamericano, en materia de derechos personales y constitucionales¹⁶⁹.

Na “sede internacional”, o controle de convencionalidade não encontra maiores dificuldades de entendimento e realização, pois a Corte IDH é criada exatamente para exercer esta função. A dificuldade maior, sem sombra de dúvidas, se percebe por ocasião da realização do controle de convencionalidade na “sede nacional”.

No entanto, expõe Sangüés¹⁷⁰ que das próprias decisões da Corte IDH retira-se a conclusão de que todos os juízes internos que detenham poderes de realizar o controle de constitucionalidade das normas estatais, também sejam detentores de iguais poderes para a realização do controle de convencionalidade desta legislação. Portanto, o juiz nacional possui um duplo controle normativo a sua disposição, qual seja, de constitucionalidade e de convencionalidade. Esta atribuição é mais fácil de ser assimilada quando se está diante de um

¹⁶⁷ Expressões utilizadas por Sangüés (SANGÜÉS, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidade. *Estudios Constitucionales*. Año 8, n. 1, 2010, p. 118. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2022).

¹⁶⁸ CORTE IDH. caso Suárez Roseto v. Equador. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_51_esp.pdf. Acesso em: 20 out. 22.

¹⁶⁹ SANGÜÉS, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidade. *Estudios Constitucionales*. v 8, n. 1, 2010, p. 118. Acessível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>. Acesso em 10.02.2016.

¹⁷⁰ SANGÜÉS, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidade. *Estudios Constitucionales*. v. 8, n. 1, 2010, p. 121. Acessível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2016.

país em que o seu sistema de controle de constitucionalidade seja difuso ou misto, pois naturalmente quaisquer dos juízes de todo Poder Judiciário estariam legitimados a fazer este duplo controle.

A dificuldade ocorre quando se está frente a um Estado que adote exclusivamente o sistema de controle de constitucionalidade concentrado, como México e Uruguai, por exemplo. Porém, mesmo nestes casos, “el problema debe resolverse de un modo razonable y en su caso, creativo. Lo importante es, desde luego, e tales hipótesis no se desemboque en una vía muerta y aceptar que no haya, en la esfera nacional, control de convencionalidade”¹⁷¹.

Não obstante esta dificuldade, deve-se atentar para outro aspecto, como adverte Sarlet:

De acordo com o modelo advogado pelos defensores de um constitucionalismo de múltiplos níveis, inexistente hierarquia entre a ordem interna e a internacional, mas sim a necessidade de uma harmonização que não pressupõe a supremacia de uma em relação a outra¹⁷².

Ou seja, as normas internacional e nacional são interrelacionadas e complementares, devendo ambas serem objetos de apreciação e aplicação pelos sistemas jurídicos internos, sob pena, inclusive, de ser o Estado considerado infrator dos acordos por ele assumidos no plano internacional, sujeitando-se a punições. Desde que imputado o controle de convencionalidade interno aos juízes nacionais, precisa-se ter em mente que “a compatibilidade da lei com o texto constitucional não lhe garante mais o atributo da validade no âmbito do ordenamento interno, pois essa garantia só lhe é conferida depois do seu cotejo com o corpo de tratados ratificados pelo país (controle de convencionalidade e de supralegalidade)”¹⁷³.

1.6.3.1 O Controle de Convencionalidade concentrado e difuso

No que diz respeito aos controles concentrado e difuso de convencionalidade, é necessário iniciar-se com a ressalva de que podem ser vistos sob duas perspectivas: uma

¹⁷¹ SANGÜÉS, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidade. *Estudios Constitucionales*. v. 8, n. 1, 2010, p. 122. Acessível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2016.

¹⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. *O Supremo Tribunal Federal e o Controle Interno de Convencionalidade na base dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos aos Trinta Anos da Constituição Federal*, p. 54. Disponível em: https://ejc.tre-ba.jus.br/pluginfile.php/13668/mod_label/intro/art%20%20-%20Ingo%20Wolfgang%20Sarlet%20-%20Revista%20Populus%20N%C3%BAmero%205%20-%20dez.%202018.pdf. Acesso em: 03 abr. 2022.

¹⁷³ CALETTI, Leandro. O Controle difuso da convencionalidade e os direitos humanos no Brasil. *Revista IIDH*. v. 64. Jul-dez de 2016. p. 199-200.

internacional e outra nacional.

No âmbito internacional, como defende Mac-Gregor¹⁷⁴, o controle concentrado é realizado exclusivamente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, por ser a intérprete máxima da Convenção Americana de Direitos Humanos e dos demais tratados neste tema, cabendo aos juízes internos, inclusive aos integrantes das cortes constitucionais, o controle difuso da convencionalidade. Como aduz o referido autor, “el control de convencionalidad constituye la razón de ser de la Corte interamericana: realizar un control de compatibilidad entre el acto de violación (en sentido lato) y el Pacto de San José (y sus protocolos adicionales)”¹⁷⁵.

Internamente, entretanto, no que diz respeito ao juiz brasileiro, diante do sistema de controle de constitucionalidade vigente no país, dois caminhos distintos e complementares se abrem, a exemplo do controle das leis frente à Constituição. Na medida em que é traçado o paralelo entre os institutos do controle de constitucionalidade e de convencionalidade das leis, é preciso uma breve análise sobre as modalidades de controle de convencionalidade concentrada e difusa no Brasil. Só que ao ser feita esta diferenciação, ingressa-se na polêmica discussão a respeito da hierarquia dos tratados internacionais internalizados pelo Brasil, especialmente os que tratam de direitos humanos.

Relembrando, a Constituição brasileira de 1988, em seu art. 5º, § 2º, preconizou que os direitos e garantias nela expressos não afastam outros decorrentes dos tratados internacionais que o Brasil faça parte. Entretanto, por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, uma nova norma fora incluída em seu corpo, acrescentando um § 3º ao referido artigo 5º, o qual estabeleceu: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Como refere Sarlet¹⁷⁶, inaugurou-se uma nova fase no debate sobre a recepção dos tratados pelo ordenamento jurídico nacional, assim como:

Com isso, a abertura material do catálogo constitucional de direitos, antes (ao menos textualmente) restrita a direitos decorrentes dos princípios e do regime

¹⁷⁴ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. p. 368. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3033/14.pdf>. Acesso em: 30 set. 2022.

¹⁷⁵ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Pgs. 368. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3033/14.pdf>. Acesso em: 30 set. 2022.

¹⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos na perspectiva do assim chamado Controle de Convencionalidade. In. MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 88.

constitucional, foi ampliada para integrar, no assim chamado bloco de constitucionalidade, direitos consagrados na esfera do direito internacional dos direitos humanos¹⁷⁷.

O primeiro ponto posto em discussão a partir desta modificação constitucional foi se os tratados incorporados ao sistema jurídico brasileiro antes dela teriam ou não o *status* de emenda constitucional. Curioso é verificar-se que somente em 1977, por meio do RE 80.004, é que se vem a acolher a ideia de que existe mesma hierarquia entre tratados internacionais e leis federais¹⁷⁸. No entanto, em 2008, o STF foi chamado a decidir sobre o tema e sentenciou que apenas os tratados recepcionados pelo procedimento do § 3º do art. 5º da CF é que passariam a ser parte integrante do corpo constitucional¹⁷⁹, relegando aos demais o caráter de supralegalidade, tese firmada do STF por 5x4 contra os que entendiam serem todos eles constitucionais.

Entretanto, para parte da doutrina, o rito inserido pelo § 3º do art. 5º da Constituição Federal apenas serviria de reforço ao caráter materialmente constitucional que todo Tratado recepcionado pelo Brasil já possui, dando a ele também aspectos formais¹⁸⁰. Como refere Sarlet,

Há como sustentar que os tratados internacionais (que já são materialmente constitucionais e, portanto, (...) *já possuem hierarquia constitucional* por força do próprio art. 5º, § 2º, da CF!) também poderão ser formalmente constitucionais – ainda que não inseridos no corpo permanente do texto constitucional – caso forem aprovados, a qualquer momento, pelo procedimento reforçado instituído pelo art. 5º, § 3º, da CF¹⁸¹.

¹⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *O Supremo Tribunal Federal e o Controle Interno de Convencionalidade na base dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos aos Trinta Anos da Constituição Federal*. p. 48. Disponível em: https://eje.tre-ba.jus.br/pluginfile.php/13668/mod_label/intro/art%20%20-%20Ingo%20Wolfgang%20Sarlet%20-%20Revista%20Populus%20N%C3%BAmero%205%20-%20dez.%202018.pdf. Acesso em: 15 fev. 2022.

¹⁷⁸ Nesta decisão se decidiu em matéria de títulos de crédito que um decreto-lei se sobrepuja sobre a Convenção de Genebra sobre este tema, pois tendo igual hierarquia, a norma posterior revogaria a anterior.

¹⁷⁹ STF, DJ de 05.07.2009. RE 466.343/SP, Rel. Ministro Cezar Paluso.

¹⁸⁰ Neste ponto importante a ressalva feita por Sarlet, quando afirmar que “é pelo menos questionável – por mais sedutora que seja tal tese – que, por força da EC 45, todos os tratados de direitos humanos já incorporados ao sistema jurídico brasileiro (...) possam ser considerados como equivalentes às emendas constitucionais” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos na perspectiva do assim chamado Controle de Convencionalidade*. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 91). Isto pela simples razão de que, embora possa se argumentar que todas as normas internacionais de direitos humanos sejam materialmente constitucionais, a diferença de rito legislativo seria um impeditivo para que se pudesse considerá-las formalmente constitucionais.

¹⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos na perspectiva do assim chamado Controle de Convencionalidade*. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 94.

Em que pese a tese de que todos os tratados de direito internacional são materialmente constitucionais ser fortemente defendida por doutrinadores de peso, como Sarlet, ainda vige a interpretação dada pelo STF, do caráter supralegal e infraconstitucional para os tratados que forem recepcionados sem o quórum qualificado, pelo que reflexos surgem da escolha feita pela corte suprema brasileira. Na simetria criada entre os controles de constitucionalidade e de convencionalidade, na atualidade, parece bastante previsível que o STF somente admitirá realizar o controle de convencionalidade concentrado quando amparado em tratados que tenham sido internalizados pelo rito do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal. Diante disso, o controle concentrado da convencionalidade só pode ser exercido com esta premissa, e exclusivamente por esta corte, enquanto aos demais juízes brasileiros é reservado o controle de convencionalidade na modalidade difusa.

Ao largo desta polêmica, cabe ressaltar que o controle difuso de convencionalidade das leis é uma realidade imposta aos juízes brasileiros, sejam de qual grau de jurisdição forem, devendo sempre se ter em mente esta nova fonte do direito, que decorre de documentos internacionais e decisões de cortes internacionais. Segundo Caletti:

Na esteira da nova arquitetura das fontes do direito – que não mais se estratificam na forma piramidal, assemelhando-se, agora, a uma infinita rede ou teia, com interligações e ramais –, o ordenamento interno, que, outrora, se mostrava sólido, passou a ostentar uma descalfificação que dá azo à entrada e à efetividade das normas de estatura internacional¹⁸².

O controle difuso de convencionalidade, especialmente, por sua capilaridade, é um precioso mecanismo de efetivação dos Direitos Humanos internamente, nos Estados. Ele inaugura-se no ano de 2006, no Caso Almonacid Arellano e outros contra o Chile, quando a Corte IDH deixou claro que mesmo se afirmando que juízes e tribunais internos estejam sujeitos à legislação de seus respectivos Estados originários, quando este ratifica um acordo internacional, a exemplo da Convenção Americana, seus juízes, como seus integrantes, também ficam a ele submetidos. Com isto, “o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de Controle de Convencionalidade entre as normas jurídicas internas, nos casos concretos, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos”¹⁸³. Nesta mesma decisão, ainda, evidencia-se que a tarefa

¹⁸² CALETTI, Leandro. O Controle difuso da convencionalidade e os direitos humanos no Brasil. *Revista IIDH*. v. 64. 2016. p. 205.

¹⁸³ el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano e outro vs. Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C, nº 154. § 124.

dada aos órgãos jurisdicionais internos vai além do controle de convencionalidade com relação à Convenção Americana, pois devem os juízes e tribunais nacionais também reconhecer e aplicar as interpretações que venha a dar a própria Corte Interamericana em matéria de direitos humanos, pois se trata de sua intérprete máxima.

Pelo controle de convencionalidade, portanto, passa-se a verificar um nítido contato entre juízes nacionais e internacionais, assim como entre, até mesmo, juízes de Estados distintos. Nas palavras de Conci, “trata-se do que se define como diálogo entre cortes ou diálogo interjurisdicional”¹⁸⁴. Passa a existir, como defende este mesmo autor, um diálogo horizontal entre as cortes nacionais e internacionais¹⁸⁵.

Em decisão da Corte IDH do mesmo ano, no Caso Trabajadores Cesados del Congreso contra Peru, julgado em 24.11.2006¹⁸⁶, o papel dos juízes e tribunais internos, no controle de convencionalidade, mais uma vez foi destacado, sendo que a Corte, como assevera Sagüés, “parece indicar que el juez que está habilitado para ejercer el control de constitucionalidad, debe asimismo practicar el control de convencionalidad”¹⁸⁷. Ou seja, passam juízes e tribunais nacionais a exercer um duplo controle: de constitucionalidade e de convencionalidade¹⁸⁸. E ainda é necessário notar-se que, como refere Mac-Gregor:

La Corte idh aclara su doctrina sobre el “control de convencionalidad”, al sustituir las expresiones relativas al “Poder Judicial” que aparecían desde el *leading case Almonacid Arellano vs. Chile* (2006), para ahora hacer referencia a que “todos sus órganos” de los estados que han ratificado la Convención americana, “incluidos sus jueces”, deben velar por el efecto útil del Pacto, y que “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles” están obligados a ejercer, de oficio, el “control de

¹⁸⁴ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O Controle de Convencionalidade como parte de um Constitucionalismo Transnacional fundado na Pessoa Humana. *Revista de Processo*. São Paulo: RT. Ano 39. v. 232. Jun. 2014. p. 371.

¹⁸⁵ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O Controle de Convencionalidade como parte de um Constitucionalismo Transnacional fundado na Pessoa Humana. *Revista de Processo*. São Paulo: RT. Ano 39. v. 232. Jun. 2014. p. 371.

¹⁸⁶ Cerca de 1100 trabalhadores do congresso peruano foram demitidos por decreto presidencial no governo Fujimori. O estado foi condenado a pagar 15 mil dólares a cada vítima e a propiciar um recurso isento sobre a legalidade das demissões.

¹⁸⁷ SAGÜÉS, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Estudios Constitucionales*. n. 1, 2010. p. 121. Disponível em: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v8n1/art05.pdf>. Acesso em: 24 set. 2016.

¹⁸⁸ Sagüés traz a problemática em relação a este duplo controle nos sistemas jurídicos internos em que o controle de constitucionalidade seja exclusivamente concentrado, ou seja, realizado apenas por sua Corte Suprema. Em tais casos, para ele, poderia o juiz incompetente para declarar a constitucionalidade (e por consequência a convencionalidade) de uma norma, utilizar-se dos mesmos mecanismos de envio à corte casos em que envolvam declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade. O que importa, segundo este autor é que, em todos os casos, “no se desemboque en una vía muerta y aceptar que no haya, en la esfera nacional, control de convencionalidad”. SAGÜÉS, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Estudios Constitucionales*. n. 1, 2010. p. 121. Disponível em: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v8n1/art05.pdf>. Acesso em: 24.09.2016.

convencionalidad”, criterio que luego reiteró en el *caso Gelman vs. Uruguay*, del presente año¹⁸⁹.

Portanto, os juízes internos convertem-se em juízes interamericanos, sendo guardiões, também da Convenção Americana, de seus protocolos adicionais (e até de outros documentos internacionais) e da própria jurisprudência da Corte Interamericana que interpreta a norma. Ou seja, exercem um controle interno prévio confrontando a norma interna com a norma internacional, mas sempre em um caso concreto que lhes seja submetido.

As duas decisões paradigmáticas citadas, Caso Almonacid Arellano e outros contra o Chile e Caso Trabajadores Cesados del Congreso contra Peru, que são complementares entre si, deixam claro, ainda, que o controle de convencionalidade, além de ser um direito invocável pelas partes nos processos internos, deve ser exercido de ofício pelos juízes nacionais, sempre na intensão de assegurar o “efeito útil”¹⁹⁰ da Convenção americana.

Como se pode notar, este comando advindo da Corte IDH imputa aos juízes nacionais o conhecimento das normas internacionais do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, não podendo escusar-se de aplicá-las sob o argumento de desconhecê-las. O que vem a reforçar a atual necessidade de diálogo entre jurisdições nacionais e internacionais, até porque presente o caráter subsidiário da corte, pois ela só age quando o sistema interno falha, sendo os juízes nacionais os principais responsáveis por assegurar os direitos humanos internamente, nos países. São os juízes nacionais diretamente responsáveis pela efetivação do *corpus jures* interamericano.

Os Estados americanos vêm, paulatinamente, buscando adaptar suas normas internas, inclusive constitucionais, a esta nova dinâmica dialógica entre o direito nacional e internacional, especialmente em matéria de Direitos Humanos. E para tanto, importante aliado encontra-se no princípio *pro homine*, como se verificará a seguir.

1.6.3.2 O Princípio *pro homine*

Nos sistemas de proteção dos Direitos Humanos, um aspecto os diferencia dos demais tratados internacionais quando se apura um eventual conflito entre normas. Este aspecto

¹⁸⁹ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. p. 376. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3033/14.pdf>. Acesso em: 30 set. 2022.

¹⁹⁰ SAGÜÉS, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Estudios Constitucionales*. n. 1, p. 123, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v8n1/art05.pdf>. Acesso em: 24 set. 2022.

consiste no que se denomina de *princípio pro homine*, também chamado de primazia da norma mais favorável¹⁹¹.

Por este princípio, sempre que existirem conflitos entre a norma interna e a internacional, prevalece aquela que for mais favorável ao ofendido. Assim, como refere Ramos, “a primazia da norma mais favorável nos leva a aplicar quer a norma internacional, quer a norma interna, a depender de qual seja mais favorável ao indivíduo”¹⁹². Como se pode notar, por esta cláusula, resta esvaziada eventual discussão sobre a aplicação da norma internacional ou nacional, pois não existe hierarquia ou primazia entre elas, devendo ser aplicada a norma que melhor defenda os interesses da vítima. Como afirma Guerra, “o reconhecimento da centralidade dos direitos humanos corresponde a um novo traço de nossos tempos”¹⁹³, o que legitima a busca pela norma que mais favoreça o ser humano, seja ela nacional ou internacional.

Também por ela, não poderá ser invocada a Convenção Americana se existir outro tratado dentro do sistema americano que seja mais vantajoso para o ofendido na garantia de seus direitos humanos. E isto decorre diretamente do art. 29-B da própria Convenção, o qual estabelece que nenhuma disposição deste acordo possa ser interpretada no sentido de “limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados”.

Cabe ainda mencionar que este princípio comporta uma aplicação para além da norma mais acolhedora dos direitos humanos, mas, também, na escolha da norma, dentre aquelas que o desfavoreçam, a menos restritiva. Como refere Gomes, “as normas de direitos humanos, como se vê, se retroalimentam, se complementam (não são excludentes, sim, complementares). Vale para elas a hermenêutica da compatibilização ou da otimização dos direitos”¹⁹⁴.

Este princípio se nutre exatamente da razão de existência dos acordos internacionais no campo dos Direitos Humanos, os quais, diferentemente dos demais, não nascem para regular as relações entre Estados, mas sim com o precípua objetivo de garantir a todo ser humano o pleno

¹⁹¹ RAMOS, André de Carvalho. O impacto da Convenção Americana de Direitos Humanos na relação do direito internacional e o direito interno. *Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União*. Brasília. n. 4, jul./set., 2002. p. 68.

¹⁹² RAMOS, André de Carvalho. O impacto da Convenção Americana de Direitos Humanos na relação do direito internacional e o direito interno. *Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União*. Brasília. n. 4, jul./set., 2002. p. 68.

¹⁹³ GUERRA, Sidney. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Grande Editora, 2023. p. 362.

¹⁹⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Direitos Humanos e a regra interpretativa “pro homine”*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI42806,41046-Direito+dos+direitos+humanos+e+a+regra+interpretativa+pro+homine>. Acesso em: 10 jan. 17.

exercício dos atributos que lhes são inerentes pela simples condição humana. Nas palavras de Ramos, “toda obrigação internacional de respeito aos direitos humanos não pode ser interpretada restritivamente em prol dos Estados, mas sim em prol do destinatário da proteção internacional de direitos humanos, ou seja, o indivíduo”¹⁹⁵.

Portanto, como também refere Gomes,

Diante do concurso simultâneo de normas (concorrência de normas ou conflito aparente de normas), sejam elas internacionais, sejam elas internacionais e internas (domésticas), observando-se que estas últimas podem ser constitucionais ou não, deve (sempre) ser eleita e aplicada a norma (internacional ou doméstica) (a) que garante mais amplamente o gozo do direito ou (b) que admita menos restrições ao seu exercício ou (c) que sujeite as restrições a um maior número de condições². Muitas vezes é a norma doméstica que prepondera sobre a internacional. Outras, ao contrário¹⁹⁶.

Ou seja, o princípio *pro homine* vem para garantir a efetivação dos direitos humanos, independentemente de qual ordenamento jurídico seja a sua fonte, pouco importando a discussão se os tratados têm caráter supraconstitucional, constitucional, infraconstitucional ou apenas supralegal.

No caso brasileiro possuímos a peculiar situação que envolve a hierarquia dos tratados internacionais dentro de seu sistema jurídico interno, podendo ocorrer três situações, como demonstra Costa:

1. Coincidência entre o direito enunciado no tratado internacional e o previsto no direito constitucional brasileiro; 2. Integração, complementação e ampliação do universo de direitos constitucionalmente previstos a partir dos direitos humanos assegurados nos tratados internacionais; e, por fim, 3. Contrariedade entre preceitos do direito constitucional brasileiro e do direito internacional¹⁹⁷.

Essas dicotomias seriam sempre resolvidas pela aplicação do direito mais favorável ou menos restritivo ao indivíduo, independentemente de onde ele se encontre. Entretanto, é preciso se ter em conta que, como referem Schäfer e Gomes:

¹⁹⁵ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 134.

¹⁹⁶ GOMES, Luiz Flávio. *Direitos Humanos e a regra interpretativa “pro homine”*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI42806,41046-Direito+dos+direitos+humanos+e+a+regra+interpretativa+pro+homine>. Acesso em: 10 jan. 17.

¹⁹⁷ COSTA, Andréia da Silva. A harmonização entre Direito Interno e Internacional de Proteção dos Direitos Humanos no Sistema Interamericano: margem de apreciação, aderência nacional ou convergência paralelas? In.: LOPES, Ana Maria D’Ávila; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto (orgs.). *A internalização de tratados internacionais de direitos humanos na América do Sul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 47.

Quando se faz uma interpretação *pro homine* não quer dizer que ela é uma interpretação ingênua, fácil, que não se realizem ponderações ou que a atividade interpretativa seja simples, que não haja colisões de princípios. A atividade interpretativa continua a ser uma atividade complexa e fonte de colisões das mais variadas espécies. Por esta razão, sempre haverá a exigência de uma interpretação sistemática, que tenha uma função harmonizadora e agregadora¹⁹⁸.

A posição posta ao magistrado pode se tornar mais simples ou mais complexa quando se trate de norma mais benéfica inserida no corpo da constituição ou quando esteja na norma internacional. Na cultura jurídica brasileira não parece existir qualquer dificuldade de afastamento da norma internacional quando se constatar que a norma fundamental nacional é mais benéfica ou menos restritiva ao indivíduo. Agora, o contrário nem sempre é de fácil assimilação. Como refere Sarlet¹⁹⁹, no primeiro caso, qualquer magistrado brasileiro poderá simplesmente afastar a norma convencionalizada dizendo que ela fere cláusula pétrea da Constituição. Já no segundo caso,

O que poderá – isto sim – resultar problemático é a hipótese em que a proteção internacional é mais favorável à pessoa, podendo, em tese, os órgãos jurisdicionais nacionais optar por privilegiar o ordenamento constitucional, louvando-se no argumento das “cláusulas pétreas”, situação que, embora deva ser rara, não é de se excluir²⁰⁰.

Em que pesem estas dificuldades domésticas, o juiz brasileiro, ao que parece evidente, deverá sempre buscar uma apurada ponderação no caso concreto de qual norma é mais benéfica ou menos restritiva ao ser humano para, de forma justificada, aplicá-la.

Evidentemente, este princípio, como aponta Magalhães²⁰¹, não pode ser um fim em si mesmo, mas deve ser analisado em conjunto com os demais critérios de interpretação, sobre os

¹⁹⁸ SCHÄFER, Gilberto; GOMES, Jesus Tupã Silveira. Controle de Convencionalidade: reflexões para uma praxes brasileira. In: *O Conteúdo jurídico dos Direitos Humanos: Direitos civis e políticos nos instrumentos internacionais*. Fernanda Frizzo Bragato (editora). Brasília, 2022. p. 90.

¹⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos na perspectiva do assim chamado Controle de Convencionalidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 97.

²⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos na perspectiva do assim chamado Controle de Convencionalidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 97.

²⁰¹ MAGALHÃES, Breno Baía. A interpretação evolutiva dos Direitos Humanos: uma revisão documental do período de 1988 a 2018. *Revista de Direito Internacional*. Brasília. v. 17, n. 3. 2020. p. 590.

quais ocupar-se-á no capítulo IV, especialmente na busca de uma interpretação evolutiva dos direitos humanos, também pelo magistrado nacional.

Em que pese se estar diante de tema polêmico, há de se ter ciência, ainda, como refere Sagüés, de que esta nova dinâmica imputada pela necessidade de o juiz nacional realizar o controle de convencionalidade impacta no próprio conceito de constituição, pois “la constitución nacional, en verdade, passa a transformarse en una constitución *convencionalizada*, isto és, adaptada, adequada, reinterpretada, reciclada, conforme las pautas provenientes de derecho internacional de los derechos humanos”²⁰².

Entretanto, como até aqui visto, tem-se que magistrado brasileiro não pode deixar de perceber que os direitos humanos serão sempre prevalentes, independentemente da fonte que tenha que se valer para garanti-los. Para tanto, deve sempre levar em consideração a norma, nacional ou internacional, que mais favoreça indivíduo ou que menos o restrinja de direitos, como visto. E não apenas normas, mas também deve valer-se de precedentes nacionais e internacionais, o que formará um bloco de constitucionalidade ou convencionalidade, sobre o que discorrerá o trabalho a seguir.

1.6.4. Controle de Convencionalidade ou Controle de Constitucionalidade?

O instituto do controle de convencionalidade, como visto, faz um estreito paralelo com o do controle de constitucionalidade, o que remete, hoje em dia, a uma perquirição da necessidade de serem tratados como duas categorias distintas pela doutrina e pela própria jurisprudência.

Evidentemente, quando se categorizam institutos de forma separadas, está sendo dito que são diversos, o que pode pouco colaborar para o desenvolvimento do controle de convencionalidade, tendo em vista que ficaria colocado de forma inferiorizada numa cultura jurídica de supremacia da constituição e apego a soberania nacional. No entanto, no caso brasileiro, ainda não existe maturidade suficiente com relação a esta nova forma de aferição das normas e atos internos para que tudo possa ser tratado como um único instituto, qual seja, controle de constitucionalidade, pois não prevalece o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos façam parte do bloco de constitucionalidade. Pelo menos no que se refere aos precedentes oriundos da corte suprema brasileira, pois não é a interpretação

²⁰² SAGÜÉS, Néstor Pedro. El control de convencionalidad internacional y nacional. In.: COSTA, Pablo Henrique Hubner de Lanna (org.). *Controle de Convencionalidade. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Valerio de Oliveira Mazzuoli*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019. p. 67.

que se pode de lá retirar.

Diante disto, esta divisão ainda persiste, muito pelo vigente entendimento de nossa corte suprema de que os tratados de direitos humanos não internalizados pelo quórum do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal sejam infraconstitucionais. Isto remete à conclusão de que o controle concentrado de constitucionalidade jamais seria feito, pelo STF, com base em norma convencional. Não de forma exclusiva, pelo menos. Restaria, portanto, à corte suprema fazer o controle de convencionalidade.

Esta, portanto, é mais uma demonstração de que aos magistrados brasileiros, inclusive aos que compõem as cortes supremas, recai uma importante responsabilidade para a mudança da cultura jurídica nacional no tema dos direitos humanos internacionais, para o que, entende-se, poderá colaborar o presente trabalho.

1.7 Os precedentes Nacionais e Internacionais e o bloco de constitucionalidade e convencionalidade

Dentro do cenário que é posto até aqui, em que se verifica que a soberania já é objeto de relativização em razão da constitucionalização de direitos dos indivíduos, agora sujeitos de direito internacional, e principalmente em razão da abertura constitucional brasileira para o direito internacional dos direitos humanos, é que se busca demonstrar a atenção que deve ser dada aos precedentes nacionais e internacionais.

A determinação internacional dada aos juízes nacionais de que devem realizar controle de convencionalidade interno, que nada mais é do que o comando para que nenhum país integrante do Sistema Americano de Direitos Humanos, especialmente pela atuação de seus magistrados internos, possa deixar de observar todo o arcabouço normativo decorrente dos acordos internacionais assumidos pelos países. Isto não pode ser desconsiderado pelo sistema nacional de justiça brasileiro. Com isto, é necessário se ter ciência de que a edição de decisões internas deve contribuir para a construção de um sistema de precedentes sincronizado com o sistema regional, formando um *ius commune* americano, sobre o qual se deterá no capítulo seguinte.

É necessário se ter ciência de que, nesta interligação,

O interprete deve analisar não apenas os dispositivos legais e constitucionais aplicados, mas também a sua relação com os demais elementos que integram aquele ordenamento jurídico, tendo em vista suas peculiaridades, suas semelhanças e diferenças com o Direito pátrio, não se limitando o diálogo a

uma mera transposição do instituto alienígena ao sistema nacional, diante da possibilidade de seu desvirtuamento, evitando-se o uso do julgamento internacional ou estrangeiro como um mero ordenamento da decisão²⁰³.

Os blocos de constitucionalidade e de convencionalidade têm estreita ligação com os precedentes gerados por corte internacionais, bem como pelos próprios sistemas jurídicos internos dos países reunidos em regiões, pois deles dependem para a formação do *ius commune* americano, motivo pelo qual é necessária a análise desses dois fenômenos.

1.7.1 Os precedentes internacionais

As cortes, ao interpretarem normas internacionais, parece claro, estão na busca da efetivação dos preceitos editados a partir de determinada convenção ou tratado que as instituiu. E também não pode se deixar de perceber que tanto quando decidem disputas, quanto quando atuam como órgãos consultivos buscam uma unidade internacional do direito lá criado.

Valendo-se do Pacto de San José da Costa Rica pode-se constatar que a sua corte, em algumas oportunidades, ao decidir contra um Estado-parte, veio a determinar a este a modificação da sua ordem jurídica, especificamente naquilo que se contrapõe à norma interamericana. Ou seja, ao ser declarada uma inconvenção pela Corte IDH – e segundo ela –, esta decisão se tornaria obrigatória ao Estado-parte ao qual é imposto o dever de modificação de sua legislação ou ordem constitucional, caso necessário. Esta concepção evoluiu nas próprias decisões emanadas da Corte Interamericana, pois gradativamente “vem afirmando a força obrigatória dos seus precedentes, isto é, a eficácia vinculante dos fundamentos determinantes de suas decisões”²⁰⁴, como refere Marinoni. Mesmo nos casos em que o Estado não tenha sido parte. Em sentença do ano de 2004, no caso *Tibi v. Equador*, expressou a Corte Interamericana que seu objetivo é “resolver un gran número de litigios en lo que se reproduzcan violaciones previamente sometidas a su jurisdicción y acerca de cuyos temas esenciales ya há dictado sentencias que expresan su criterio como intérprete natural de las normas que está llamado a aplicar”²⁰⁵. Ou, como refere Lima, “quanto ao seu efeito útil, o

²⁰³ SCHÄFER, Gilberto; RIOS, Roger Raupp; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; GOMES, Jesus Tupã Silveira. Diálogo entre o Supremo Tribunal Federal brasileiro e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma realidade nos dias atuais? *Revista da Ajuris*. Porto Alegre, v. 44, n. 143. Dez. 2017. p. 213.

²⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In. MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 80.

²⁰⁵ CIDH, “*Tibi v. Ecuador*, disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf. Acesso em: 13 fev. 2016.

Caso La Cantuta vs. Perú evidenciou a repercussão geral das sentenças da Corte IDH como forma de garantir a não-repetição de ‘anticonvencionalidades’ em casos convergentes”²⁰⁶.

É importante não esquecer, como vem-se sustentando, que a partir do momento em que o Estado firma um tratado internacional fica a ele vinculado, assim como os seus órgãos e poderes internos, especialmente o Poder Judiciário, os quais devem zelar pelas normas provenientes dos tratados e convenções e, ainda, também têm a obrigação de atentar para as interpretações dadas pela Corte que fora criada por estes documentos internacionais, dotadas de competência específica na matéria. Ou seja, os Tribunais internos dos países devem respeito aos precedentes internacionais, ficando a eles submetidos, “comprometendo-se a cumpri-lo de boa fé”²⁰⁷. Como afirma Marinoni,

Embora a questão ainda não tenha sido bem analisada pela Corte Interamericana, e pelos Tribunais nacionais, compreende-se que a partir de decisões já proferidas, que se tenta atribuir eficácia vinculante à *ratio decidendi* ou aos fundamentos determinantes das decisões, de modo a obrigar os Tribunais nacionais a adotar o sentido atribuído à norma convencional pela Corte Interamericana²⁰⁸.

Em que pese esta evolução jurisprudencial internacional, o reconhecimento do precedente internacional no âmbito americano ainda não é uma realidade. Mesmo que demonstre Marinoni²⁰⁹ já haver por parte da Suprema Corte Argentina²¹⁰ e do Tribunal Constitucional da Bolívia o reconhecimento expresso que os precedentes advindos da Corte Interamericana se tornam obrigatórios aos juízes internos, esta não é regra no continente. O Supremo Tribunal Federal brasileiro, por exemplo, ao entender que as convenções e tratados possuem uma natureza supralegal e, portanto, infraconstitucional no ordenamento jurídico do

²⁰⁶ LIMA, Luís Carlos Santos. Controle de Convencionalidade e transnacionalidade: limites e potencialidades na relação entre Supremo Tribunal Federal e Corte Interamericana de Direitos Humanos. In.: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (coords.). *Controle de Convencionalidade: temas aprofundados*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 240.

²⁰⁷ PIOVESAN, Flávia. Controle de convencionalidade Direitos Humanos e diálogo entre jurisdições. In. MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 142.

²⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In. MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 82.

²⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In. MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 81.

²¹⁰ Adverte Sangüés que este entendimento argentino, entretanto, não resolve por completo o problema do controle de convencionalidade naquele país, pois “la doctrina del Pacto está *por encima*, y no *en el mismo plano*, que la Constitución. Ello es así porque si una cláusula constitucional va contra el Pacto, no debe aplicarse”. (SANGÜÉS, Néstor Pedro. El Control de Convencionalidad en Argentina. In. MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 352.

país, estaria a dizer que os precedentes das cortes internacionais não poderiam se sobrepor a uma norma advinda da Constituição Federal brasileira, mesmo que esta viesse de encontro ao que fora ratificado pelo Brasil. Ou seja, como refere Marinoni, em assim persistindo se chegaria à conclusão de que “o precedente convencional contrário à norma constitucional não detém autoridade sobre o Poder Judiciário brasileiro”²¹¹.

O que se revela, como se pode constatar a partir da jurisprudência da Corte IDH, é que quando uma corte internacional é acionada, mesmo na sua via consultiva, por impulso das partes, a resposta dada se descola do processo de onde é proferida. Como refere Marinoni,

A obrigatoriedade de respeito à fundamentação determinante de uma decisão nada tem a ver com a participação como parte no processo em que proferida. A parte, como óbvio, é sujeita ao dispositivo da decisão, não podendo dela fugir. Sucede que os fundamentos determinantes ou a *ratio decidendi* expressam uma tese jurídica ou sentido atribuído a uma norma diante de determinada realidade fática. Esta tese ou sentido, por revelarem o entendimento da Corte acerca de como a Convenção deve ser compreendida em face de certa situação, certamente devem ser observados por todos aqueles que estão obrigados perante a Convenção²¹².

Em outras palavras, o que prega a doutrina no controle de convencionalidade é que os precedentes advindos das Cortes internacionais vinculam não apenas o Estado envolvido em determinada disputa, mas também os demais Estados que aderiram a uma determinada convenção ou tratado.

Parece não pairar mais dúvidas de que o direito internacional, principalmente em matéria de Direitos Humanos, torna-se cada vez mais fonte de direito nos ordenamentos jurídicos internos. E não poderia ser diferente quando se trata de uma relação dialógica que deva existir entre o Sistema Americano de Direitos Humanos e os países que fazem parte deste acordo no marco da Organização dos Estados Americanos. Até porque, como referem Rossi, Oliveira e Fernández:

El diálogo transnacional y el intercambio de información y de buenas prácticas entre los distintos países latinoamericanos así como la promoción de investigaciones académicas por universidades de la región son un elemento clave hacia la visibilización de los problemas y desafíos comunes así como de los retos específicos para cada país, con miras, en última instancia, a

²¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In. MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 83.

²¹² MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In. MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 82-83.

consolidar regímenes democráticos en el respecto irrestricto a los derechos fundamentales de las personas²¹³.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como os demais acordos neste marco, assim como as interpretações dadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, não mais podem ser desconsiderados por juízes nacionais, portanto. Pelo que se conclui que, também no Brasil, os juízes devem ter além da atenção para toda norma decorrente do sistema americano de direitos humanos, especial observância das decisões provenientes da Corte IDH.

1.7.2 A ordem jurídica nacional e sua relação com a convencionalidade a partir dos precedentes internacionais.

A atuação do Supremo Tribunal Federal brasileiro na matéria dos direitos humanos e sua relação com a Corte IDH será mais adiante explorada, sendo ainda reconhecida a pouca contribuição trazida pelo sistema de justiça brasileiro ao desenvolvimento de um *ius commune* americano, o que, se acredita, poderá ser revertido com a atuação individual do magistrado, como se vem defendendo. Em razão disso, é que, neste momento, busca-se citar alguns exemplos de atuação colaborativa de Cortes constitucionais de outros países americanos a ensejar uma discussão mais aprofundada no capítulo seguinte a despeito do transconstitucionalismo e do *ius commune* americano.

O tratamento dado pela Corte Suprema de Justiça da Nação argentina, especificamente, no que diz com o respeito e efetivo cumprimento das decisões emanadas da Corte IDH, assim como a vinculação às interpretações dadas por ela, sempre foi motivo de efusiva comemoração, uma vez que veio consolidando este entendimento no decorrer de sua atuação. Como assevera Magalhães:

Se a menção expressa a uma obrigação de realizar o controle de convencionalidade a ser exercido pela CSJN aparece pouco tempo após seu surgimento em São José, é bem verdade que o impacto da constitucionalização de alguns tratados de direitos humanos pela reforma constitucional de 1994 propiciou a construção de uma jurisprudência interna receptiva aos ditames da Corte Interamericana de Direitos Humanos, abrindo espaço para, de acordo com o texto constitucional, discutir-se sobre a posição e a força dessas decisões internacionais em face das fontes jurídicas do Estado argentino²¹⁴.

²¹³ ROSSI, Julieta; OLIVERA, Martina; FERNÁNDEZ, Alejandro. La Corte Suprema argentina y la aplicación de estándares Internacionales en el ámbito de la igualdad, la no discriminación y los derechos sociales. In.: MAUÉS, Antonio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía (orgs.). *O Controle de Convencionalidade na América Latina: Experiências comparadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 174.

²¹⁴ MAGALHÃES, Breno Baía. O Controle de Convencionalidade na Argentina. In.: MAUÉS, Antonio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía (orgs.). *O Controle de Convencionalidade na América Latina: Experiências*

A jurisprudência da Corte Suprema de Justiça da Nação argentina, em momento pré-reforma constitucional, inicialmente, reconheceu a hierarquia de leis editadas pelo Congresso Nacional argentino aos tratados e convenções internacionais, o que ficou claro quando julgou improcedente o pedido de inconstitucionalidade proposto no caso *Martin e Cia*, de 1963²¹⁵, determinando que a lide deveria ser resolvida pelas regras do conflito de normas, ou seja, aplicando-se a mais recente. Assim manifestara-se a Corte argentina:

No existe fundamento normativo para acordar prioridad de rango o superioridad a los tratados con las potencias extranjeras respecto de las leyes válidamente dictadas por el Congreso de la Nación. Y respecto de ambos rige el principio de que las normas posteriores derogan a las anteriores²¹⁶.

Este entendimento perdurou na CSJN argentina até 1992, quando, no caso *Ekmekdjian c/ Sofovich*²¹⁷, o tribunal revisou seu entendimento no que diz com a relação entre o direito interno e o direito internacional, o que fez, na época, a partir da ênfase à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados e a possibilidade de aplicação direta e irrestrita da CADH. Sentenciou a corte que a violação de um tratado internacional pode ocorrer tanto quando o Estado edita normas internas que prescrevam condutas contrária aos ditames do tratado que ratificou, quanto quando se omite de regulamentar matéria neste previsto para que seja possível o seu cumprimento. Mas a corte, ainda neste caso paradigmático, vai além, ao afirmar que a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados²¹⁸ conferiria “primazia” ao direito internacional sobre o direito interno, em decorrência do art. 27 deste acordo, o que deveria ser respeitado pela Argentina, em seu dever de prevenir punições internacionais.

Portanto, pode-se afirmar que a decisão da CSJN de 1992 serviu de inspiração para, por meio da lei 24.309, ser convocado o Congresso para a reforma constitucional de 1994, a partir da qual passou-se a construir uma jurisprudência afirmativa da necessidade de que as decisões oriundas dos órgãos do sistema interamericano de direitos humanos, mais especificamente da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, devam ser consideradas para os

comparadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 37.

²¹⁵ Disponível em: <https://www.dipublico.org/3790/martin-y-cia-ltda-s-a-c-administracion-gral-de-puertos/>. Acesso em: 23 abr. 2022.

²¹⁶ Disponível em: <https://www.dipublico.org/3790/martin-y-cia-ltda-s-a-c-administracion-gral-de-puertos/>. Acesso em: 23 abr. 2022.

²¹⁷ Disponível em: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/consultaSumarios/buscarSumariosFallo.html?idSumario=17182>. Acesso em: 23 abr. 2022.

²¹⁸ Em vigor desde 27/01/1980.

juízos internos, afirmando-se que o respeito a elas são inevitáveis ou imprescindíveis quando se está diante de um caso em que se necessita a interpretação e aplicação das normas prescritas na Convenção Americana de Direitos Humanos e demais acordos internacionais firmados dentro deste marco. O que fora categoricamente afirmado no considerando nº 17 da decisão do Caso Simón de 2005:

Tal como ha sido reconocido por esta Corte en diferentes oportunidades, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las directivas de la Comisión Interamericana, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²¹⁹.

No ano de 2007 a Corte máxima argentina, no caso Mazzeo, Julio Lilo e outros, fez expressa referência à decisão da Corte IDH, no caso Almonacid Arellano e outros contra o Chile, que deixou claro que juízes e tribunais internos mesmo que estejam sujeitos à legislação de seus respectivos Estados originários, quando este ratifica um acordo internacional, a exemplo da Convenção Americana, também ficam a ele submetidos. “O Poder Judiciário deve exercer uma espécie de Controle de Convencionalidade entre as normas jurídicas internas, nos casos concretos, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos”²²⁰, sentenciou a Corte do sistema americano de direitos humanos²²¹.

Também em 2010, no caso Videla, Jorge Rafael e Massera, Emílio Eduardo, a Corte argentina reforçava os argumentos de respeito às decisões proferidas pelos organismos do sistema interamericano de direitos humanos, especialmente as interpretações dadas pela Corte IDH, categoricamente afirmando que esta é uma “pauta inevitável”, como referido na decisão em comento.

No caso Rossati, de 2013, veio a Corte Suprema de Justiça da Nação afirmar que as manifestações da Corte IDH, mesmo nos casos em não fossem dirigidos contra à Argentina deveriam ser levadas em consideração, “o que nos aproximaria (...) a uma eficácia *erga omnes*”,

²¹⁹ Disponível em: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-simon-julio-hector-otros-privacion-ilegitima-libertad-etc-poblete-causa-17768-fa05000115-2005-06-14/123456789-511-0005-0ots-eupmocsollaf>. Acesso em 13 de abril de 2022.

²²⁰ el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano e outro vs. Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C, nº 154. § 124.

²²¹ Cumpre ressaltar, ainda, que nesta mesma decisão da Corte IDH evidencia-se que a tarefa dada aos órgãos jurisdicionais internos vai além do controle de convencionalidade com relação à Convenção Americana, pois devem os juízes e tribunais nacionais também reconhecer e aplicar as interpretações que venha a dar a própria Corte Interamericana em matéria de direitos humanos, pois se trata de sua intérprete máxima.

como defende Magalhães²²².

Como se pode notar, a jurisprudência advinda da Corte argentina, ao longo do tempo, preocupou-se com a aplicação interna da jurisprudência decorrente das decisões da Corte IDH, evoluindo através dos anos para dizer que estas não mais deveriam ser apenas uma guia para os julgamentos nacionais em matéria de direitos humanos, mas que seriam uma “imprescindível pauta”. Em outras palavras, deixou claro que o controle de convencionalidade era um compromisso do poder judiciário argentino e que deveria ser feito até mesmo de ofício.

No entanto, esta construção que privilegia o direito internacional em matéria de direitos humanos no Estado argentino parece passar a mover-se distintamente a este entendimento a partir do caso *Fontevecchia*, de 2017²²³.

A Corte Suprema de Justiça da Nação argentina fora chamada a dar cumprimento às medidas reparatorias em que o Estado fora condenando no Caso *Fontevecchia vs. Argentina*, julgado pela Corte IDH no ano de 2011. No pedido fora invocada toda a sedimentação do respeito, pela Corte argentina, aos julgamentos advindos da Corte IDH. No entanto, ao decidir, a CSJN revisitou a sua jurisprudência sobre a matéria. No parágrafo sexto da decisão, assim pronunciou:

Se encuentra fuera de discusión que las sentencias de la Corte Interamericana, dictadas en procesos contenciosos contra el Estado argentino son, en principio, de cumplimiento obligatorio para este (art. 68.1, CADH) (conf. doctrina de Fallos: 327:5668, voto de la jueza Highton de Nolasco, considerando 6°). Dicha obligatoriedad, sin embargo, alcanza únicamente a las sentencias dictadas por el tribunal internacional dentro del marco de sus potestades remediales. En efecto, es con ese alcance que el Estado argentino se ha obligado internacionalmente a acatar las decisiones de la Corte Interamericana²²⁴.

Notadamente, esta manifestação da CSJN tem a intenção de reabrir a discussão a respeito da extensão da vinculação interna à jurisprudência internacional, mais especificamente, da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Justifica tal desiderato no caráter subsidiário que esta corte possui, pelo que não poderia atuar como uma instância revisora, ou quarta

²²² MAGALHÃES, Breno Baía. O Controle de Convencionalidade na Argentina. In.: MAUÉS, Antonio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía (orgs.). *O Controle de Convencionalidade na América Latina: Experiências comparadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 52.

²²³ Disponível em: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=7357162>. Acesso em: 26 abr. 2022.

²²⁴ Disponível em: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=7357162>. Acesso em: 26 abr. 2022.

instância, do sistema jurídico argentino, havendo, portanto, uma margem de apreciação nacional aos Estados, tema sobre o qual se deterá mais à frente.

Tomando ciência desta decisão, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, na supervisão de cumprimento de sentença do caso *Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina*, nos §§ 12 e 13, é categórica em afirmar que não existe qualquer condicionante que possa ser colocado pelo Poder Judiciário nacional para o descumprimento das sentenças internacionais, nos termos do art. 68.1 da CADH, sob pena de ser o Estado responsabilizado por ilícito internacional. Assim como não se pode invocar, sequer, normas constitucionais para o afastamento das referidas decisões, deixando claro que não se está falando em hierarquia entre as normas internacional e nacional, mas tão somente respeito ao compromisso que o Estado assumiu perante a comunidade internacional de forma soberana e voluntária.

Nos §§ 23 e 24 da referida decisão, a Corte IDH deixa evidente, ainda, que não seria competente a CSJN para dizer se as sentenças internacionais teriam ou não caráter obrigatório internamente, pois esta decorre da ratificação da CADH e do reconhecimento da competência contenciosa daquela corte internacional. Em não havendo este respeito, assevera a corte, o cumprimento de suas decisões ficaria à mercê dos “caprichos” dos Estados e acabaria por esvaziar esta importante competência que lhe fora outorgada.

Na Bolívia, o instituto do bloco de constitucionalidade já integrava os precedentes do Tribunal Constitucional do país muito antes da promulgação da atual Constituição, que é de 2009, pois desde 2001 o referido tribunal já fazia uso dele, como se vê na sentença constitucional nº 65/01. Cabe aqui destacar parte do voto lançado na Sentença Constitucional nº 1662, de 17 de novembro de 2003, que no item III.2 dos fundamentos jurídicos da decisão expõe que o:

Tribunal Constitucional, realizando la interpretación constitucional integradora, en el marco de la cláusula abierta prevista por el art. 35 de la Constitución, ha establecido que los tratados, las declaraciones y convenciones internacionales en materia de derechos humanos, forman parte del orden jurídico del sistema constitucional boliviano como parte del bloque de constitucionalidad, de manera que dichos instrumentos internacionales tienen carácter normativo y son de aplicación directa, por lo mismo los derechos en ellos consagrados son invocables por las personas y tutelables a través de los recursos de habeas corpus y amparo constitucional conforme corresponda²²⁵.

²²⁵ CSJN. Sentença Constitucional n. 1662. Disponível em: <https://juristeca.com/bo/tcp/sentencias/2003/11/sentencia-constitucional-1662-2003---r>. Acesso em: 26 fev, 2023.

Já sob a vigência da atual constituição boliviana, seu tribunal constitucional veio a reafirmar que o sistema interno de justiça não é independente em face das normas e decisões proferidas dentro do sistema americano de direitos humanos, “dado que la efectividad en cuanto a la protección de los derechos fundamentales solamente está garantizada en tanto y en cuanto el orden interno asuma, en lo referente a su contenido, los alcances y efectos de estas normas y decisiones emergentes del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos”²²⁶. Portanto, para o sistema jurídico interno boliviano, as decisões emanadas da Corte IDH também passam a fazer parte do seu bloco de constitucionalidade.

Da mesma forma fora tratado na sentença constitucional n. 110/2010-R:

Utilizando un criterio de interpretación “integrador” de todo el sistema jurídico, es necesario aplicar en este proceso de transición constitucional, la doctrina del “bloque de constitucionalidad”, conformado como unidad sistémica por tres compartimentos conexos entre sí: la Constitución Política del Estado vigente, los Tratados Internacionales referentes a Derechos Humanos y finalmente principios y valores de rango constitucional²²⁷.

Outro exemplo é a Constituição dos Estados Unidos Mexicanos que, por meio de uma reforma constitucional, em 2011, passou a conferir, já no seu art. 1º, a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos em que o México faça parte. Com isto, pode-se afirmar que o Estado mexicano colocou o ser humano no centro de todo o seu ordenamento jurídico nacional, devendo todos os seus magistrados orientarem-se pela mais ampla garantia dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

Como se pode constatar nos países trazidos ao trabalho, notadamente existe uma preocupação para que a relação entre ordenamentos internacionais e nacionais se estabeleçam com fins a constituir uma harmonia regional.

1.8 Conclusão Parcial

Com o intuito de demonstrar, com o ineditismo necessário a uma tese doutoral, o papel do magistrado nacional na formação de consensos regionais em Direitos Humanos de forma a contribuir decisivamente para o desenvolvimento do tema na região americana, buscou-se,

²²⁶ LIMA, Alan E. Vargas. Bloque de Constitucionalidad y desarrollo jurisprudencial del control de convencionalidad en Bolivia. *Estudios Constitucionales*, v. 17, n. 1, 2019. p. 366-267.

²²⁷ Disponível em: <https://jurisprudenciaconstitucional.com/resolucion/14030-sentencia-constitucional-0110-2010-r>. Acesso em: 23 maio 2023.

neste primeiro capítulo, demonstrar que a evolução histórica, no que se refere a defesa dos Direitos Humanos, nasce da necessidade da contenção da natureza autoritária exercida pelo Estado absolutista, soberano em sua plenitude. Estado que não admite qualquer intervenção externa, sendo que, ela ocorrendo, estaria legitimado à guerra. Entretanto, é a partir da experiência extremamente nefasta à humanidade, em duas guerras de proporções mundiais, que o direito das gentes se fortalece e cresce, questionando o caráter absoluto da soberania estatal. Passa-se a buscar um Direito Humano que proteja a todos, que seja pensado para o mundo todo, para além das fronteiras edificadas pelas mãos dos homens.

Conclui-se, neste primeiro capítulo, portanto, que a partir desta visão histórica do conceito de soberania, que irá contribuir para que o trabalho possa avançar até o fenômeno do constitucionalismo, que sua relativização foi o primeiro passo dado em direção a garantia de direitos mínimos decorrentes da condição humana. Pelo constitucionalismo, a norma superior dos Estados passa gradativamente a conceder direitos aos seus cidadãos, sendo que, concomitantemente a isso, uma Corte suprema, em cada nação, passa a ter a precípua responsabilidade de fazer com que estes direitos sejam respeitados e efetivados, especialmente invalidando leis e atos que atentem contra as garantias constitucionalmente previstas.

Entretanto, em razão das interações cada vez mais corriqueiras e, ao mesmo tempo, complexas entre os Estados e entre estes e a comunidade internacional, um novo desafio é a todos os juízes nacionais é imposto, qual seja, o de realizar o controle de convencionalidade.

Diante disso, viu-se, ainda, nesta primeira parte do trabalho, que os precedentes internacionais passam a ter uma íntima relação como os sistemas jurídicos dos Estados-partes do acordo, os quais, inclusive, passam a ser os primeiros obrigados a realizar o controle de convencionalidade das normas e atos internos, atuando a Corte externa de forma subsidiária, na falha do sistema nacional. O que se compreende como um segundo passo em direção da evolução regional do Sistema Americano de Direitos Humanos.

Resta evidente, portanto, que os Estados americanos que fazem parte do Sistema Americano de Direitos Humanos, hoje em dia, estão necessariamente vinculados a uma forma de constitucionalismo cooperativo, no qual a vértice da pirâmide não está simplesmente em suas constituições, mas em toda a convencionalidade, o que leva à ideia da existência de um transconstitucionalismo voltado à formatação de um *ius commune* americano – tema para o próximo capítulo. Disto decorre que as relações jurídicas modernas desafiam a um novo diálogo entre as cortes constitucionais nacionais, entre elas e as cortes internacionais, assim como propriamente entre estas últimas, sem qualquer hierarquia. Por meio deste contato, as cortes internacionais e nacionais podem buscar na mútua colaboração a solução de problemas comuns,

utilizando-se da troca de experiências jurídicas. Temas que também serão abordados no capítulo seguinte.

Por evidente, toda esta evolução passa pela atuação dos juízes nacionais, pois a eles é imputada a tarefa de controlar a convencionalidade das leis e dos atos internos, colaborando para um transconstitucionalismo voltado ao processo evolutivo dos Direitos Humanos nas Américas, a formar um *ius commune* regional, com a construção de blocos de convencionalidade, vencendo-se bloqueios por meio de interpretações evolutivas para o enriquecimento do Sistema Americano de Direitos humanos, como se verificará nos capítulos III e IV.

2 CAPÍTULO II – O TRANSCONSTITUCIONALISMO E O *IUS COMMUNE* AMERICANO

2.1 Considerações Iniciais ao Capítulo

Tendo sempre por objeto a demonstração da importância dos juízes internos para que os sistemas regionais sejam geridos com harmonia normativa, sendo eles protagonistas nesta construção interpretativo-evolutiva dos Direitos Humanos na região, buscou-se, no primeiro capítulo, a necessária visão sobre a relação dos Estados com o direito internacional, desde uma noção clássica sobre o conceito de soberania, tida inicialmente como absoluta, para agora verificar-se o fenômeno mais recente, de sua relativização, dando margem ao fenômeno do transconstitucionalismo na busca pela formação de um *Ius Commune* americano. Como visto, os institutos dos blocos de constitucionalidade e convencionalidade, por meio do controle de convencionalidade, formaram-se a partir desta nova relação.

Para começar, neste segundo capítulo, buscar-se-á a abordagem sobre a passagem do constitucionalismo tradicional para um transconstitucionalismo a partir das novas exigências decorrentes das interações entre os Estados situados na região americana, os quais deliberadamente assumem importantes compromissos de respeito e de desenvolver progressivamente os Direitos Humanos, tanto internamente, quanto com a comunidade internacional. E, como refere Neves, “es en ese contexto que toma significado especial el transconstitucionalismo pluridimensional de los derechos humanos, que corta transversalmente órdenes jurídicos de los más diversos tipos, instigando, al mismo tiempo, cooperación y colisiones”²²⁸.

Com o bloco de constitucionalidade, originado numa resolução do Conselho Constitucional francês de 08 de julho de 1966, quando utilizou o termo *Bloc de Constitucionalité* para definir um conjunto de normas que passavam a integrar a Constituição francesa, por remissão de seu preâmbulo²²⁹, demonstra-se que “es posible deducir que son parte del bloque de constitucionalidade aquellas normas, principios y valores que, sin ser parte del texto constitucional, por disposición o mandado de la propia Constitución se integran a ella

²²⁸ NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. Con especial referencia a la experiencia latino americana. In.: BOGNANDI, Armin Von; MC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). *La justicia constitucional y su internacionalización. Hacia a un ius constitutionale commune en américa latina?* Universidade Autónoma de México: México, 2010. p. 737.

²²⁹ LIMA, Alan E. Vargas. Bloque de Constitucionalidad y desarrollo jurisprudencial del control de convencionalidad en Bolivia. *Estudios Constitucionales*, v. 17, n. 1, 2019, p. 364.

con la finalidad de llevar a cabo el control de constitucionalidade”²³⁰, superando-se, com isto, o conceito de constitucionalismo como sendo apenas o que está formalmente inserido nas constituições dos países.

Também do contato entre ordenamentos jurídicos de países vizinhos e do surgimento de blocos regionais é que se origina o que hoje se apresenta como transconstitucionalismo, o qual se justifica principalmente no diálogo que deve existir entre os sistemas jurídicos dos Estados americanos, assim como entre estes e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, fazendo que ele venha a ocorrer na sua forma horizontal e vertical.

Como se verificará, este diálogo não pode mais deixar de existir. Diálogo este com vista a formar blocos de constitucionalidade e blocos de convencionalidade onde se busque constituir um *ius commune* americano em matéria de Direitos Humanos. *Ius commune* capaz de criar uma faixa mínima de proteção dos direitos humanos, da dignidade da pessoa humana, no continente americano, por meio de consensos que os fortaleça e os impulse para um desenvolvimento contínuo.

2.2 Do Constitucionalismo ao Transconstitucionalismo

O constitucionalismo, como visto no capítulo anterior, tem seu desenvolvimento a partir das cartas de liberdade do século XIII, pois em que pese já existisse o Estado moderno, este ainda se apresentava como absolutista. No entanto, “o constitucionalismo relaciona-se com transformações culturais que engendram as bases para o surgimento da sociedade moderna”²³¹, como refere Neves. Só que esta sociedade moderna é uma sociedade mundial, que se desvincula de seus territórios e das suas organizações estatais, criando inter-relações que, ao mesmo tempo, extrapolam fronteiras, mas que têm nos Estados a sua segurança. Além disso, como refere o mesmo autor, “entre ordens jurídicas diversas, especialmente no plano de problemas constitucionais, esses termos apontam para comunicações transversais, que implicam a possibilidade de aprendizado recíproco”²³².

²³⁰ LIMA, Alan E. Vargas. Bloque de Constitucionalidad y desarrollo jurisprudencial del control de convencionalidad en Bolivia. *Estudios Constitucionales*, v. 17, n. 1, 2019, p. 364.

²³¹ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 23.

²³² NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. *Revista de Informação Legislativa*, v. 51, n. 201 p. 194, 2014.

O desenvolvimento social global e o nível de informação atingidos, especialmente a partir do final do século XX e potencializado exponencialmente nas duas primeiras décadas do século XXI, nos remetem muito presentemente à ideia de uma sociedade moderna multicêntrica²³³, a qual somente não está fadada à própria destruição pela percepção da necessidade do desenvolvimento de vínculos construtivos e colaborativos, com influências recíprocas na solução de problemas que são comuns.

Há até pouco tempo as relações entre os sistemas jurídicos nacionais e internacionais eram regidas por regras de procedimento para a introdução do direito internacional internamente, como a exigência da ratificação. No entanto, “o novo, nos entrelaçamentos entre uma pluralidade de ordens jurídicas na sociedade mundial do presente, é a sua relativa independência das formas de intermediação política mediante tratados jurídico-internacionais e legislação estatal”²³⁴.

Do contato entre juízes de Estados diversos e internacionais é cada vez mais comum a consideração da decisão proferida por um magistrado nacional por outro, de nacionalidade distinta. Isto porque, destas inter-relações para além das fronteiras estatais verificou-se que o direito constitucional dos Estados passou a ser insuficiente para resolver os problemas decorrentes desta nova forma de relacionamento global. Diante da verificação de que os problemas constitucionais, por vezes, eram compartilhados por Estados distintos, constatou-se que as soluções demandam uma busca de solução compartilhada, com o entrelaçamento de ordens jurídicas, tanto nacionais entre si, como com as internacionais. Portanto, “um mesmo problema de direitos fundamentais pode apresentar-se perante uma ordem estatal, local, internacional e transnacional (...) ou, com frequência, perante mais de uma dessas ordens, o que implica coordenações e conflitos, exigindo aprendizado recíproco”²³⁵.

Esta interpenetração de sistemas de Estados diversos possibilita que “a própria racionalidade processada por um dos sistemas seja posta à disposição do outro”²³⁶, ou seja, possibilita uma “racionalidade transversal” na comunidade mundial a gerar uma cooperação entre Estados. Ademais disso, uma das consequências mais importante deste intercâmbio judicial é que se estrutura uma proteção multinível do indivíduo fazendo frente não apenas aos problemas internos dos países, mas também às complexidades geradas a partir deste novo cenário jurídico global, como refere Alvarado²³⁷.

²³³ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 34.

²³⁴ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 116.

²³⁵ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 121.

²³⁶ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 37.

²³⁷ ALVARADO, Paola Andrea Acosta. *Más allá de la utopía: del diálogo interjudicial a la constitucionalización*

Ao apresentar o transconstitucionalismo como o constitucionalismo do futuro, Neves chama a atenção, entretanto, para que o fato de ser necessária a construção de uma metodologia específica para a matéria²³⁸. E, para tanto, refere ser imprescindível a construção permanente de uma “identidade constitucional”, na qual exista uma busca pela convergência entre os múltiplos sistemas de forma a entrelaçarem-se cognitivamente²³⁹. A insistência em não se realizar uma convergência dialogada entre os sistemas constitucionais e internacionais leva necessariamente ao sistema de bloqueios mútuos, o que vem a enfraquecer a efetiva defesa dos direitos humanos, tanto na esfera nacional, quanto na esfera internacional.

O fenômeno do constitucionalismo nas Américas, como visto, especialmente na América do Sul, com a inclusão da matéria de Direitos Humanos do corpo das constituições, tem grande impulsionamento a partir da democratização dos países que até então viviam em regimes ditatoriais, como é o caso do Brasil. A partir daí os países seguem uma tendência regional de incluir cláusulas abertas em suas constituições que possibilitem o ingresso no sistema jurídico interno das normas advindas dos mais variados acordos internacionais, especialmente em matéria de Direitos Humanos, os quais, inclusive, ganham hierarquia especial no ordenamento nacional desde a sua aceitação como suprallegal, mas infraconstitucional, passando pela hierarquia constitucional e, até mesmo, supraconstitucional. Ou como referem Fachin, Ribas e Cavassin:

É possível constatar a modificação substancial do modo como se encara um documento constitucional, pois, quando o Estado se compromete com a proteção de direitos perante a ordem jurídica internacional, seu ordenamento torna-se permeável, suas instituições assumem compromissos maiores e a autorreferência cede lugar a uma experiência jurídica aberta ao diálogo entre jurisdições²⁴⁰.

Também, como pontua Piovesan, uma mudança paradigmática ocorre na cultura jurídica

del derecho internacional. La red judicial latinoamericana como prueba y motor del constitucionalismo multinivel. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2015. p. 14

²³⁸ NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. Con especial referencia a la experiencia latino americana. In.: BOGNANDI, Armin Von; MC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). *La justicia constitucional y su internacionalización. Hacia a um ius constitutionale commune en américa latina?* Universidade Autónoma de México: México, 2010. p. 740.

²³⁹ NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. Con especial referencia a la experiencia latino americana. In.: BOGNANDI, Armin Von; MC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). *La justicia constitucional y su internacionalización. Hacia a um ius constitutionale commune en américa latina?* Universidade Autónoma de México: México, 2010. p. 741.

²⁴⁰ FACHIN, Melina Rirardi; RIBAS, Ana Carolina; CAVASSIN, Lucas Carli. Perspectivas do Controle de Convencionalidade do sistema interamericano de direitos humanos no Brasil: implicações para um novo constitucionalismo. In.: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (coords.). *Ius Constitutionale commune na América Latina.* Curitiba: Juruá, 2016. v. 3. p. 284.

latino-americana, pelo que aponta três principais características a demarcar o paradigma tradicional no qual se fundava a cultura jurídica latino-americana: 1) a pirâmide jurídica com a Constituição em seu ápice, tendo como maior referencial Hans Kelsen (...); 2) o hermetismo de um direito “purificado”, com ênfase no ângulo interno da ordem jurídica e na sua dimensão estritamente normativa (...); e 3) o chamado “*State approach*” ou “*State centered perspective*” – prisma que abarcava como conceitos estruturais e fundantes a soberania do Estado no âmbito externo e segurança nacional no âmbito interno (...) ²⁴¹.

A partir deste fenômeno, três outros passam a se verificar, como refere a mesma autora: 1) o trapézio jurídico com a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos no ápice (...); 2) a gradativa permeabilidade do direito – agora impuro –, marcado pelo diálogo do ângulo interno normativo com o ângulo externo (...); e 3) o chamado “*human rights approach*” ou “*human centered perspective*” ²⁴².

Portanto, o Estado deixa de ser o centro e destinatário principal do ordenamento interno para dar lugar aos Direitos Humanos. Mudança esta que não é de simples assimilação pelos sistemas jurídicos internos, assim como pelo próprio Estado. E se pensar-se na cultura jurídica brasileira, a dificuldade se faz ainda mais presente, especialmente porque persiste o entendimento do STF de que os tratados internacionais, mesmo que em matéria de direitos humanos, possuem hierarquia infraconstitucional, embora supralegal, quando não incorporados pelo quórum qualificado introduzido pelo § 3º do art. 5º da Constituição Federal. No entanto, como adverte Sarmiento, “no campo do Direito Constitucional contemporâneo, tão importante como definir a hierarquia dos tratados internacionais é firmar a necessidade de recurso aos diálogos entre fontes e cortes no campo hermenêutico” ²⁴³.

É por isso que hoje em dia, em decorrência do contato entre o direito interno e o direito internacional,

Especialmente do direito internacional dos direitos humanos no plano regional, que funda um constitucionalismo transnacional, vem se construindo uma doutrina que entende que tanto os juízes da Corte Interamericana de

²⁴¹ PIOVESAN, Flávia. Diversidade Étnico-Racial, constitucionalismo transformador e impacto do Sistema Interamericano de proteção dos Direitos Humanos. In.: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. *Impacto das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na jurisprudência do STF*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 287.

²⁴² PIOVESAN, Flávia. Diversidade Étnico-Racial, constitucionalismo transformador e impacto do Sistema Interamericano de proteção dos Direitos Humanos. In.: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. *Impacto das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na jurisprudência do STF*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 287.

²⁴³ SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais, Constituição e Direito Internacional: diálogo e fricções. In.: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. *Impacto das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na jurisprudência do STF*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 318.

Direitos Humanos quanto os juízes nacionais têm o dever de controlar a validade dos atos internos (...) a partir de normas internacionais dos direitos humanos no plano regional²⁴⁴.

Ou como refere Costa:

Faz-se necessário que as ordens jurídicas se comuniquem de modo transversal, se relacionem e interajam de modo cooperativo, não sendo interessante aos direitos humanos uma postura de competição entre os sistemas jurídicos colidentes, de prevalência de um em detrimento do outro, mas sim de entrelaçamento em busca de soluções interdisciplinares²⁴⁵.

Por transconstitucionalismo, sinteticamente, portanto, entende-se o entrelaçamento de ordens jurídicas diversas, tanto estatais como transnacionais, internacionais e supranacionais, em torno dos mesmos problemas de natureza constitucional, no conceito de Marcelo Neves²⁴⁶.

As experiências no sentido de incorporação deste transconstitucionalismo se propagam, inclusive, não apenas no reconhecimento da necessidade de diálogo entre as fontes internacionais e nacionais, mas também entre Estados, ou seja, pela utilização tanto do direito convencional quanto do direito estrangeiro. É o que também coloca a doutrina como diálogos horizontal ou vertical.

O diálogo horizontal ocorre entre órgãos de mesmo nível, ou seja, entre Cortes Constitucionais de países distintos. Mas, entretanto, entre elas, “tiene un carácter discrecional, pues no existe ninguna obligación normativa que lo exija”²⁴⁷, como refere Bonilla. Ou seja, neste diálogo entre cortes constitucionais estrangeiras, a decisão por uma tomada não vincula a outra, mas tão somente serve de exemplo. Com isto, o juiz nacional possui total autonomia em relação à decisão proferida em outro país, utilizando a jurisprudência estrangeira como um método de comparação. Isto porque, inexistente qualquer vínculo jurídico entre eles e, ao fazer a comparação, naturalmente, devem ser ponderadas as diferentes culturas e peculiaridades de cada Estado.

Talvez o maior exemplo de comando ao diálogo venha da Constituição Sul-Africana,

²⁴⁴ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O Controle de Convencionalidade como parte de um Constitucionalismo Transnacional fundado na Pessoa Humana. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, Ano 39. v. 232. Jun. 2014. p. 364.

²⁴⁵ COSTA, Andréia da Silva. A harmonização entre Direito Interno e Internacional de Proteção dos Direitos Humanos no Sistema Interamericano: margem de apreciação, aderência nacional ou convergência paralelas? In.: LOPES, Ana Maria D’Ávila; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto (orgs.). *A internalização de tratados internacionais de direitos humanos na América do Sul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 55.

²⁴⁶ Remetendo-se à leitura da obra deste autor para o aprofundamento do tema (NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009).

²⁴⁷ BONILLA, Haideer Miranda. Diálogo interamericano en derechos humanos. *Rivista do Diretti Comparati*. n. 1, p. 66, 2017.

que estabelece em seu art. 39 (1):

When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum - (a) must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom; (b) must consider international law; and (c) may consider foreign law”²⁴⁸.

Portanto, no sistema normativo sul-africano, o juiz nacional *deve* considerar o direito internacional e *pode* considerar o direito estrangeiro. Ou seja, torna imperativa a observância, pelo juiz sul-africano, das normas convencionadas por aquele Estado, assim como autoriza a utilização do direito estrangeiro.

Este diálogo horizontal também pode ocorrer entre cortes internacionais, como entre as cortes dos Sistemas Americano, Europeu ou Africano de Direitos Humanos. É cada vez mais frequente o diálogo horizontal travado entre a Corte IDH e a Corte EDH, sendo que aquela desde o princípio assim atuou em decorrência do maior grau de desenvolvimento desta última.

Já a Corte EDH possui maiores resistências na utilização da jurisprudência da sua similar interamericana, embora tenha se valido de forma reiterada da jurisprudência oriunda da desta, especialmente em tempos mais recentes e em temas como o desaparecimento forçado de pessoas. Isto em razão das peculiaridades da corte americana, que proferiu várias decisões neste tema, decorrentes dos regimes ditatoriais que assolaram o continente, pelo que a matéria ganhou boa parte da atenção da corte sediada na Costa Rica.

Esta resistência por parte da Corte EDH, segundo Squeff, Silva e Oliveira, é em decorrência do fato de que a “herança colonial, em especial, relacionada à colonialidade do conhecimento, impede que a Europa olhe para as sentenças interamericanas como fonte legítima de novos saberes e possibilidades”²⁴⁹.

Mas este diálogo deve ser incentivado. Até porque, como refere Piovesan, “a partir do diálogo inter-regional será possível identificar as fortalezas, potencialidades, bem como as debilidades e limitações de cada sistema, permitindo intercâmbios voltados ao refinamento de cada sistema”²⁵⁰.

²⁴⁸ Disponível em: <https://www.justice.gov.za/legislation/constitution/saconstitution-web-eng.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2022.

²⁴⁹ SQUEFF, Tatiana Cardoso; SILVA, Bianca Gumarães; OLIVEIRA, Laura Marques de. Existe uma troca efetiva entre as cortes internacionais? Um estudo a partir dos casos de asilo diplomático perante à Corte Europeia e à Corte Interamericana de Direitos Humanos. In.: SQUEFF, Tatiana Cardoso; MOREIRA, Thiago Oliveira (Orgs.). *Direito Internacional dos Direitos Humanos e as pessoas em situação de vulnerabilidade*. v. 4. Tomo I. Natal: Polimatia, 2023. p. 244.

²⁵⁰ PIOVESAN, Flávia. Controle de convencionalidade Direitos Humanos e diálogo entre jurisdições. In. MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 143.

Já o diálogo vertical é aquele realizado por cortes com diferentes hierarquias, como é o caso da Corte IDH e as cortes constitucionais dos Estados que aceitaram a sua jurisdição dentro do Sistema Americano de Direitos Humanos. Neste caso, como refere Bonilla:

En el interior del ordenamento de una organización supranacional, en el que están presentes, juntos a los tribunales estatales, tribunales previstos por un tratado internacional, a los que se concede más o menos incisivas competencias de intervención, las relaciones entre jurisprudencias son necesarias y es inevitable aclarar los espacios recíprocos de intervención²⁵¹.

Sidney Guerra apresenta, ainda, uma outra espécie de diálogo horizontal e vertical entre cortes internacionais e nacionais, o qual difere do que antes fora referido, pois nesta classificação leva em conta a forma em que se relacionam a Corte IDH e as cortes nacionais dos países que fazem parte do Sistema Americano de Direitos Humanos. Segundo ele, citando expressamente o Brasil, “os diálogos horizontais são aqueles em que o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno brasileiro guardam ou relação de complementariedade ou de integração”²⁵². Já nos diálogos verticais, a relação é mais complexa e aparentemente dotada de rivalidade, sendo que “nos casos em que a legislação interna é omissa na tutela de algum direito, o diálogo de verticalidade promoverá a inserção da norma internacional para compor nosso ordenamento jurídico, garantido o cumprimento dos compromissos estabelecidos no tratado ratificado pelo país”²⁵³.

Mesmo referindo-se que estes são espaços de diálogos, a Corte IDH tem afirmado em suas decisões que a desconsideração da sua jurisprudência pode levar à condenação do país por infração aos acordos internacionais assumidos, ou seja, o caráter discricionário do magistrado nacional, levado a termo esta jurisprudência, é quase que anulado, o que também fora objeto de críticas no sistema europeu e levou à criação da doutrina da margem de apreciação nacional, sobre a qual se deterá no último capítulo.

Ademais, refere Sarmiento que “existe uma tendência crescente e positiva de invocação do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito comparado na interpretação

²⁵¹ BONILLA, Haideer Miranda. Diálogo interamericano en derechos humanos. *Rivista do Diretti Comparati*. n. 1, p. 70, 2017.

²⁵² GUERRA, Sidney. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Grande Editora, 2023. p. 358.

²⁵³ GUERRA, Sidney. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Grande Editora, 2023. p. 359.

constitucional. Hoje, as ideias constitucionais ‘migram’²⁵⁴. A globalização trouxe como reflexo esta realidade, na qual toda a produção normativa nacional e internacional, bem como as interpretações delas geradas pelos seus respectivos organismos de controle, propiciam um diálogo constante, pelo meio do qual todos evoluem, principalmente na defesa dos direitos humanos²⁵⁵.

Neste tema, refere Afonso da Silva que “o diálogo constitucional transnacional pode ocorrer de diversas maneiras. Aqui interessam duas das principais: os *empréstimos* e a *migração* de ideais constitucionais”²⁵⁶. Empréstimos constitucionais num sentido mais amplo do que a simples importação de regras constitucionais de um país para outro, mas propriamente o transplante transnacional de teses constitucionais ou de ideias.

Por sua vez, Vicki C. Jackson²⁵⁷ faz instigante provocação e reflexão ao propor três posturas constitucionais que podem ocorrer diante das fontes transnacionais: a *resistência*, quando se verifica a inexistência de diálogo; a *convergência*, que ocorre quando existe a firme intenção de harmonizar fontes constitucionais com as fontes internacionais e o direito comparado; e o *engajamento*, que ocorre quando existe a abertura para que o diálogo entre fontes nacionais e internacionais ocorram, mas com a devida ponderação da cultura nacional.

As aberturas constitucionais ao direito internacional, antes referidas, são “manifestations of the new universe in which domestic constitutions operate - an increasingly transnational legal environment of international treaties, customary international law, unilateral and bilateral agreements, and supranational infrastructures of trade law and human rights

²⁵⁴ SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais, Constituição e Direito Internacional: diálogo e fricções. In.: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. *Impacto das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na jurisprudência do STF*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 319.

²⁵⁵ Um exemplo primoroso de diálogo é a previsão do instituto do Reenvio Prejudicial no art. 267 do TFUE. “Estabelece o referido artigo que o Tribunal de Justiça da União Europeia terá competência de se manifestar sobre a interpretação dos Tratados, assim como sobre a validade e interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos e organismos da União. Disto extrai-se, inicialmente, que qualquer juiz, ou tribunal interno, dos Estados-membros da União Europeia poderá solicitar ao Tribunal de Justiça da União Europeia a interpretação do Direito da União, o qual, interpretado, é utilizado vinculativamente pelo julgador interno para a solução de uma demanda que lhe é posta a decidir. Portanto, constata-se uma dupla competência imputada aos Tribunais da União Europeia em matéria prejudicial, cujas manifestações deverão ser necessariamente observadas para legitimar o direcionamento do questionamento”. FLORES, Cristiano Vilhalba. *Controle de Convencionalidade: integração jurídica e legitimidade do particular*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 83-84.

²⁵⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In.: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (orgs.), *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 518.

²⁵⁷ JACKSON, Vicki. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. New York: Oxford, 2010. p. 01. Disponível em: <https://web.s.ebscohost.com/ehost/ebookviewer/ebook/ZTAwMHh3d19fMTIwNDYxMI9fQU41?sid=a6eb4605-bb8c-4ae1-9c37-8daecce3dbfc@redis&vid=1&format=EB&rid=1>. Acesso em: 03 jan. 2023.

law”²⁵⁸. Portanto, consiste numa pauta que não pode ser omitida do debate atual, embora possa haver grande resistência interna dos países.

2.3 O Constitucionalismo internacional

A possibilidade da existência, na atualidade, de um constitucionalismo internacional, por sua íntima ligação com o fenômeno do transconstitucionalismo nos leva a uma breve reflexão sobre o tema. Isto porque, surge a partir do debate desta nova forma de constitucionalismo, agora transversal, como visto no item anterior.

Kelsen já apontava, no início do século passado, não ser possível se falar numa comunidade mundial, mas sim numa “unidade cognoscitiva de todo o Direito, o que significa que podemos conceber o conjunto formado pelo Direito internacional e as ordens jurídicas nacionais como um sistema unitário de normas – justamente como estamos acostumados a considerar como uma unidade a ordem jurídica do Estado singular”²⁵⁹.

Portanto, não há como pensar o constitucionalismo internacional como sendo a criação de um documento único a servir a todas as nações. Seria uma utopia diante das diferenças sociais e culturais dos povos que habitam uma região, como é o caso das Américas. O que se pode defender, como propõe Alvarado, é a constituição de um conjunto de normas, de diferentes níveis, mas que se comunicam e se articulam com a finalidade de garantir a dignidade da pessoa humana pela organização e limitação do poder²⁶⁰. Ou seja, somente parece ser possível se falar em constitucionalismo internacional a partir da interligação dialógica entre os sistemas nacionais e internacionais²⁶¹ e com o intuito de por ele reconhecer elementos fundamentais também ao direito internacional, como a democracia e a dignidade da pessoa humana, assim como a constituição de um marco normativo de salvaguarda dos valores mínimos internacionais em termos de Direitos Humanos. É da soma dos sistemas nacional e internacional que surge

²⁵⁸ JACKSON, Vicki. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. New York: Oxford, 2010. p. 01. Disponível em: <https://web.s.ebscohost.com/ehost/ebookviewer/ebook/ZTAwMHh3d19fMTlwNDYxMI9fOU41?sid=a6eb4605-bb8c-4ae1-9c37-8daecce3dbfc@redis&vid=1&format=EB&rid=1>. Acesso em: 03 jan. 2023.

²⁵⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 5 ed. São Paulo: Fontes Martins, 1996. p. 364.

²⁶⁰ ALVARADO, Paola Andrea Acosta. *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. Madrid:Universidad Complutense de Madrid, 2015. p. 287.

²⁶¹ Ou constitucionalismo multinível, como defende Alvarado (ALVARADO, Paola Andrea Acosta. *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. Madrid:Universidad Complutense de Madrid, 2015. p. 287).

uma pretensão de constitucionalismo internacional ou global.

Nesta seara, no Sistema Americano de Direitos Humanos, como defende Piovesan, a CADH funciona como uma espécie de código interamericano de Direitos Humanos, criando consensos mínimos, ou um piso mínimo de proteção, mas nunca o seu teto máximo, tendo em vista que serve para: “a) promover e encorajar avanços no plano interno dos Estados; b) prevenir recuos e retrocessos no regime de proteção de direitos”²⁶².

Portanto, o próprio sistema interamericano encoraja e exige a constituição deste conjunto de normas transversais para fins da evolução regional dos direitos humanos, o que poderia também servir à ideia de constitucionalismo internacional. Ou regional.

O que se pode admitir, portanto, é que o direito internacional possa se valer de características constitucionais para atingir os fins buscados em prol da defesa dos Direitos Humanos. Ou seja, a constituição de um documento normativo que venha a reconhecer valores mínimos fundamentais a nutrir o direito internacional. Mas nesta construção, não há como se deixar de lado a importância da participação dos sistemas nacionais, pois ao agir de forma articulada com o sistema regional, mais efetiva será a proteção do indivíduo e melhor se poderá controlar o poder do Estado.

Defende Piovesan, que “o sistema regional interamericano simboliza a consolidação de um “constitucionalismo regional”, que objetiva salvaguardar direitos humanos no plano interamericano”²⁶³. E, diante disso, é necessário que se tenha ciência de que a participação dos juízes nacionais é relevante para o desenvolvimento do tema, pois responsáveis pela evolução interna dos Direitos Humanos, possibilitando, até mesmo, o seu desenvolvimento regional, como se demonstrará no capítulo IV.

Portanto, neste constitucionalismo multinível, de pluralismos constitucionais, normas e autoridades que se relacionem de forma cooperativa e complementar, sem regras de hierarquia, colaboram para o desenvolvimento da defesa do indivíduo na região em que estão inseridos²⁶⁴.

A supremacia destas normas constitucionais não depende de sua hierarquia, mas sim da função de defesa que desempenham dentro do sistema de proteção do ser humano, sempre

²⁶² PIOVESAN, Flávia. Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: impacto, desafios e perspectivas a luz da experiência brasileira. In.: ALVARADO, Paola Andrea Acosta; POBLETE, Manoel Núñez. *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionale y nacionales*. Madrid:Universidad Complutense de Madrid, 2012. p. 143.

²⁶³ PIOVESAN, Flávia. Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: impacto, desafios e perspectivas a luz da experiência brasileira. In.: ALVARADO, Paola Andrea Acosta; POBLETE, Manoel Núñez. *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionale y nacionales*. Madrid:Universidad Complutense de Madrid, 2012. p. 143.

²⁶⁴ ALVARADO, Paola Andrea Acosta. *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. Madrid:Universidad Complutense de Madrid, 2015. p. 287.

respeitando um processo dialógico entre elas. Até porque, “los propios resultados del diálogo refuerzan este reconocimiento toda vez que permiten ubicar a los derechos humanos como fundamento y norte a seguir del ordenamiento interamericano y de los derechos internos”²⁶⁵.

Diante disso, se pode afirmar que os campos de proteção nacional e regional se complementam e se harmonizam em nome da defesa da dignidade da pessoa humana. Possibilita a construção de uma constituição em rede, como define Alvarado, ou seja, por este entrelaçamento de sistemas forma-se um *ius commune* americano, sobre o qual se tratará logo adiante, e que serve como fio condutor de toda a constitucionalização na região, como refere a mesma autora²⁶⁶. Constitucionalismo internacional, portanto, que só pode ser visto como o conjunto de normas que se entrelaçam e geram um nível de proteção mais elevado do ser humano, não sendo possível se pensar como sendo um documento único a reger os Estados.

2.4 O relacionamento entre o Direito Internacional e o Direito Interno pelo diálogo das cortes

Para que haja esta coerência entre os sistemas nacionais e os internacionais, ao ponto de se pensar num constitucionalismo internacional, é necessário que o diálogo entre estes dois mundos seja realizado. E, pode-se afirmar, que o relacionamento entre o direito internacional e o direito interno decorre da forma com a qual se relacionam as cortes internacionais e as nacionais. É preciso ser ter ciência que hoje em dia “surtem cada vez mais frequentes casos-problemas jurídico-constitucionais cuja solução interessa, simultaneamente, às diversas ordens envolvidas”, como alerta Neves²⁶⁷. E, diante disso, há de se ter consciência da existência de uma sociedade internacional pluralista que exige diálogo, pois, como referem Aguiar Filho, Liziero e Del Masso,

Por meio de decisões de tais cortes, o intercâmbio entre tais na sociedade global é maximizada, uma vez que tal diálogo deve contribuir com a incorporação de novas formas de argumentação em questões semelhantes, pautada tanto na razoabilidade e adequação de tais modos de pensar o direito (com a devida contextualização e localização em ordens internas quando

²⁶⁵ ALVARADO, Paola Andrea Acosta. *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. Madrid:Universidad Complutense de Madrid, 2015. p. 288.

²⁶⁶ ALVARADO, Paola Andrea Acosta. *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. Madrid:Universidad Complutense de Madrid, 2015. p. 290.

²⁶⁷ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 132.

necessária), bem como no respeito à previsibilidade das decisões (consequentemente, diminuindo o fator surpresa) com base em precedentes²⁶⁸.

O papel da Corte IDH, como alerta Alvarado, é de extrema importância no reconhecimento da existência de interesse comum da humanidade que é a defesa do indivíduo, o qual, como visto no capítulo anterior, foi guindado à condição de sujeito de direito internacional. Ou seja, “nuestro juez regional fundamenta su trabajo en una de las ideas que sirven de telón de fondo al constitucionalismo: la existencia de una comunidad legal internacional y en la necesidad de proteger uno de sus pilares fundamentales, cual es la dignidad humana”²⁶⁹. A Corte IDH, portanto, emite sinal claro de que, daqui por diante, o fundamento da atuação do direito internacional passa a ser o indivíduo, e não mais os Estados como de regra no direito internacional clássico, pois remete aos juízes o papel de garantidores dos Direitos Humanos por meio do controle de convencionalidade nacional e internacional, tendo sempre a dignidade da pessoa humana como fio condutor, como visto no capítulo anterior.

Mas esta atuação da Corte IDH não pode ser isolada. É preciso que, num processo cooperativo para a defesa do indivíduo, ela passe a dialogar com os sistemas jurídicos internos dos países da região. Como referem Schäfer, Rios, Leivas e Gomes, “o diálogo entre Cortes pode, assim, ser definido como uma comunicação entre dois ou mais órgãos jurisdicionais, com possibilidade de influências recíprocas, tendo por finalidade solucionar uma determinada questão apresentada a um deles”²⁷⁰. É por meio desse diálogo que a existência de normas aparentemente contraditórias nos sistemas interno e externo podem harmonizarem-se na busca da proteção efetiva dos direitos humanos, com vista à proteção mais ampla do ser humano, pois “o que na verdade existe é cooperação e complementariedade dentre as decisões internacionais emanadas de tais Cortes, fazendo nascer uma rede policêntrica de tribunais que termina por enriquecer e capacitar o Direito Internacional para a resolução das mais diversas contendas”²⁷¹.

Lopes e Santos Júnior também atentam para o fato de que esse tipo de diálogo vem se tornando cada vez mais frequente. Ou seja, os juízes nacionais passam a incorporar trechos ou

²⁶⁸ AGUIAR FILHO, Valfredo de Andrade; LIZIERO, Leonam; DEL MASSO, Fabiano Dolenc. Diálogo entre Cortes e precedentes no processo civil brasileiro: integração da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em Tribunais Superiores e Subnacionais. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 22, n. 2, Maringá, p. 312, 2022.

²⁶⁹ ALVARADO, Paola Andrea Acosta. *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. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2015. p. 222.

²⁷⁰ SCHÄFER, Gilberto; RIOS, Roger Raupp; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; GOMES, Jesus Tupã Silveira. Diálogo entre o Supremo Tribunal Federal brasileiro e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma realidade nos dias atuais? *Revista da Ajuris*, v. 44, n. 143, p. 210, 2017.

²⁷¹ HARDMAN, Antônio Ítalo. Controle de Convencionalidade e a nova constituição: o interconstitucionalismo à luz do Direito Interamericano. In.: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (coords.). *Controle de Convencionalidade: temas aprofundados*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 212.

citar julgados realizados em outras realidades nacionais ou em órgãos internacionais, especialmente a Corte IDH. Nas palavras de Neves, “o que os juízes fazem não é incorporar uma determinada lei na sua decisão, mas, a partir do diálogo, introduzem a solução de um caso semelhante adotada por uma corte internacional, por meio de ideias ou teorias constitucionais”²⁷². Não se está, assim, diante de redes verticais, hierárquicas, mas sim um ‘entrelaçamento entre ordens de tipo diferente’²⁷³.

A relação entre normas oriundas de acordos internacionais – tratados ou convenções – é um dos mais intrincados desafios da atualidade pela complexidade das relações entre Estados, em decorrência de suas políticas interna e externa e uma gama de normas a regular estas inter-relações, impondo a todos uma série de responsabilidades internacionais, especialmente em matéria de Direitos Humanos.

Além do que, como refere Sarmento:

Sob o ângulo constitucional, a normativa internacional desfruta, no âmbito interno, da hierarquia e força normativa que lhe atribuir a Constituição. Do outro lado, o Direito Internacional, que a cada dia rege um âmbito mais extenso de temas, também afirma a superioridade das suas normas em face do direito interno dos Estados – inclusive o estabelecido em suas constituições²⁷⁴.

Mas com isto não se quer dizer que a comunidade jurídica nacional e internacional não venha dando a necessária atenção a esta problemática, especialmente no campo acadêmico, pois é crescente o número de trabalhos neste tema, pelo que se traz a didática lição do jurista português Jorge Miranda, que classifica em dois modelos a forma de os Estados darem relevância às normas internacionais: O Sistema Transformador ou de execução e o Sistema de *Receção* ou de *Receção* automática²⁷⁵. Pelo primeiro, as normas internacionais só vigoram na ordem interna quando convertidas em leis nacionais, podendo ainda ser de forma explícita, quando todo o texto precisa ser nela repetida, ou implícita, quando exige apenas que passe pelo procedimento legislativo para a sua internalização. Já no sistema de *Receção*, pode ele ser pleno, quando a recepção de quaisquer normas vincula o Estado, ou semiplena, quando apenas

²⁷² LOPES, Ana Maria D’ávila; SANTOS JUNIOR, Luís Haroldo Pereira dos Santos. A Corte Interamericana de Direitos Humanos como guia interpretativo: superando o modelo impositivo do controle de convencionalidade para o resgate do modelo dialógico. In.: LOPES, Ana Maria D’ávila; PAREDES, Felipe Paredes; LAZARTE, Renata Bregaglio. *Tendências Jurisprudenciais da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 18.

²⁷³ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 132.

²⁷⁴ SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais, Constituição e Direito Internacional: diálogo e fricções. In.: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. *Impacto das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na jurisprudência do STF*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 308.

²⁷⁵ MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público*. 6. ed. Parede: Principia, 2021. p. 147.

vincula a uma determinada matéria.

No Brasil pode-se verificar que vige o sistema de recepção automática, pois quando recepcionado qualquer tratado ou convenção, passa o Estado a ele vincular-se, embora que com diferentes graus hierárquicos em razão da matéria e até mesmo pelo quórum atingido quando se tratar de matéria de Direitos Humanos, pela previsão do art. 5º, §3º, da Constituição Federal²⁷⁶. Embora refira Miranda que

No Brasil há elementos algo contraditórios na Constituição. Por um lado, o processo de aprovação dos tratados aponta claramente para um sistema de transformação. Por outro lado, o longo elenco de princípios e objetivos das relações internacionais (art. 4º) patenteia uma concepção automática; e o mesmo se diga de preceitos avulsos em que se pressupõe uma aplicação direta na ordem interna (os arts. 102º, II, alínea a, 105º, III e 178º e 192º). Ao invés, dúvidas não há acerca da incorporação dos tratados de salvaguarda de direitos do homem. Estes vigoram diretamente enquanto tais, pois estabelecem outros direitos para lá do que a Constituição prevê (art. 5º, §2.) e até, se aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (art. 5º, §3.)²⁷⁷.

Ou seja, na esteira da tendência mundial, no Brasil pode-se defender a possibilidade de que os tratados de direitos humanos venham a ter imediata aplicabilidade pelo sistema interno. Mesmo assim, deve-se reconhecer que todos os legisladores constituintes nacionais são muito cautelosos em referir exatamente o local do Direito Internacional na ordem interna, a exemplo da Constituição brasileira, que nada define neste aspecto.

De qualquer forma, jamais se deve olvidar, como alerta Miranda, de duas distinções das funções exercidas pelo direito internacional internamente: de garantia e de reforço de normas já consagradas no direito nacional, sendo proibido aos Estados desrespeitá-las ou restringi-las; prospectiva ou diretiva, tendentes à atribuição de novos direitos, devendo os Estados adotarem todas as medidas necessárias para a sua efetivação²⁷⁸.

Diante disto é que se verifica o caráter colaborativo que os dois sistemas, nacional e internacional, devem ter para que os Direitos Humanos possam ser garantidos de forma plena

²⁷⁶ Entretanto, é necessário se fazer a ressalva de que aqui não se trata da possibilidade da aplicação do princípio da aplicabilidade direta das normas internacionais, instituto este consagrado na União Europeia, onde as normas que advêm do direito comunitário tem aplicabilidade imediata na ordem interna, sem a necessidade de passar por qualquer forma de recepção nos países que integram o referido acordo regional. Instituto este que aliado com primazia do direito comunitário, forjados no Tribunal de Justiça da União Europeia, foram os grandes garantidores do sucesso do acordo, mas sobre os quais não nos deteremos no presente trabalho por questões de relevância temática, mas remetemos a obra que decorreu da dissertação de mestrado: FLORES, Cristiano Vilhalba. *Controle de Convencionalidade: integração jurídica e legitimidade do particular*. Curitiba: Juruá, 2018.

²⁷⁷ MIRANDA, Jorge. Curso de Direito Internacional Público. 6. ed. Parede: Principia, 2021. p. 150-151.

²⁷⁸ MIRANDA, Jorge. Curso de Direito Internacional Público. 6. ed. Parede: Principia, 2021. p. 327.

no continente americano. Até porque, como aponta Neves, o transconstitucionalismo desenvolve-se a partir de um paradoxo, na medida em que os Estados constituem o direito internacional público e este, por sua vez, constitui o Estado²⁷⁹.

É importante, ainda, não esquecer o que referem Dias e Mohallem, ou seja, de que “o estabelecimento de um diálogo, obviamente, dependerá de ao menos duas partes envolvidas construtivamente em uma troca de ideias. O diálogo se construirá com o advento da reciprocidade, estruturação dos canais de comunicação e substantivo impacto transformado”²⁸⁰. Isto porque, como adverte Neves,

Não obstante, a disposição para o aprendizado em ambos os lados, mediante a formação de uma rede transversal construtiva, ou seja, o transconstitucionalismo, é decisiva para soluções satisfatórias nessa área de colisão. Internacionalismo e nacionalismo, nessa hipótese, poderão levar a atitudes destrutivas para os direitos humanos ou fundamentais²⁸¹.

Nesta esteira, novamente entra o relevante papel do juiz brasileiro como propulsor deste diálogo com as demais cortes de outros países e, especialmente, com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, diálogo este que também colabora para o alargamento dos blocos de constitucionalidade e convencionalidade no país.

2.5 Os blocos de constitucionalidade e convencionalidade e a proibição de retrocesso

Este entrelaçamento de ordens jurídicas nacionais e internacionais, portanto, formatando um novo constitucionalismo, agora transnacional, acaba por gerar um também inédito reflexo aos blocos de constitucionalidade e convencionalidade.

Em que pese a baixa adesão brasileira ao diálogo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos²⁸², o bloco de constitucionalidade que se forma – assim como propriamente um bloco de convencionalidade – é fundamental para a busca do papel construtor de consensos pelos sistemas internos de justiça dos países com vistas a formar um *ius commune* americano.

²⁷⁹ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 135.

²⁸⁰ DIAS, Roberto; MOHALLEM, Michael Freitas. O diálogo jurisdicional sobre direitos humanos e a ascensão da rede global de Cortes Constitucionais. In.: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (coords.). *Ius Constitutionale commune na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2016. v. 3, p. 252.

²⁸¹ NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. *Revista de Informação Legislativa*, v. 51, n. 201, p. 198, 2014.

²⁸² Como se verifica da pesquisa realizada pelo CNJ (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Comportamento judicial em relação a Convenção Americana sobre Direitos Humanos: uma análise empírica do Poder Judiciário brasileiro*. Brasília: CNJ, 2023) e que mais adiante será melhor explorada.

O bloco de constitucionalidade, instituto de origem francesa, como já referido, encontra lugar a partir da abertura material conferida pelo processo constituinte brasileiro, por meio do §2º do art. 5º da Constituição Federal, quando se passa a admitir este instituto no país. Bloco de constitucionalidade que “pode ser definido como o conjunto de normas materialmente constitucionais que, junto com a constituição codificada de um Estado, formam um bloco normativo de hierarquia constitucional”²⁸³, na definição de Lopes e Chehab. E como refere Sarmento:

No ordenamento jurídico brasileiro, todas as normas contidas no texto constitucional integram o bloco de constitucionalidade. Também o integram preceitos constantes de emendas constitucionais que não foram incorporadas ao texto da constituição. Além disso, existem princípios não escritos, que podem ser extraídos pela via hermenêutica da ordem constitucional, que também compõem nosso bloco de constitucionalidade. Nessa matéria, o principal debate travado no país diz respeito aos tratados internacionais sobre direitos humanos²⁸⁴.

No que diz respeito aos tratados internacionais de Direitos Humanos, tratar-se-á logo a diante.

Este fenômeno não é exclusividade do Brasil, pois se pode facilmente encontrá-lo no continente americano. Na Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia, o bloco de constitucionalidade decorre do parágrafo II do art. 410 que estabelece: *El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país*. Em que pese nesta mesma norma, coloque os tratados internacionais hierarquicamente em nível inferior à Carta política.

Da mesma forma, o art. 75, inc. 22, da Constituição Argentina, reformada em 1994, quando dá aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo país o status constitucional. A atual Constituição Peruana, por sua vez, estabelece que os direitos reconhecidos constitucionalmente devem ser interpretados em conformidade com os tratados de direitos humanos que o país tenha ratificado. O que também consta do art. 93 da Constituição Colombiana, reformada em 1997. A hierarquia constitucional também foi reconhecida na

²⁸³ LOPES, Ana Maria D’ávila; CHEHAB, Isabelle Maria Campos Vasconcelos. Bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade: reforçando a proteção dos Direitos Humanos no Brasil. *Revista Brasileira de Direito*, v. 12, n. 2, p. 83, 2016.

²⁸⁴ SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais, Constituição e Direito Internacional: diálogo e fricções. In.: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. *Impacto das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na jurisprudência do STF*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 310-311.

Constituição mexicana, assim como a cláusula interpretativa *pro persona*. Princípio que, como visto, decorrente da permeabilidade interpretativa advinda do art. 29 da CADH.

Parece razoável se afirmar, portanto, que no ambiente americano, o bloco de constitucionalidade, hoje em dia, não é mais integrado tão somente pelas normas do corpo constitucional, mas também os tratados com hierarquia constitucional e as interpretações dadas a eles pela Corte IDH e pelos próprios sistemas nacionais de justiça, além, no caso brasileiro, da “jurisprudência vinculante (sumulada) criada e desenvolvida especialmente pelo STF”²⁸⁵. No entanto, vale a advertência de Góngora-Mera, quando relaciona-se o bloco de constitucionalidade à atuação da Corte IDH:

La competencia de la Corte Interamericana de interpretar la Convención Americana y otros instrumentos interamericanos que tienen jerarquía constitucional en el nivel nacional le concede una autoridad con relevancia deferenciada que debería ser reconocida a nivel nacional al menos como un precedente persuasivo que no puede ser desconocido sin adecuada justificación. Pero igualmente, la Corte Interamericana debe demostrar cierta deferencia a los estándares nacionales de derechos humanos que sean congruentes con los instrumentos interamericanos si no quiere arriesgar su propia legitimidad y la cohesión del sistema²⁸⁶.

Ademais, é preciso se ter em conta que a perspectiva do controle de convencionalidade, a partir deste bloco interamericano, ocorre “quando a proteção derivada do direito internacional dos direitos humanos seja mais efetiva ou estabeleça restrições menos profundas aos direitos humanos atingidos pelo ato interno”²⁸⁷, com refere Conti, pois já havendo melhor defesa da pessoa humana dentro do sistema nacional de justiça não há porque buscar no ordenamento internacional fonte normativa para a sua defesa.

Portanto, a partir do paradigma do controle se diferencia o bloco de convencionalidade do bloco de constitucionalidade, uma vez que quando parte dos tratados e convenções internacionais e suas interpretações se está falando do primeiro, sendo que o segundo se perfectibiliza a partir das normas constitucionais e tratados e convenções recepcionadas pelo quórum qualificado do art. 5º, §3º da Constituição Federal. Esta diferenciação, entretanto, apenas terá reflexos no controle concentrado de constitucionalidade exercido exclusivamente

²⁸⁵ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O Controle de Convencionalidade como parte de um Constitucionalismo Transnacional fundado na Pessoa Humana. *Revista de Processo*, v. 39. n 232, , 2014. p. 365.

²⁸⁶ GÓNGORA, Manuel Eduardo. Interacciones y convergencias entre la corte interamericana de derechos humanos y los tribunales constitucionales nacionales.: un enfoque coevolutivo. In.: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Moraes. *Direitos humanos, democracia e Integração jurídica: emergência de um novo direito público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 317.

²⁸⁷ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O Controle de Convencionalidade como parte de um Constitucionalismo Transnacional fundado na Pessoa Humana. *Revista de Processo*, v. 39. n 232, 2014. p. 366.

pelo STF – pelo menos enquanto não avançar sua jurisprudência para alcançar a todos o caráter constitucional –, sendo que tanto o bloco de constitucionalidade quanto o de convencionalidade podem, e devem, ser realizados no controle difuso, uma vez presente a materialidade constitucional de todos os tratados de Direitos Humanos que o Brasil tenha ratificado.

Entretanto, este entendimento da Corte Suprema brasileira pode remeter o controle de convencionalidade a condição de subalterno do controle de constitucionalidade, pois não se afasta a possibilidade de que um tratado internacional de direitos humanos venha a ser considerado inconstitucional, como alerta Sarlet²⁸⁸, fato que por si só demanda atenção de todos os operadores do direito.

2.5.1 A Dignidade da pessoa humana como parâmetro aos blocos de constitucionalidade e convencionalidade

Já no seu primeiro artigo, inciso III, a Constituição brasileira veio a estabelecer a dignidade da pessoa humana como um dos pilares a estruturar todo o Estado brasileiro, o que vem ao encontro da “progressiva afirmação universalista do Direito Internacional dos Direitos Humanos, cuja base axiológica da dignidade da pessoa humana impõe ao Direito Internacional o reconhecimento a todo o ser humano, em qualquer parte e em qualquer época de um mínimo de direitos fundamentais”²⁸⁹, nas palavras de Sidney Guerra.

Diante disso, é possível se verificar que, a exemplo de que já acontecera no direito internacional, a dignidade da pessoa humana passa a ter extrema relevância dentro do ordenamento constitucional brasileiro, pelo que “hodiernamente as Declarações de Direitos contempladas no plano internacional e nas Constituições dos países livres consignam capítulo especial aos Direitos e Garantias Fundamentais, como condição essencial da manutenção da vida em sociedade”²⁹⁰. Portanto, o caráter universalista da dignidade da pessoa humana veio a permear as constituições, como é o caso da brasileira e, como isso, “evidencia-se, pois que a dignidade da pessoa humana passa a ser considerada núcleo fundamentador do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Interno”²⁹¹.

²⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos na perspectiva do assim chamado Controle de Convencionalidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 112.

²⁸⁹ GUERRA, Sidney. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Grande Editora, 2023. p. 336.

²⁹⁰ GUERRA, Sidney. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Grande Editora, 2023. p. 392.

²⁹¹ GUERRA, Sidney. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de*

A partir desse caráter de fundamentalidade da dignidade da pessoa humana, a sua inobservância pelos Estados os levaria a reiteradas condenações internacionais por infrações aos Direitos Humanos perante o sistema de proteção americano, o que remete aos Estados uma postura de abstenção de realização de condutas violadoras, mas também uma conduta positiva para não serem punidos por omissões. E, como defende Guerra, ciente desta missão é que o legislador constituinte brasileiro, para alcançar o ideal de vida digna, previu expressamente que todos os direitos e garantias conferidas aos indivíduos não se limitariam aos expressamente previstos na Constituição de 1988, mas também aos em tratados em que o Brasil venha a internalizar nessa temática.²⁹². Além disso,

Outra função do princípio da dignidade humana é justamente a de contribuir para a garantia da unidade da Constituição que, como norma fundamental, é capaz de coordenar o sistema jurídico e, através da utilização de outros princípios e regras de interpretação, contribuir para a devida harmonização entre as normas²⁹³.

Ou seja, este princípio também serve como forma de orientação para a harmonização jurídica na região, especialmente entre a norma internacional e a norma nacional de Direitos Humanos, na busca de maior efetividade desses direitos, que devem ser progressivos, onde emerja a igualdade e a dignidade de todos os seres humanos. E nesta busca pela coerência entre os sistemas nacional e internacional, tendo o princípio da dignidade da pessoa humana como fio condutor, os blocos de constitucionalidade e convencionalidade consolidam-se como meios para que os direitos humanos sejam a finalidade precípua da atividade estatal, dentre elas a atuação jurisdicional, o que remete aos magistrados brasileiros esta importante competência.

2.5.2 A proibição de retrocesso da convencionalidade declarada

No direito como um todo, a busca pela segurança jurídica é uma finalidade a que devem se propor todos os sistemas de justiça, especialmente quando se fale em Direitos Humanos. Como refere Sarlet,

Convém lembrar que, havendo (ou não) menção expressa no âmbito do

convencionalidade. 4. ed. Rio de Janeiro: Grande Editora, 2023. p. 394.

²⁹² GUERRA, Sidney. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Grande Editora, 2023. p. 395.

²⁹³ GUERRA, Sidney. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Grande Editora, 2023. p. 397.

direito positivado a um direito à segurança jurídica, de há muito, pelo menos no âmbito do pensamento constitucional contemporâneo, se enraizou a ideia de que um autêntico Estado de Direito é sempre também – pelo menos em princípio *e num certo sentido* – um Estado de segurança jurídica²⁹⁴.

Portanto, a segurança jurídica constitui-se simultaneamente em direito fundamental da pessoa humana e da ordem jurídica estatal e internacional, possuindo íntima relação com a proibição de retrocesso, pelo que este mesmo autor²⁹⁵ alerta que com qualquer supressão pura e simples do próprio núcleo essencial legislativamente concretizado de determinado direito social estará sendo afetada a própria dignidade da pessoa humana²⁹⁶.

Por sua vez, ao tratar do tema proibição de retrocesso, Barroso afirma que “por este princípio que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido²⁹⁷.”

E o mesmo se diga em relação aos blocos formados pela convencionalidade – ou convencionalidade – declarada, tendo em vista que, ao serem constituídos, acrescentam direitos ao patrimônio humano que não mais admitem retrocessos.

É preciso se estar atento, ainda, para o fato de que estes retrocessos podem ser tanto retroativos, quanto prospectivos, sendo que no primeiro caso as garantias já estão bastante afirmadas pelos preceitos constitucionais que garantem os direitos adquiridos, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Mas, quando falamos em prospecção, entra-se num campo um pouco mais delicado, em que pese que, no sistema brasileiro, exista a garantia de que as cláusulas pétreas não podem ser modificadas, na forma que fora estabelecido pelo art. 60, § 4º, da Constituição Federal. É necessário sempre se estar vigilante para que modificações legislativas, e até mesmo decisões jurisdicionais, não atinjam conquistas para o futuro, sob o argumento de evolução da lei ou da jurisprudência.

Sempre que um Estado evolui em prestações existenciais aos cidadãos, obriga-se a ponto de não mais poder retroceder. Como refere Calil de Freitas, “uma vez atingido um determinado nível sociocultural por intermédio da concretização dos direitos fundamentais, já não será

²⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 6. ed. p. 434.

²⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 6. ed. p. 435.

²⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 6. ed. p. 447.

²⁹⁷ BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*, 7. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 158.

compatível com a noção de Estado Democrático de Direito, admitir-se o retrocesso a níveis inferiores, sob pena de ofender-se tanto a segurança jurídica, quanto a segurança social”²⁹⁸.

Os direitos fundamentais já garantidos não podem mais ser retirados. Segundo Canotilho, “eles radicam-se subjectivamente não podendo os poderes públicos eliminar, sem compensação ou alternativa, o *núcleo essencial* já realizado desses direitos. Neste sentido, se fala também de *cláusulas de proibição de evolução reacionária* ou de *retrocesso social*”²⁹⁹. Portanto, como prossegue o renomado autor português, citando o acórdão do Tribunal Constitucional português nº 39/84 (DR, I, 5-5-1984):

A partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa³⁰⁰.

No entanto, é necessário ser ter em conta que “a proibição de retrocesso em sentido estrito não se manifesta apenas na esfera dos direitos fundamentais sociais (...) mas diz com a possibilidade de limitar a auto-reversibilidade de medidas do poder público que tenham concretizado direitos fundamentais em geral”, como defende Sarlet³⁰¹. Além disso, tanto quando o legislador ou constituinte derivado revoga um direito fundamental, quanto quando edita norma que o confronte, se estará diante de uma possibilidade de retrocessos reparáveis pela atuação jurisdicional do Poder Judiciário, pois tal ato, inclusive, vai de encontro à expressa vontade do constituinte originário materializada nas cláusulas pétreas à reforma da Constituição.

Pela vedação de retrocesso, portanto, evita-se que o Estado, por meio do legislador, revogue direitos fundamentais já reconhecidos anteriormente, muitas vezes dando concretude a preceitos constitucionais ou convencionados, impedindo que retorne ao estado de omissão constatado antes de ser emitida a norma, o que, ainda, garante que o país não venha a sofrer sanções internacionais pelos sistemas de proteção de Direitos Humanos.

É importante, no entanto, se ter em mente que, como refere Sarlet, “a proibição de

²⁹⁸ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 217.

²⁹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2000. p. 479.

³⁰⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2000. p. 479.

³⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 6. ed. p. 439-440.

retrocesso não poderia (...) resultar numa vedação absoluta de qualquer medida que tenha por objeto a promoção de ajustes, eventualmente até mesmo de alguma redução ou flexibilização em matéria de segurança social, onde realmente estiverem presentes os pressupostos para tanto”³⁰², pelo que sugere alguns critérios para uma solução constitucionalmente adequada. O primeiro deles é a necessidade de se manter no núcleo essencial dos direitos fundamentais, o qual tem íntima ligação com a dignidade da pessoa humana. Depois, a noção de mínimo existencial, pelo qual é garantido o mínimo material que assegure ao indivíduo uma vida digna e saudável³⁰³.

Ademais disso, é necessário se ter consciência, como afirma Ramos, de que

Cristalizou-se, no plano internacional, a chamada *proibição de retrocesso* ou *efeito cliquet*, pelo qual é vedado aos Estados que diminuam ou amesquinhem a proteção já conferida aos direitos humanos. Mesmo os tratados internacionais não podem impor restrições ou diminuir proteção de direitos humanos já alcançada³⁰⁴.

Portanto, a vedação de retrocesso também é imposta às normas internacionais, sendo que, em boa parte, internamente, esta questão pode ser resolvida pela aplicação do princípio *pro homine*.

Dentro do sistema jurídico brasileiro, o princípio da vedação do retrocesso também é admitido, pois ele também resulta, como refere Sarlet, “diretamente do princípio da maximização da eficácia de (todas) as normas de direitos fundamentais”³⁰⁵, pois é uma imposição do art. 5º, §1º, da Constituição Federal quando propõe a todos – aos três poderes – a proteção efetiva dos direitos humanos.

O ganho civilizatório, portanto, seja por meio dos sistemas jurídicos nacionais, seja pelos sistemas jurídicos internacionais, jamais poderá retroceder. Esta também é mais uma tarefa dada ao juiz brasileiro, pois assim como deve estar atento à evolução do Direitos Humanos dentro do país, deve também estar atento ao Sistema Americano de Direitos Humanos, especialmente a partir das decisões e opiniões consultivas emitidas pela Corte IDH.

³⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 6. ed. p. 454-455.

³⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 6. ed. p. 455.

³⁰⁴ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 291.

³⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 6. ed. p. 451.

2.5.3 A Emenda Constitucional nº 45/2004 e o bloco de convencionalidade

No sistema brasileiro, como já se referiu, uma diferenciação ainda é feita quando existir conflito da norma infraconstitucional com este bloco de constitucionalidade. Quando a infração é em decorrência de tratados internacionais que ingressam no sistema jurídico nacional com hierarquia constitucional – pois vige o controle de constitucionalidade que pode ser exercido pelo Poder Judiciário brasileiro na forma difusa ou concentrada e ambas as formas podem ser objeto de utilização em face do bloco de constitucionalidade – quaisquer juízes e Cortes brasileiras podem dele se utilizar, sendo que apenas ao STF fica reservada a declaração de inconstitucionalidade dos atos e normas internas, pelo controle concentrado de constitucionalidade. Diferente é quando este controle ocorre em razão do bloco de convencionalidade, o qual pode ser integrado por normas convencionadas que não ingressam formalmente no mesmo plano hierárquico da Constituição Federal, o qual necessariamente terá que ser exercida na forma difusa, inclusive pelo STF. Neste sentido, a lição de Sarlet:

O que de fato passa a ser relevante é que a diferença entre tratados com *status* equivalente aos de uma emenda constitucional e os demais tratados, dotados de hierarquia supralegal nos termos da orientação imprimida pelo STF, reside no fato de que os primeiros passam a integrar o bloco de constitucionalidade e, portanto, operam como parâmetro de um controle de constitucionalidade como de um controle de convencionalidade³⁰⁶.

Pelo menos esta é a conclusão que se retira a partir do entendimento da Corte Suprema brasileira, que ainda persiste nesta divisão hierárquica pela constitucionalidade formal da matéria internalizada, muito embora a doutrina majoritária considere que sempre que se falar em Direitos Humanos, estar-se-á diante de normas materialmente constitucionais.

É necessário, portanto, lembrar que a polêmica referente a esta abertura concedida pelo § 2º da Carta Magna brasileira fora o que motivou a promulgação da EC nº 45 de 2004, que veio a acrescentar o § 3º ao mesmo art. 5º da CF, dando caráter constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, quando internalizados pelo quórum qualificado lá previsto, o que, sabidamente, em nada colaborou para a pacificação deste tema, mas veio a acrescentar

³⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos na perspectiva do assim chamado Controle de Convencionalidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 111.

outros pontos polêmicos ao debate que não precisam ser aqui reprisados. Esta reforma constitucional, inclusive, teria a força de sepultar a discussão existente à época sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, tendo Mendes afirmado que “em termos práticos, trata-se de uma declaração eloquente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais”³⁰⁷.

No entanto, cabe referir o importante argumento lançado por Sarmento, quando tenta demonstrar que a ordem jurídica internacional, especialmente em matéria de direitos humanos, necessariamente precisa estar dentro do bloco de constitucionalidade dos países, pois

A hierarquia constitucional serviria para proteger mais intensamente os direitos humanos contidos nos tratados, em convergência com o espírito da Constituição de 88 e com a tendência mundial, surgida após a Segunda Guerra Mundial, de conceber tais direitos como limites à própria soberania estatal³⁰⁸.

Em sendo vencedora a tese de que formam o bloco de constitucionalidade brasileiro apenas as convenções e tratados recebidos pela forma qualificada, hoje seriam corpo da Constituição Federal brasileira tão somente a Convenção Internacional sobre os Direitos das pessoas com deficiências de Nova York, promulgada em 2009, o Tratado de Marraqueche para facilitar o acesso a obras públicas às Pessoas Cegas, com deficiência visual ou com Outras Deficiências, promulgado em 2018, e a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância da Guatemala, promulgada em 2022. Sequer a Convenção Americana de Direitos Humanos poderia ser considerada como integrante deste bloco. Mas, mesmo assim, importante se ter em conta a tese defendida por Sarlet, para o qual “sempre que a violação de um direito (seja expressa, seja ele implicitamente positivado) resultar em violação da dignidade da pessoa humana e de suas dimensões essenciais (...), se estará em face de um direito fundamental”³⁰⁹.

Diante disto é que se faz necessária a perquirição sobre a relação entre a Convenção

³⁰⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. A suprallegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e a prisão civil do depositário fiel no Brasil. In.: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 222.

³⁰⁸ SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais, Constituição e Direito Internacional: diálogo e fricções. In.: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. *Impacto das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na jurisprudência do STF*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 311.

³⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In.: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. *Impacto das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na jurisprudência do STF*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 66.

Americana de Direitos Humanos e a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, pois este acordo, que sustenta todo o sistema americano de Direitos Humanos, não fora incorporado pelo rito do §3º do art. 5ª da Constituição Federal. Isto pela simples razão de que sua ratificação é anterior à reforma feita pelo Poder Constituinte derivado.

No entanto, é necessário que se tenha presente a íntima relação entre o direito fundamental à segurança jurídica e a proibição de retrocesso, pois

A plena e descontrolada disponibilização dos direitos e dos projetos de vida pessoais por parte da ordem jurídica acabaria por transformar os mesmos (e, portanto, os seus titulares e autores) em simples instrumento da vontade estatal, sendo, portanto, manifestamente incompatível mesmo com uma visão estritamente Kantiana da dignidade³¹⁰.

Neste aspecto há de se considerar o fato de que a CADH já havia sido incorporada ao patrimônio individual de todos os cidadãos brasileiros como mais um documento a lhes garantir a dignidade decorrente de suas existências, integrando o bloco de constitucionalidade pelo § 2º do art. 5º da Constituição Federal, o qual, até então, era o único a regular a matéria constitucionalmente. Qualquer entendimento que venha a excluir do rol do bloco de constitucionalidade os tratados internacionais de direitos humanos configura-se em retrocesso, o que é vedado em matéria de direitos fundamentais, como antes visto. Como refere Sarlet:

Que – situando a questão no contexto da segurança jurídica – resulta evidente que a dignidade da pessoa humana não exige apenas uma proteção em face de atos de cunho retroativo (isto, é claro, quando estiver em causa uma efetiva ou potencial violação da dignidade em algumas de suas manifestações), mas também não dispensa – pelo menos é esta a tese que estaremos a sustentar – uma proteção contra medidas retrocessivas, mas que não podem ser tidas como propriamente retroativas, já que não alcançam as figuras dos direitos adquiridos, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada³¹¹.

Ou seja, mesmo quando uma alteração constitucional ou legislativa seja prospectiva, respeitando os direitos adquiridos, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, não deixará de ser passível de invalidação pela vedação do retrocesso. Diante disso, retirar a CADH da condição de norma integrativa do bloco de constitucionalidade brasileiro, mesmo que feito apenas para o futuro, apresenta-se como retroceder em direito fundamental já disposto a todos os cidadãos

³¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 6. ed. p. 435.

³¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 6. ed. p. 436.

brasileiros desde o ano de 1992, quando recepcionada pelo país, e vigentes quando da reforma de 2004.

Ademais disso, é necessário se ter em mente a *cláusula do desenvolvimento progressivo* prevista em tratados internacionais, como é o caso da CADH:

Artigo 26. Desenvolvimento progressivo.

Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir *progressivamente* a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

Sendo assim, “com tais artigos, os Estados comprometem-se a adotar medidas, conforme os recursos disponíveis, para atingir, *progressivamente*, a plena efetividade dos direitos protegidos”³¹². Ou seja, quando o Estado se compromete a um progressivo reconhecimento e uma efetivação dos direitos humanos dentro do país assume a responsabilidade de não mais retroceder. O que também já ficara afirmado na opinião consultiva nº 04/84 dirigida a Corte IDH, no voto do Juiz Piza-Escalante: “de esta manera, al deber negativo de no irrespetar, se suma el positivo de garantizar y, por ende, de ir garantizando, cada vez mejor y con más eficacia, aquellos derechos y libertades”³¹³.

Dentro deste cenário, portanto, é que se defende que a Convenção Americana de Direitos Humanos não pode ser excluída do bloco de constitucionalidade brasileiro, podendo, diante disso, ser parâmetro para o controle de constitucionalidade concentrado pela Corte Constitucional brasileira.

2.6 A utilização das jurisprudências nacional e internacional: uma via de mão dupla

O *jus cogens* também é tema do direito internacional. Ele decorre, como refere Jorge Miranda, de textos solenes internacionais e nacionais como critérios de decisão para o efeito de solução de conflitos, procurando-se dar a eles plena consistência³¹⁴.

³¹² RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 291.

³¹³ Opinião Consultiva nº 04/84, disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=701DBCD1773F1FB1F2C5DA2890871FFD.proposicoesWeb2?codteor=1427770&filename=MSC+589/2015. Acesso em: 14 agos. 23.

³¹⁴ MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público*. 6ª Ed. Parede: Principia, 2021. p. 125.

Há de ser ter ciência de que, em que pese o entendimento de que a norma internacional surge a partir de consensos entre Estados, materializados num tratado ou convenção, a sua hierarquização ainda é objeto de enfrentamentos. Isto porque, como também refere Jorge Miranda, “numa sociedade privada de aparelho legislativo como é a sociedade internacional, torna-se muito difícil determinar que normas entram na categoria de normas cogentes”³¹⁵.

A matéria é conceituada na segunda parte do art. 53 da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados:

Uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.

No entanto, em que pese a polémica a respeito da imperatividade da norma internacional, para o juiz nacional, a busca pelo verdadeiro diálogo entre cortes internacionais e nacionais, diante do transconstitucionalismo vivenciado na atualidade, é uma obrigatoriedade. Só que isto não é, deve ficar bastante claro, uma tarefa imposta apenas aos sistemas nacionais de justiça, pois também é necessário que as cortes internacionais demonstrem empenho nesta meta. A Corte IDH vem dando sinais deste desiderato ao mencionar, em suas decisões, precedentes advindos das mais diferentes cortes constitucionais internas.

No caso *Cabrerías García e Montiel Flores vs. México*, a corte, no § 28, fez expressa referência às decisões proferidas pelas Cortes de Argentina, Bolívia, Colômbia, Costa Rica e Peru, sendo que no § 29, declararam que:

Resulta evidente que la Corte IDH crea la doctrina del “control difuso de convencionalidad” advirtiendo la tendencia de la “constitucionalización” o, si se prefiere, “nacionalización” del “derecho internacional de los derechos humanos” y particularmente la aceptación de su jurisprudencia convencional como elemento “hermenéutico” y de “control” de la normatividad interna por parte de los propios tribunales internos; es decir, la Corte IDH recibió el influjo de la práctica jurisprudencial de los jueces nacionales para crear la nueva doctrina sobre el “control difuso de convencionalidad”³¹⁶.

No caso *Povo Indígena Kichwa De Sarayaku vs. Equador*³¹⁷ a referência às Cortes Constitucionais fora repetida, sendo que a partir das notas de rodapés nº 190 passa a listar as

³¹⁵ MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público*. 6ª Ed. Parede: Principia, 2021. p. 127.

³¹⁶ Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm. Acesso em: 04 abr. 23.

³¹⁷ Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_por.pdf. Acesso em: 04 abr. 23.

decisões internas, dando-se destaque à citação de uma sentença de primeiro grau proferida pela Justiça Federal do Maranhão (nota de rodapé nº 204), a qual interpreta o direito indígena e a não-discriminação deste povo.

Da mesma forma no caso *Chinchila Sandoval vs. Guatemala*, no § 180³¹⁸, a Corte IDH faz expressa referência de que os Estados da região passaram a criar estândares de proteção das pessoas privadas de liberdade pelo Estado, fazendo citações de decisões das Cortes Constitucionais de Argentina, Bolívia, Equador, Chile, Colômbia, entre outros, o que mais uma vez reafirma o seu olhar para as decisões nacionais, numa tentativa de efetivo diálogo entre cortes.

Da mesma forma, nesta migração entre jurisprudências – cortes internacionais utilizando decisões nacionais e vice-versa – também o aparato jurisdicional interno faz utilização dos precedentes internacionais, e, como adverte Sarmento, “não só a normativa internacional, como também os argumentos empregados pelas cortes internacionais e constitucionais passam a ser cada vez mais considerados nas decisões adotadas na esfera interna em matéria constitucional”³¹⁹.

Nesta tarefa de busca de consensos, portanto, há que se lembrar que o diálogo vertical entre cortes nacionais e internacionais deve ser uma via de mão dupla, da qual se retroalimentam na busca da proteção dos direitos inerentes ao ser humano.

Da mesma forma no que se refere ao relacionamento entre sistemas jurídicos internos dentro de uma mesma região convencionada, pois “não se limitando ao diálogo vertical entre juízes e tribunais nacionais e a respectiva corte regional (...), subsiste a possibilidade de firmar diálogos horizontais entre jurisdições regionais e constitucionais, caracterizando o *cross cultural dialogue* em matéria de direitos humanos”³²⁰. Com isto se estaria buscando maior efetividade para a proteção regional no âmbito do direito das gentes.

2.7 O *Ius Commune* americano

Esta via de mão dupla na utilização da jurisprudência nacional e internacional tem

³¹⁸ Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm. Acesso em: 04 abr. 23.

³¹⁹ SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais, Constituição e Direito Internacional: diálogo e fricções. In.: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. *Impacto das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na jurisprudência do STF*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 319.

³²⁰ LIMA, Luís Carlos Santos. Controle de Convencionalidade e transnacionalidade: limites e potencialidades na relação entre Supremo Tribunal Federal e Corte Interamericana de Direitos Humanos. In.: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (coords.). *Controle de Convencionalidade: temas aprofundados*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 245.

importante papel na construção de um *ius commune* americano em matéria de direitos humanos. E as alterações constitucionais pela transnacionalidade jurídica transformadora atual, não apenas pelas aberturas nos textos das cartas fundamentais dos países, mas também pelo compartilhamento de problemas comuns, especialmente em direitos humanos, justificam o olhar dos juízes nacionais para a formação de um *ius commune* americano.

O transconstitucionalismo ou constitucionalismo regional transformador, objeto de atenção anteriormente, é uma realidade também no território americano, o que o justifica como fenômeno atual que não pode passar despercebido pelos sistemas jurídicos nacionais. É ele movimento de integração que remete à evolução dos direitos humanos na região americana, por meio da configuração de um *ius commune*, o qual “busca articular a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional, com base em princípios fundamentais universais (direitos humanos, democracia e Estado de Direito), de modo que as promessas das Constituições democráticas sejam alcançadas na América Latina”, como refere Lima³²¹.

O *ius constitutionale commune*³²², como refere Bogdandy, “indica 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”³²³. E “suas características positivas são a combinação da dogmática do direito nacional e internacional público, a orientação metodológica focada em princípios, a centralidade dos direitos e a estratégia de buscar transformações graduais”³²⁴, em que pese se possa constatar que os países americanos e seus sistemas jurídicos internos ainda parecem estar pouco estruturados para dar vazão às mudanças prometidas por suas respectivas cartas constitucionais.

A busca por um *Ius Commune* americano, ou um *Ius Constitutionale Commune*³²⁵, como

³²¹ LIMA, Fernando Antônio de. *Curso de Hermenêutica dos Direitos Humanos*. São Paulo: JusPodivm, 2024. p. 60.

³²² Os termos *ius commune* americano e *ius cosntitutionale commune* serão utilizados como sinônimos no trabalho em razão de que são tratados pela doutrina, como se verifica nas referências, como sendo o mesmo instituto.

³²³ BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune na América Latina. Uma reflexão sobre o constitucionalismo transformador*. *Revista de Direito Administrativo*. v. 269, p. 19, 2015.

³²⁴ BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale commuune na América Latina. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador*. In.: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (coords.). *Ius Constitutionale commune na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2016. v. 1. p. 13.

³²⁵ É necessário deixar claro que o termo *Ius Commune* americano ou *Ius Constitutionale commune* serão tratados como sinônimos no trabalho, pois se busca, tão somente, demonstrar a necessidade de se afirmar um direito comum no âmbito das américas, em matéria de Direitos Humanos. Não se pretende aqui pontuar a diferença que exista entre os institutos latino-americano e europeu, mas apenas evidenciar as vantagens na existência de um discurso jurídico comum na região em que está alicerçado o sistema americano de Direitos Humanos. O *Ius Constitutionale Commune* possui funções muito semelhantes a outros conceitos, como refere Bogdandy: “o novo *ius commune* na europa, o direito cosmopolita, o direito transnacional ou o transconstitucionalismo (BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale commuune na América Latina. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador*. In.: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (coords.). *Ius Constitutionale commune na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2016. v. 1. p. 22-23).

preferem alguns autores, é uma abordagem transformadora do constitucionalismo. Como alerta Bogdandy, “o *Ius Constitutionale Commune* tem uma vocação extremamente prática: tornar reais as promessas e garantias das constituições latino-americanas novas e reformadas depois da era dos grandes governos autoritários”³²⁶. Ademais, “el *ius commune* cumple la función de irradiación que suele tener todo derecho constitucional”³²⁷.

Entretanto, “foram necessárias duas décadas de discussões para que uma Convenção sobre direitos humanos fosse gestada no âmbito das Américas. Exatamente em 22 de novembro de 1969 nasceu a Convenção Americana de Direitos Humanos”³²⁸. E, ademais disso, como refere Piovesan, no “desafiador contexto latino-americano, sob as marcas da acentuada desigualdade, violência sistêmica e centralismo do poder político”³²⁹, a constituição de uma unicidade regional demanda um esforço concentrado.

O termo *corpus iuris* americano já há algum tempo está presente nas decisões da Corte IDH, no que se verifica uma mudança paradigmática “já que vincular o direito estatal ao direito internacional público constitui uma ruptura na forma tradicional de estudar essas áreas do direito, uma vez que tradicionalmente o tratamento acadêmico e a pesquisa relativa a ambos se desenvolvem separadamente”³³⁰. Ademais,

Deste diálogo notadamente pode-se testemunhar que a harmonização do direito que decorre deste acordo vai se concretizando, criando uma cultura única entre os Estados firmatários do Pacto de San Jose da Costa Rica, e, por consequência, de seus particulares, enriquecendo todo o sistema de proteção dos Direitos Humanos no âmbito das Américas³³¹.

Cabe ainda esclarecer, como pondera Bogdandy³³², que a essência do *ius commune* americano firma-se exclusivamente no implemento e cumprimento dos acordos internacionais

³²⁶ BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune na América Latina. Uma reflexão sobre o constitucionalismo transformador. Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Vol. 269. Maio/Ago de 2015. p. 23.

³²⁷ ALVARADO, Paola Andrea Acosta. *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. Madrid:Universidad Complutense de Madrid, 2015. p. 290.

³²⁸ FLORES, Cristiano Vilhalba. *Controle de Convencionalidade: integração jurídica e legitimidade do particular*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 46.

³²⁹ PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune em direitos humanos e constitucionalismo regional transformador: impacto do sistema interamericano*. In.: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (coords.). *Ius Constitutionale commune na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2016. v. 1. p. 76.

³³⁰ BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune na América Latina. Uma reflexão sobre o constitucionalismo transformador. Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 269, p. 22, 2015.

³³¹ FLORES, Cristiano Vilhalba. *Controle de Convencionalidade: integração jurídica e legitimidade do particular*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 149.

³³² BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune na América Latina. Uma reflexão sobre o constitucionalismo transformador. Revista de Direito Administrativo*, v. 269, p. 26, 2015.

de direitos humanos que os países assumiram, bem como no respeito às decisões proferidas pela Corte IDH, diferentemente do que acontece na Comunidade Europeia, onde visa, também, à uniformidade econômica. Também é referir que

Diferentemente do sistema regional europeu que teve como fonte inspiradora a tríade indissociável Estado de Direito, Democracia e Direitos Humanos, o sistema regional interamericano tem em sua origem o paradoxo de nascer em um ambiente acentuadamente autoritário, que não permitia qualquer associação direta e imediata entre Democracia, Estado e Direitos Humanos³³³.

Desde o início de sua atuação, seja na competência consultiva, seja na competência contenciosa, a Corte IDH é encarregada da formação de um *Ius Commune* americano em matéria de Direitos Humanos. Sua face contenciosa foi inaugurada em 1987, sendo que deste ano até 1990 esteve exclusivamente a serviço do que ficou conhecido como os casos hondurenhos, tendo proferido dez sentenças envolvendo este Estado, quando “el Sistema Interamericano contribuyó a la formación de Derecho interamericano de los derechos humanos, e incluso del Derecho internacional de la materia, considerando que la Corte debió elaborar conceptos sobre desaparición forzada antes de que existieran las convenciones respectivas, tanto americana como mundial”³³⁴, como refere Garcia Ramírez. Isto porque a Convenção Interamericana sobre desaparecimento forçado de pessoas é de 1994 e a Convenção Internacional para a proteção contra o desaparecimento forçado é de 2006. E, como prossegue ele, “la normativa internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia interamericana han llevado al conjunto de los países de área la conciencia de que el Estado debe perseguir los delitos graves, en defensa de la sociedad y en ejercicio de autodefensa, pero nunca a costa de los derechos humanos”³³⁵.

No continente americano, entretanto, a realidade demonstra grande dificuldade de implementação dessa harmonização, especialmente se pensar-se na cultura jurídica brasileira, em vista de que disto decorre maiores responsabilidades aos magistrados nacionais. Até porque, “esse *corpus iuris*, assim como os efeitos tão marcados de sua jurisprudência, acenderam o

³³³ PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale commune latino-americano em Direito Humanos e o sistema Interamericano: perspectivas e desafios*. *Revista Direito e Práxis*, v. 8, n. 2, p. 1361, 2017.

³³⁴ RAMÍREZ, Sérgio Garcia. La “navegación americana” de los derechos humanos: hacia un *ius commune*. In.: FIZ FIERRO, Héctor; BOGDANDY, Armin Von; ANTONIAZZI, Mariela Morales. *Ius Constitutionale commune en America Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2014. p. 466.

³³⁵ RAMÍREZ, Sérgio Garcia. La “navegación americana” de los derechos humanos: hacia un *ius commune*. In.: FIZ FIERRO, Héctor; BOGDANDY, Armin Von; ANTONIAZZI, Mariela Morales. *Ius Constitutionale commune en America Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2014. p. 474.

debate sobre a legitimidade de seus atos e sua própria legitimidade como instituição”³³⁶.

Apesar disso, não se deve olvidar que o propósito da formação de um *ius commune* é dar concretude aos compromissos internacionais assumidos pelos Estados, e não simplesmente participar da formação de teses teóricas e abstratas, pois “a abordagem sustenta-se, sobretudo, em experiências concretas, em situações humanas inaceitáveis que se encontram na raiz de déficits sistêmicos”³³⁷. Bogdandy aponta três principais motivos para a existência de um *Ius Constitutionale Commune*:

Em primeiro lugar, o conteúdo transformador das constituições provém principalmente das disposições sobre direitos fundamentais. Em segundo lugar, esses direitos são a pedra angular da mobilização da sociedade civil. Por último, são as sentenças judiciais sobre direitos fundamentais e humanos, frequentemente produto da luta entre grupos sociais, que dotam o *Ius Constitutionale Commune* de uma força de caráter especificamente jurídico³³⁸.

Diante disso, as sentenças emanadas dos magistrados nacionais também carregam consigo a responsabilidade de atentar para construção do *ius commune* nas Américas, especialmente em matéria de direitos humanos. Principalmente pelo fato de se deparar com formas muito díspares de ratificação dos tratados na região americana, “o que evidencia que o *Ius Constitutionale Commune* não é um fenômeno uniforme³³⁹”, mesmo em Estados vinculados ao Sistema Americano de Direitos Humanos. Mas isto não significa que o direito interno dos países americanos não possa reconhecer o direito internacional como fonte de direito, até porque, “se ha formado una nutrida jurisprudência interna sustentada en disposiciones internacionales, proceso que incluye un gran tema actual en pleno desarrollo: el control de convencionalidad, frecuentemente impulsado por técnicas de ‘litigio entratégico’”³⁴⁰.

Piovesan defende que para que um constitucionalismo regional transformador em

³³⁶ BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale commune* na América Latina. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. In.: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (coords.). *Ius Constitutionale commune na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2016. v. 1. p. 37.

³³⁷ BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune* na América Latina. Uma reflexão sobre o constitucionalismo transformador. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 269. Maio/Ago de 2015. p. 28.

³³⁸ BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune* na América Latina. Uma reflexão sobre o constitucionalismo transformador. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 269. Maio/Ago de 2015. p. 28.

³³⁹ BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune* na América Latina. Uma reflexão sobre o constitucionalismo transformador. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 269. Maio/Ago de 2015. p. 42.

³⁴⁰ RAMÍREZ, Sérgio Garcia. La “navegación americana” de los derechos humanos: hacia un *ius commune*. In.: FIZ FIERRO, Héctor; BOGDANDY, Armin Von; ANTONIAZZI, Mariela Morales. *Ius Constitutionale commune en America Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*. Universidad Nacional Autonoma de Mexico. México, 2014. p. 476-477.

matéria de direitos humanos possa existir é necessária a junção de três fatores no processo de democratização da região:

- 1) O crescente empoderamento do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e seu impacto transformador na região;
- 2) A emergência de Constituições latino-americanas que, na qualidade de marcos jurídicos de transições democráticas e da institucionalização de direitos, apresentam cláusulas de abertura constitucional a propiciar maior diálogo e interação entre o Direito Interno e o Direito Internacional dos Direitos Humanos;
- 3) o fortalecimento da sociedade civil na luta por direitos e por justiça³⁴¹.

Como visto, estes três elementos parecem estar presentes, na atualidade, no sistema americano de Direitos Humanos, devendo ser reconhecida a permeabilidade ao diálogo propiciado pela própria Convenção Americana de Direitos Humanos, por meio de seu artigo 29, que garante a todas as vítimas a norma mais protetiva ou menos restritiva, independentemente de se encontrar nos sistemas internos ou regional. Até porque a CADH vem para constituir um piso mínimo em matéria de direitos humanos, mas nunca pode ser usada como teto para a salvaguarda destes. Com afirma Piovesan:

Para a criação de um *ius commune* fundamental é preciso avançar na interação entre esferas global, regional e local, potencializando o impacto entre elas, mediante o fortalecimento do controle de convencionalidade e do diálogo entre jurisdições, sob a perspectiva emancipatória dos direitos humanos³⁴².

Até porque a CADH também é uma carta principiológica estruturante permeável aos direitos humanos reconhecidos internamente, quando estes mais favoreçam o ser humano ou menos lhes restrinjam direitos, por comando expresso do seu art. 29, letra ‘b’.

Ou seja, a abertura do diálogo entre sistemas regionais também é um fator a favor da constituição de um efetivo *ius commune* nas Américas, através da troca de experiências e decisões que importem em crescimento mútuo. E, como defendem Piovesan e Magnani, “um *ius contitucionale commune* na América Latina tem emergido, e o controle de convencionalidade guarda estreita ligação com a consolidação e disseminação deste

³⁴¹ PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune* em direitos humanos e constitucionalismo regional transformador: impacto do sistema interamericano. In.: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (coords.). *Ius Constitutionale commune na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2016. v. 1. p. 77.

³⁴² PIOVESAN, Flávia. Controle de convencionalidade Direitos Humanos e diálogo entre jurisdições. In. MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 145.

constitucionalismo regional transformador como um novo paradigma jurídico por toda a região”³⁴³.

O magistrado brasileiro também é partícipe deste diálogo a forma um *ius commune* americano, que cria a *norma fundamental dos direitos humanos* na região e que se “traduz fonte de validade para todo o sistema jurídico brasileiro. Essa norma nada mais é do que aquilo que a própria jurisprudência internacional vem chamando de *consciência jurídica universal*, que é o elemento que confere validade inclusive às leis positivas editadas pelo Estado”³⁴⁴. É necessário que o magistrado brasileiro também tenha ciência de que as relações entre direito interno e internacional são “sistemáticas”, gerando uma unicidade do “direito com o sistema de regras jurídicas em vigor”, sendo que “essa unidade não é senão a expressão da unidade do conhecimento jurídico”, como refere Kelsen³⁴⁵. Para esta unicidade, portanto, todo juiz nacional deve colaborar.

Portanto, a formatação de um *ius commune* regional passa decisivamente pela atuação dos juízes nacionais, como se tem defendido aqui, na medida em que são os responsáveis pela criação de consensos a serem transportados para toda a região com fins ao processo evolutivo dos direitos humanos nas Américas.

2.8 Conclusão Parcial

Na busca da inédita demonstração da importância da atuação do magistrado brasileiro na formação do *ius commune* americano, verificou-se, no capítulo I, que da necessidade de se impor freios ao autoritarismo nasce o fenômeno do constitucionalismo como forma de defesa do indivíduo contra o próprio Estado. Assim como, da inevitável relação entre as nações, uma nova ordem surge, agora internacional, com a realização de acordos regionais, especialmente fundamentados na defesa dos direitos humanos, a exemplo do sistema americano de direitos humanos, e que passa a se inter-relacionar com os sistemas internos dos países, valendo-se, para tanto, do instituto do controle de convencionalidade.

Neste capítulo II, viu-se que o fenômeno do constitucionalismo passa a dar espaço a

³⁴³ PIOVESAN, Flávia; MAGNANI, Nathercia Cristina Manzano. Diálogos entre o Brasil e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Análise jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (de 1992 a 2007). *Pensar*: v. 26, n. 1, p. 3, 2021.

³⁴⁴ LIMA, Fernando Antônio de. *Curso de Hermenêutica dos Direitos Humanos*. São Paulo: JusPodivm, 2024. p. 193.

³⁴⁵ KELSEN, Hans. As relações de sistema entre o direito interno e o direito internacional público. *Revista de Direito Internacional*. Brasília: UniCEUB, v. 8, n. 2, p. 10, 2011.

uma ideia de transconstitucionalismo, pelo que se passa a repensar o Estado, em razão de suas relações externas, à luz do atual direito internacional. É o que prega a doutrina do controle de convencionalidade na busca da constituição de um bloco de convencionalidade e, com ele, alcançar um *ius commune* americano em matéria de direitos humanos.

A harmonização jurídica em matéria de direitos humanos ainda não é uma realidade no continente americano, até porque não vivenciou tão intensamente o poder destrutivo do ser humano, como ocorrera no continente europeu, em decorrência das duas grandes guerras mundiais. Entretanto, os Estados americanos experimentaram períodos ditatoriais severos, o que justifica que se leve a sério a defesa dos direitos humanos.

Até porque, como visto, a soberania externa já não mais se sustenta da forma como fora pensada, utilizada como forma de justificar ataques por inimigos externos, pois buscam, os Estados, acordos internacionais para a defesa de Direitos Humanos reconhecendo, com isto, a necessidade de serem firmados consensos mínimos para a convivência fraterna no continente. Olhada a fundo a história, os conflitos passaram a se intensificar exatamente a partir da divisão do mundo em Estados com territórios delimitados e dotados de soberania absoluta, sendo que, curiosamente, foram estes conflitos, com proporções mundiais, que alertaram a humanidade para a necessidade da existência de normas a garantir a dignidade da pessoa humana de forma universal, sem as fronteiras convencionalizadas.

Neste capítulo foi possível entender que a busca dos países por acordos dentro dos continentes decorre da percepção de que nenhum dos problemas que são comuns, especialmente em matéria de Direitos Humanos, pode ser resolvido fora do direito internacional e sem que se busque uma harmonização regional.

É conclusivo, também desta parte da pesquisa, que, na atualidade, os Estados devem redobrar esforços para que acordos internacionais de direitos humanos sejam formatados para o alcance universal dos direitos decorrentes da natureza do homem, o que somente parece ser possível com diálogo em vista a formar o *ius commune*.

O Estado é uma ficção jurídica criada pelo ser humano, sendo que para que se possa pensar em direitos e valores universais é preciso se ter em conta a importância dos atores internos atuando a fomentar esta cultura, especialmente seus juízes, como se vem pretendendo demonstrar neste trabalho. E para que a defesa dos Direitos Humanos seja efetiva em suas garantias, a transterritorialidade e transconstitucionalidade são premissas inafastáveis. Razão pela qual se acredita que o diálogo deve ser uma via de mão dupla entre os sistemas nacionais e o Sistema Americano de Direitos Humanos, de forma que, por meio do fortalecimento do *ius commune* neste continente, os direitos humanos se desenvolvam.

Diante do que foi visto até aqui, portanto, resta evidente que a soberania, em termos atuais, não mais justifica o fechamento dos Estados para o Sistema Americano de Direitos Humanos e para o transconstitucionalismo, pelo que as ordens jurídicas nacionais devem interrelacionarem-se entre si, e, especialmente, com a ordem jurídica regional. E este papel deve ser exercido pelos juízes nacionais. Movimento que irá gerar o desenvolvimento dos Direitos Humanos nas Américas, contribuindo para a formação de um *ius commune* americano. Mas, para tanto, alguns bloqueios devem ser superados e uma construção dialógica necessita ser observada para a contribuição na coerência entre os sistemas nacional e regional de defesa dos direitos humanos, sobre o que se deterá nos capítulos seguintes.

3 CAPÍTULO III – O SISTEMA AMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E A ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA: BLOQUEIOS, RESISTÊNCIAS E A NECESSIDADE DE DIÁLOGO DAS FONTES

3.1 Considerações Iniciais ao Capítulo

A partir do momento em que se demonstrou, no capítulo I, que a soberania, no mundo contemporâneo, relativiza-se e que o fenômeno do constitucionalismo passa a conviver com a abertura para sistemas regionais de direitos humanos, como é o caso do americano, a gerar uma transversalidade entre normas nacionais e internacionais, como visto no capítulo II, o transconstitucionalismo toma corpo. E no que diz com o fenômeno americano e brasileiro, o controle de convencionalidade passa a ser um instituto que não mais pode ser desconsiderado pelos seus magistrados, pois se busca a criação de um *ius commune* americano a garantir uma interpretação evolutiva dos direitos humanos, como se verificará no capítulo IV. Até porque, o controle de convencionalidade passa a ser meio para que o transconstitucionalismo desenvolva-se no continente americano. E nisso, há de se considerar que “a CADH, então, no controle de convencionalidade, é o parâmetro superior de controle dos atos e condutas domésticas”³⁴⁶, embora uma certa margem de apreciação aos países deva ser conferida, como se verificará no capítulo seguinte.

Antes disso, no entanto, no capítulo III, passa-se a verificar os bloqueios e as resistências ao controle de convencionalidade no Brasil, bem a necessidade de que haja o diálogo entre as fontes internas e externas para a finalidade de prosseguir na demonstração da responsabilidade imposta aos juízes brasileiros na construção de consensos regionais, por meio de uma interpretação evolutiva dos direitos humanos na região.

Neste aspecto, verifica-se que pelo menos dois movimentos de bloqueio foram realizados. O primeiro deles, normativo. Mais especificamente, a ementa constitucional nº 45, de 2004, que, sob o argumento de dar maior eficácia ao direito internacional dos direitos humanos, acaba por constitucionalizar um retrocesso no que diz com a hierarquia dos tratados de direitos humanos, pois exige, pelo § 3º do art. 5º da Constituição Federal, quórum qualificado – o mesmo das emendas constitucionais – para que estes passem a integrar o corpo constitucional, ou o bloco de constitucionalidade em posição de hierarquia constitucional. O segundo, jurisdicional, devido à baixa adesão pelos magistrados brasileiros ao controle de

³⁴⁶ LIMA, Fernando Antônio de. *Curso de Hermenêutica dos Direitos Humanos*. São Paulo: JusPodivm, 2024. p. 364.

convencionalidade, especialmente em sua Corte constitucional, como demonstrou a pesquisa realizada, em 2023, pelo Conselho Nacional de Justiça³⁴⁷.

No entanto, sinais de evolução e desbloqueios são dados pela formação inicial e continuada dos juízes que ingressam na magistratura brasileira, pois passam a ser capacitados para atuar com a visão de que estão inseridos também dentro do Sistema Americano de Direitos Humanos. Da mesma forma quando se passa a exigir este conhecimento nas provas de seleção à carreira da magistratura nacional.

É necessário se admitir que os diálogos entre sistemas distintos são inevitáveis e não comportam mais retrocessos. Até porque, como alertam Fachin e Silva, “somente na medida em que a concretização dos direitos humanos estiver transversalmente implementada nas diferentes esferas territoriais, ou melhor, na formulação espacial desterritorializada ou transterritorializada, é que se poderá considerar cumprida a promessa de sua eficácia”³⁴⁸.

Ao ser pesquisado no sítio do STJ, por exemplo, que hospeda a sua jurisprudência, o termo “controle de convencionalidade”, dezenove (19) decisões foram selecionadas, o que demonstra a pouca utilização do instituto. E, quando utilizado, nitidamente ocorrem bloqueios e resistências da corte no que se refere ao controle de convencionalidade.

Não obstante esta realidade, é necessário que se perceba que tais bloqueios dificultam a ampliação dos direitos fundamentais pelo direito internacional dos direitos humanos, o que não se justifica por ter o Brasil assumido o compromisso de desenvolvê-lo ao assinar e incorporar ao seu ordenamento jurídicos tratados e convenções nesta matéria.

3.2 O bloqueio introduzido pela emenda constitucional nº 45/2004, com a inserção do § 3º do art. 5º da Constituição Federal

Em que pese a abertura material do direito constitucional brasileiro aos direitos humanos já ser uma realidade desde a Constituição de 1891, em seu art. 78, seguida nas subsequentes³⁴⁹, até ser mantida pelo § 2º do art. 5º da atual Constituição de 1988, pode-se verificar o retrocesso ocorrido pela introdução do § 3º neste mesmo artigo, por meio da emenda constitucional nº 45 de 2004, repisando-se o que fora já dito no capítulo anterior sobre o tema.

³⁴⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Comportamento judicial em relação a Convenção Americana sobre Direitos Humanos: uma análise empírica do Poder Judiciário brasileiro*. Brasília: CNJ, 2023.

³⁴⁸ FACHIN, Luiz edson; SILVA, Christine Peter da. Controle de convencionalidade na jurisprudência do STF: excerto de uma década. In.: OSORIO, Aline; MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luana Van Brussel (coords.) *Direitos e Democracia. 10 anos do Ministro Luiz Roberto Barros no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 97.

³⁴⁹ Seguiu na Constituição de 1934, art. 114, Constituição de 1937, art. 123, Constituição de 1946, art. 144, Constituição de 1967, art. 150, § 35, e na emenda de nº 1, de 1969, art. 153, § 36.

A partir desta reforma, criaram-se duas categorias de Direitos Humanos no Brasil, uma com nível constitucional e outra, sacramentada por decisão da corte suprema, com nível infraconstitucional e supralegal.

É notório o esforço da doutrina para justificar que toda a norma decorrente de acordos internacionais em Direitos Humanos que o Brasil ratifica passem a ser, mesmo quando não recepcionados pela regra qualificada do § 3º do art. 5º da CF, materialmente constitucionais, como todas as consequências daí decorrentes. Para Sarlet, “direitos fundamentais em sentido material são aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e por sua importância, podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais”³⁵⁰. Ou seja, todos fazem parte do bloco de constitucionalidade, objeto de estudo no capítulo anterior. Da mesma forma, Canotilho, ao tratar sobre a abertura material conferida pela Constituição Portuguesa, que admite a existência de outras regras fundamentais fora do corpo constitucional, refere que é de se “considerar como direitos extraconstitucionais materialmente fundamentais os direitos equiparáveis pelo seu objecto e importância aos diversos tipos de direitos formalmente fundamentais”³⁵¹, embora não seja simples se apurar quais são os direitos com “dignidade suficiente” para serem considerados fundamentais³⁵².

Também é o pensamento de Piovesan, quando refere que, pela abertura concedida pelo § 2º do art. 5º da Constituição Federal, os tratados recepcionados pelo Brasil em matéria de Direitos Humanos possuem natureza materialmente constitucional³⁵³. Propõe esta mesma autora uma classificação dos direitos fundamentais previstos na Constituição: os expressos (art. 5º, incs. De I a LXXVII); os dos tratados em que o Brasil seja parte; e os implícitos (que decorrem das regras de garantias, bem como do regime e dos princípios adotados na Constituição)³⁵⁴.

Há de ser lembrar, ainda, que a Constituição brasileira tem como valor fundante a

³⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. 13. Ed. p. 81.

³⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2000. p. 404.

³⁵² Canotilho alerta para o fato de que se deve observar que “há direitos fundamentais consagrados na constituição que só pelo facto de beneficiarem da positivação constitucional merecem a classificação de constitucionais (e fundamentais), mas o seu conteúdo não se pode considerar materialmente fundamental; outros, pelo contrário, além de revestirem a forma constitucional, devem considerar-se materiais quanto à sua natureza intrínseca” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2000. p. 406). Assim como existem os não inseridos no corpo constitucional mas que gozam e natureza materialmente fundamentais, embora não formalizados.

³⁵³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. 2ª tiragem São Paulo: Saraiva, 2007. p. 52.

³⁵⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. 2ª tiragem São Paulo: Saraiva, 2007. p. 58.

dignidade da pessoa humana, tendo no princípio da máxima efetividade das normas constitucionais relativas aos direitos e garantias fundamentais parâmetros axiológicos, como adverte Guerra³⁵⁵. De igual sorte, Piovesan refere que “à norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê, especialmente quando se trata de norma instituidora de direitos e garantias fundamentais”³⁵⁶. Diante do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais relativas aos direitos fundamentais é que se comunga do entendimento dos dois renomados autores, qual seja, de que todos os tratados de Direitos Humanos, por força do § 2º do art. 5º da CF passam a integrar catálogo dos direitos constitucionais previstos constitucionalmente.

Entretanto, a polêmica sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos dentro do sistema jurídico brasileiro veio a gerar quatro correntes: a de seu caráter supraconstitucional; a de seu caráter constitucional; a de seu caráter supralegal; e a de seu caráter de lei ordinária federal. E foi justamente esta polêmica doutrinária e jurisprudencial que abriu campo para que uma forma de bloqueio ao SIDH se instalasse com a edição da emenda constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, que introduziu o §3º ao art. 5º da CF.

No entanto, pelos argumentos já trazidos ao trabalho, verifica-se uma importante tarefa conferida ao juiz nacional, que é a de dar efetividade aos acordos assumidos pelo Estado em matéria de Direitos Humanos, na medida em que todos eles integram o bloco de convencionalidade e, até mesmo, o de constitucionalidade como se vem defendendo. Piovesan vem, inclusive, a afirmar que o § 3º do art. 5º da CF “vem a reconhecer de modo explícito a natureza materialmente constitucional dos tratados de direito humanos”³⁵⁷. Faz ela ainda a importante ressalva de que os tratados formalmente constitucionais não podem ser denunciados pelo Estado brasileiro, só o podendo os tratados materialmente constitucionais³⁵⁸.

Há de se ter consciência de que a Convenção Americana de Direitos humanos é uma *Carta Principiológica Estrutural*³⁵⁹ de todo o sistema americano de direitos humanos, sendo que, a partir disso, mesmo que o STF a considere como infraconstitucional, não poderá ser afastada sequer por norma constitucional, sob pena de responsabilização internacional do

³⁵⁵ GUERRA, Sidney. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Grande Editora, 2023. p. 337.

³⁵⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. 2ª tiragem São Paulo: Saraiva, 2007. p. 59.

³⁵⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. 2ª tiragem São Paulo: Saraiva, 2007. p. 73.

³⁵⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. 2ª tiragem São Paulo: Saraiva, 2007. p. 75.

³⁵⁹ LIMA, Fernando Antônio de. *Curso de Hermenêutica dos Direitos Humanos*. São Paulo: JusPodivm, 2024. p. 262.

Estado brasileiro. Isto porque, como refere Lima, “como a CADH é o tratado por excelência do qual emana a enunciação geral dos direitos humanos no sistema interamericano, quando anuncia esse dever geral de respeito e garantia, esse dever geral acaba repercutindo sobre todos os direitos humanos protegidos no sistema regional interamericano”³⁶⁰.

Portanto, parece nítida a intenção do constituinte derivado, ao introduzir o § 3º ao art. 5º da Constituição, em limitar a abertura concedida na redação original aprovada na Assembleia Constituinte. Ou seja, por meio de reforma constitucional é introduzida uma forma de bloqueio à utilização das normas da CADH e demais tratados e convenções não recepcionados pelo quórum qualificado e, por consequência, das decisões emanadas da Corte IDH. Bloqueio este que é ratificado pela decisão do STF, que remete os tratados não recepcionados pela referida regra à hierarquia infraconstitucional ou supralegal. O que se entende pode ser mudado com a atuação dos juízes nacionais sob a perspectiva da convencionalidade e de seu papel de construtores de consensos internos e externos.

3.3 As resistências pelo Poder Judiciário brasileiro

Os bloqueios realizados ao instituto do controle de convencionalidade não são uma exclusividade dos Poderes Legislativo e Executivo, pois se pode testemunhá-los, de igual forma, no Poder Judiciário. Prova disto está materializada na já mencionada pesquisa do CNJ, intitulada “Comportamento judicial em relação à Convenção Americana de Direitos Humanos: uma análise empírica do Poder Judiciário brasileiro”³⁶¹, de 2023.

Nas conclusões da referida pesquisa ficou demonstrado “haver significativo déficit na aplicação da CADH, da jurisprudência da Corte IDH e da técnica do controle de convencionalidade pelo Poder Judiciário brasileiro”³⁶². Isto porque, referem os magistrados não possuírem familiaridade com a matéria, deixando de aplicá-la em razão disso. Aponta a pesquisa que nos acórdãos proferidos pelos Tribunais de Justiça estaduais, Justiça Federal, STJ e STF, entre os anos de 2009 e 2021, que citam a CADH na ementa, 92,67% deles não fazem alusão a materiais da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, assim como 94,61% deles

³⁶⁰ LIMA, Fernando Antônio de. *Curso de Hermenêutica dos Direitos Humanos*. São Paulo: JusPodivm, 2024. p. 263.

³⁶¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Comportamento judicial em relação a Convenção Americana sobre Direitos Humanos: uma análise empírica do Poder Judiciário brasileiro*. Brasília: CNJ, 2023.

³⁶² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Comportamento judicial em relação a Convenção Americana sobre Direitos Humanos: uma análise empírica do Poder Judiciário brasileiro*. Brasília: CNJ, 2023. p. 303.

não citam interpretações realizadas pela Corte IDH por meio de suas opiniões consultivas³⁶³.

Portanto, o bloqueio pelo Poder Judiciário – mesmo que possa se falar em não-intencionalidade – passa a ser revelado quando se identificam as razões da baixa aplicação da CADH e de outros tratados pelos juízes brasileiros: i – parte dos magistrados (30,34%) entende que a soberania do país é um óbice para a sua aplicação; ii – parte dos magistrados (41,37%) entende que o livre convencimento também serve como obstáculo; iii – parte dos magistrados (71,54%) entende haver uma sobreposição de normas de direitos humanos entre os tratados e a Constituição Federal; iv – parte dos magistrados (38,57%) entende que a elevada carga de trabalho constitui entrave para o maior aprofundamento da matéria; v – parte dos magistrados (62,86%) entende que as disposições não são invocadas pelas partes³⁶⁴. Note-se que, se for feito um cruzamento entre estes índices, chega-se a uma parcela significativa da magistratura nacional que ainda não aderiu ao Sistema Americano de Direitos Humanos e ao controle de convencionalidade.

Diante deste cenário, elegeu-se apurar estes bloqueios em cada uma das esferas de repercussão na atuação profissional deste pesquisador, que são: O Poder Judiciário do Rio Grande do Sul, O Superior Tribunal Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

3.3.1 O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Inicialmente, cumpre referir que a escolha pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) é em razão de ser o tribunal de atuação do pesquisador, o que aproxima a busca por subsídios para a pesquisa.

A realidade do TJRS também foi retratada na pesquisa do CNJ³⁶⁵, sendo que num universo de 471 decisões³⁶⁶ encontradas pelos critérios da pesquisa, quais sejam, de que na ementa sejam mencionados uma das convenções do SIDH, a Corte IDH ou o controle de convencionalidade, em apenas 8,92% delas a norma convencional é invocada de ofício pelos

³⁶³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Comportamento judicial em relação a Convenção Americana sobre Direitos Humanos: uma análise empírica do Poder Judiciário brasileiro*. Brasília: CNJ, 2023. p. 304.

³⁶⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Comportamento judicial em relação a Convenção Americana sobre Direitos Humanos: uma análise empírica do Poder Judiciário brasileiro*. Brasília: CNJ, 2023. p. 307.

³⁶⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Comportamento judicial em relação a Convenção Americana sobre Direitos Humanos: uma análise empírica do Poder Judiciário brasileiro*. Brasília: CNJ, 2023. p. 270-275

³⁶⁶ Quarto tribunal, entre todos, inclusive tribunais superiores, em números absolutos a ter decisões envolvidas a temática proposta na pesquisa (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Comportamento judicial em relação a Convenção Americana sobre Direitos Humanos: uma análise empírica do Poder Judiciário brasileiro*. Brasília: CNJ, 2023. p. 132).

magistrados gaúchos. Também foi registrado que, destas decisões, em apenas 14,44% delas os processos foram resolvidos tendo por fundamento único a norma convencionalizada, contra 35,67% de resoluções com fundamento concorrente da norma nacional, e em quase a metade dos casos, 49,89%, a convenção não foi utilizada para resolver a lide.

Portanto, nota-se, também no Tribunal de Justiça gaúcho, a baixa adesão à cultura de utilização da Convenção Americana de Direitos Humanos, das decisões proferidas pela Corte IDH e do controle de convencionalidade.

Ao ser pesquisado o termo “controle de convencionalidade” no site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, obteve-se como resultado cerca de 200 acórdãos. No entanto, em sua grande maioria, a matéria é a já enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça, referentemente à inconvenção do crime de desacato.

O primeiro acórdão que faz referência ao controle de convencionalidade data do ano de 2016, proferido por uma turma recursal, ou seja, antes mesmo de localizar-se decisão do Tribunal de Justiça. Nesta decisão, apelação nº 71005648241, que também trata sobre o crime desacato, foi sentenciado: “a adesão do Brasil à Convenção Americana sobre Direitos Humanos torna inafastável o exame de convencionalidade, como decorrência do dever geral de adaptação dos ordenamentos internos ao sistema interamericano de direitos humanos”³⁶⁷.

Na apelação cível nº 70069185502, do mesmo ano, o controle de convencionalidade também foi objeto de citação. No entanto, como reforço argumentativo, pois conjugado com o art. 37, XIII, da Constituição Federal, para justificar a incidência da Convenção de Nova Iorque sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Assim referiu: “trata-se de aplicar o denominado *controle de convencionalidade*, por meio do qual os atos administrativos, de caráter normativo ou não, devem ser interpretados com base em documentos internacionais de Direitos Humanos”³⁶⁸. E nada mais foi dito além desta citação.

Esta realidade não é apenas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tendo em vista que a pesquisa jurisprudencial realizada pelo CNJ, em todos os Tribunais de Justiça brasileiros, apontou que num universo de 24.683.034 acórdãos proferidos entre os anos de 2009 e 2021, apenas 4.294 foram encontrados tendo por relação a aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos, das decisões da Corte IDH ou do controle de convencionalidade. Ou seja, em apenas 0,01% dos casos julgados pelo 2º grau do Poder Judiciário dos Estados brasileiros³⁶⁹.

³⁶⁷ TJRS. Apelação nº 71005648241, Turma Recursal criminal. 25.04.2016.

³⁶⁸ TJRS. Apelação Cível nº 70069185502, Terceira Câmara Civil. 23.06.2016. p. 18.

³⁶⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Comportamento judicial em relação a Convenção Americana sobre Direitos Humanos: uma análise empírica do Poder Judiciário brasileiro*. Brasília: CNJ, 2023. p. 292.

Disto justifica-se a presente pesquisa que visa demonstrar o papel dos juízes brasileiros, inclusive os juízes das justiças estaduais, na rede de proteção dos direitos humanos no sistema americano, colaborando para o seu desenvolvimento regional.

Embora não se verifique bloqueios explícitos ao controle de convencionalidade ou à utilização das normas do Sistema Americano de Direitos Humanos, ou da Corte IDH, pode-se concluir pela insuficiente utilização das fontes normativas advindas do sistema de proteção do ser humano nas Américas, o que se remete a uma falta de cultura jurídica nesta temática. Cenário que deve se buscar modificar, o que é de responsabilidade também dos magistrados brasileiros.

3.3.2 O Superior Tribunal de Justiça.

No que se refere ao Superior Tribunal de Justiça, não há como não iniciar se fazendo referência ao julgamento do Resp. 1.640.084-SP, no qual fora declarada a inconveniência do crime de desacato. O Poder Judiciário, nesta ocasião, fora provocado a decidir sobre o conflito desta norma com o art. 13 da CADH, que consagra os direitos a liberdade de expressão e pensamento, tendo prevalecido o entendimento de que a norma nacional é incompatível com a internacional, devendo deixar de ser aplicada por inconveniência. Constatou-se do acórdão:

O art. 2º, c/c o art. 29, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) prevê a adoção, pelos Estados Partes, de "medidas legislativas ou de outra natureza" visando à solução de antinomias normativas que possam suprimir ou limitar o efetivo exercício de direitos e liberdades fundamentais.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH já se manifestou no sentido de que as leis de *desacato* se prestam ao abuso, como meio para silenciar ideias e opiniões consideradas incômodas pelo establishment, bem assim proporcionam maior nível de proteção aos agentes do Estado do que aos particulares, em contravenção aos princípios democrático e igualitário³⁷⁰.

No entanto, chamado novamente a decidir sobre o tema, o STJ, no Habeas Corpus nº 379.269 – MS, veio a decidir de forma diversa, mantendo hígido o crime de desacato. O que não poderia deixar mais explícita a tentativa de bloqueio ao Sistema Americano de Direitos Humanos, inclusive sendo invocada a soberania estatal como obstáculo. Dentre outros argumentos, sentenciou:

³⁷⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Resp. 1.640.084-SP. 5ª Turma. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 27 dez. 23.

Embora a Comissão Interamericana de Direitos Humanos já tenha se pronunciado sobre o tema "*leis de desacato*", não há precedente da Corte relacionada ao crime de desacato atrelado ao Brasil.

Ainda que existisse decisão da Corte (IDH) sobre a preservação dos direitos humanos, essa circunstância, por si só, não seria suficiente a elidir a deliberação do Brasil acerca da aplicação de eventual julgado no seu âmbito doméstico, tudo isso por força da soberania que é inerente ao Estado. Aplicação da Teoria da Margem de Apreciação Nacional (*margin of appreciation*)³⁷¹.

Outro exemplo de resistência ao controle de convencionalidade por parte do STJ decorre do recente julgamento do Habeas Corpus nº 147.174 – RJ, de 2021, onde constou de sua ementa:

Acerca da supraleglidade, já decidiu esta Corte Superior que não revela resistência ao cumprimento das decisões proferidas pela CIDH, ou reticência em exercer o controle de convencionalidade, porquanto a submissão à jurisdição da CIDH não prescinde da devida harmonização com o ordenamento pátrio, sob pena de se comprometer a própria soberania nacional. A soberania é fundamento da República Federativa do Brasil e justifica a Supremacia da CF na ordem interna³⁷².

Estes bloqueios não poderiam ser mais evidentes nos exemplos trazidos, tendo em vista que a não realização do controle de convencionalidade é escorada na soberania estatal e na supremacia constitucional³⁷³, sem qualquer ponderação com relação aos elementos a ensejar a aplicação da norma mais favorável ao indivíduo.

A baixa adesão do Superior Tribunal de Justiça também é refletida na recente pesquisa realizada pela CNJ. Quando verificada a utilização da Convenção Americana de Direitos Humanos para a resolução dos casos em que envolvem a matéria, em apenas 11,45% dos casos ela foi utilizada de forma exclusiva, sendo que em 27,10% das vezes de forma concorrente e em 61,45% dos casos não houve a sua invocação³⁷⁴.

Com relação à realização do controle de convencionalidade, o resultado não foi muito diferente, pois em 46,56% dos casos não houve a sua realização, sendo que em apenas 9,16%

³⁷¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. H nº 379.269 – MS, de 24 de maio de 2017.

³⁷² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC nº 147.174 – RJ, de 21 de julho de 2021.

³⁷³ Importante referir que quando se fala em supremacia constitucional como forma de fundamentar os bloqueios ao controle de convencionalidade, não se está defendendo que a Constituição passe a ser desconsiderada, pois, internamente, ela ainda é suprema. O que se defende é que não pode ser arguida tão somente a supremacia constitucional, em aparente conflito com a norma convencionalada, sem que, como se verá, seja realizado um exercício hermenêutico em favor do ser humano por parte dos juízes brasileiros.

³⁷⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Comportamento judicial em relação a Convenção Americana sobre Direitos Humanos: uma análise empírica do Poder Judiciário brasileiro*. Brasília: CNJ, 2023. p. 163.

deles foi decidido pela inconvenção das normas internas³⁷⁵.

Diante disto, verifica-se que muito existe a avançar nesta Corte Superior, pois ela ainda resiste ao implemento do controle de convencionalidade e à aplicação efetiva das normas decorrentes do Sistema Americano de Direitos Humanos e ao respeito às interpretações provenientes da Corte IDH.

3.3.3 O Supremo Tribunal Federal

A integração entre a Corte IDH e o Supremo Tribunal Federal brasileiro, por sua vez, pode-se afirmar, não é ainda uma realidade, pois a jurisprudência dessa corte, como se verificará, é bastante tímida na utilização das normas advindas do Sistema Americano de Direitos Humanos, bem como das decisões e interpretações proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, pelo que o diálogo entre eles é praticamente inexistente. Prova disso é que apenas depois de dez anos da aceitação da submissão do Brasil a competência da Corte IDH é que pela primeira vez o STF a citou, pelo que “percebe-se um cenário de resistência do STF em relação à jurisprudência da Corte, ainda que haja um pequeno aumento de menções nos últimos anos”³⁷⁶, conforme Aguiar Filho. Este também é o sentimento de Sidney Guerra quando trata do controle de convencionalidade, pois afirma que “o Supremo Tribunal Federal se tem utilizado muito pouco (ou quase nada)”³⁷⁷ deste instituto.

Na referida pesquisa realizada pelo CNJ, em 2023, em 57,45% das decisões selecionadas junto ao Supremo Tribunal Federal as convenções foram citadas de forma concorrente com as normas nacionais, e em apenas 13,83% dos casos a utilização da convenção foi fundamento único das decisões³⁷⁸. Assim como em 56,38% não houve exame da convencionalidade da norma nacional, mas a aplicação direta da norma da convenção aos casos³⁷⁹.

Diante disso, resta evidenciado que muito existe a avançar na jurisprudência da Corte Constitucional brasileira, sendo que, para bem ilustrar isto, necessário trazer ao trabalho

³⁷⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Comportamento judicial em relação a Convenção Americana sobre Direitos Humanos: uma análise empírica do Poder Judiciário brasileiro*. Brasília: CNJ, 2023. p. 163.

³⁷⁶ AGUIAR FILHO, Valfredo de Andrade; LIZIERO, Leonam; DEL MASSO, Fabiano Dolenc. Diálogo entre Cortes e precedentes no processo civil brasileiro: integração da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em Tribunais Superiores e Subnacionais. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 22. n. 2. Maringá, 2022. p. 315.

³⁷⁷ GUERRA, Sidney. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Grande Editora, 2023. p. 347.

³⁷⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Comportamento judicial em relação a Convenção Americana sobre Direitos Humanos: uma análise empírica do Poder Judiciário brasileiro*. Brasília: CNJ, 2023. p. 154.

³⁷⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Comportamento judicial em relação a Convenção Americana sobre Direitos Humanos: uma análise empírica do Poder Judiciário brasileiro*. Brasília: CNJ, 2023. p. 155.

decisões que demonstram o insuficiente diálogo entre a Corte Suprema brasileira e a Corte IDH.

Uma marcante oportunidade teve o STF de exercer o controle de convencionalidade ao enfrentar tema polêmico, também com potencialidade de testar a sua relação com a Corte IDH, por meio da ADPF 153, em que se perquiria se a Lei 6.683/79, conhecida como Lei da Anistia, também abrangia aos agentes públicos que teriam sido autores de homicídios, torturas, desaparecimentos forçados, estupros e outros crimes contra opositores do Regime Militar. Por ela foi requerida uma interpretação da lei conforme a Constituição para que fosse declarado que a anistia não se estendia aos agentes da repressão por crimes comuns por eles praticados. Dentre os principais argumentos, estava o de que a Lei da Anistia não teria sido recepcionada pela Constituição Federal, que em seu art. 5º, inc. XLIII, veda a sua concessão para crimes de tortura, assim como reiteradas decisões da Corte IDH já teriam declarado a nulidade da autoanistia criminal concedida por governantes.

Por 7 votos a 2 o STF julgou improcedente a ADPF nº 153, sendo que contra essa decisão fora interposto Embargos de Declaração, o qual aguarda julgamento há mais de uma década. No entanto, na fundamentação da decisão, as convenções de direito internacional sobre direitos humanos em que o Brasil é signatário ou as decisões da Corte IDH são quase que solenemente desprezadas. Apenas, o relator, Ministro Eros Grau, consignou que a Lei da Anistia, por ser anterior da Convenção das Nações Unidas contra tortura e tratamentos ou penas cruéis e a própria Constituição Federal, não poderia por elas ser invalidadas.

Em seu voto dissidente, o Ministro Ricardo Lewandowsky, como reforço argumentativo para julgar procedente a ADPF, referiu que o Comitê de Direitos Humanos da ONU assentara que os Estados-partes do Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos, de 1966, o qual fora ratificado pelo Brasil, têm o dever de investigar, acionar e punir os agentes envolvidos em fatos neles protegidos, não podendo eximir os agentes públicos ou estatais de tais responsabilidades por atos cometidos. O que também já havia sentenciado a Corte IDH, segundo ele, de igual forma, pois, em assim não o fazendo, poderia o país ser punido internacionalmente.

É ainda importante referir que, ao proferir o seu voto, o Ministro Celso de Mello fez a diferenciação entre a autoanistia e a anistia de “mão dupla ou de via dupla”, sendo que, para ele, esta teria sido a realizada no Brasil, dando a entender que apenas a primeira seria amplamente rechaçada pela Corte IDH.

Verifica-se, no que diz respeito a esta primeira decisão trazida aos autos, a resistência feita pela Corte constitucional Brasileira à efetiva realização do controle de convencionalidade interna.

No entanto, o tema está sendo revisitado por conta de outra ação que tramita na Corte brasileira, pois na ADPF n. 320³⁸⁰, iniciada em 2014, novamente a Lei de anistia é confrontada. Nesta ação existe a peculiaridade de ter ingressado como *amicus curiae*, em 2021, o instituto Vladimir Verzog, que leva o nome do jornalista assassinado no período da ditadura e que gerou condenação ao Brasil perante a Corte IDH³⁸¹, onde novamente foi afirmada a inconveniência da Lei de Anistia brasileira. Portanto, terá o STF nova oportunidade de exercer o controle de convencionalidade interno da referida legislação.

O STF também foi instado a pronunciar-se a respeito da manutenção da prisão civil do depositário infiel em contratos de alienação fiduciária em garantia, o que até então era permitido por sua equiparação com o depositário comum do direito civil. Alegou-se a incompatibilidade da norma constitucional esculpida no art. 5º, inc. LXVII, em face do art. 7, nº 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos vedar a prisão por dívidas, excetuada a decorrente de alimentos.

Num primeiro momento, a Corte brasileira, no HC 73.044-SP, veio a enunciar a soberania da Constituição brasileira, tendo constado de sua ementa:

Os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (§ 2º do art. 5º da Constituição) não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração da sua Constituição; por esta razão, o art. 7º, nº 7, do Pacto de São José da Costa Rica, ("ninguém deve ser detido por dívida": "este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar") deve ser interpretado com as limitações impostas pelo art. 5º, LXVII, da Constituição³⁸².

Esta posição do STF passou a ser revista com o julgamento do HC nº 87.585-TO, que ocorrera conjuntamente com o RE nº 466.343/SP³⁸³ e o RE nº 349.707. Inicialmente, o Ministro Cezar Paluso, relator do RE nº 466.343/SP, encaminhou o voto no sentido da inviabilidade da prisão civil por inconstitucionalidade da lei que equiparava a alienação fiduciária em garantia com os contratos de depósito, pois tão somente este era excetuado pelo inc. LXVII do art. 5º da CF. No entanto, após interrupção, por pedido de vistas em 2006, a Suprema Corte veio a decretar, de forma unânime, a ilegalidade da prisão por dívida civil, qualquer que seja a sua natureza, por ferir o Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, em decisão conjunta nas três demandas antes citadas.

³⁸⁰ Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4574695>. Acesso em: 20 out. 23.

³⁸¹ Corte IDH. Caso Herzog e outros Vs. Brasil. Sentença de 15 de março de 2018. Serie C. n. 353.

³⁸² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DJ de 19.03.1996. HC 73.044-SP, Rel. Ministro Maurício Correa.

³⁸³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DJ de 05.07.2009. RE 466.343/SP, Rel. Ministro Cezar Paluso.

No HC nº 87.585-TO, o Ministro Marco Aurélio Mello, seu relator, encaminhou o voto no sentido de que com o ingresso do Pacto de San Jose da Costa Rica no sistema jurídico do país, com hierarquia supralegal, houve a derrogação de toda a matéria infraconstitucional sobre a prisão do depositário infiel, o que tornaria a prisão ilegal por não ser autoaplicável o art. 5, inc. LXVIII da Constituição Federal, tendo deixado claro que não se tratava de alteração da Constituição pelo Pacto, mas tão somente de derrogação de matéria inferior a ela.

No voto que segue, de lavra do Ministro Celso de Mello, a tese da derrogação da lei infraconstitucional também é acolhida. Entretanto, o Ministro Celso de Mello avança para dizer que todos os tratados em matéria de direitos humanos ratificados anteriormente a EC nº 45, que introduziu o § 3º no art. 5º da CF, são materialmente constitucionais, tendo, como isto, a mesma hierarquia desta. Refere ele:

É preciso ressaltar, no entanto, como precedentemente já enfatizado, as convenções internacionais de direitos humanos celebradas antes do advento da EC nº 45/2004, pois, quanto a elas, incide o § 2º do art. 5º da Constituição, que lhes confere natureza materialmente constitucional, promovendo sua integração e fazendo com que se subsumam à noção mesma de *bloco de constitucionalidade*³⁸⁴.

Refere, ainda, que ao se reconhecer a natureza constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, em consequência, “as normas que integram o ordenamento positivo interno e que dispõem sobre a proteção dos direitos e garantias individuais e coletivos a um duplo controle de ordem jurídica: o *controle de constitucionalidade* e, também, o *controle de convencionalidade*, ambos incidindo sobre as regras jurídicas de caráter doméstico”³⁸⁵.

Deste entendimento, a respeito da hierarquia constitucional dos Tratados de direitos humanos recepcionados pelo quórum simples, abriu divergência o Ministro Gilmar Mendes, referindo que a automatização de constitucionalização de matérias, mesmo de direitos humanos, geraria insegurança jurídica, devendo ficar a critério do Congresso Nacional a introdução da norma como emenda constitucional, pelo quórum qualificado do § 3º do art. 5º da CF, tese que saiu vencedora.

Portanto, firmou-se a tese de que, a partir da constatação do caráter supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos ocorre o “efeito paralisante” da eficácia de todas as normas infraconstitucionais brasileiras, mesmo que aprovadas posteriormente a norma

³⁸⁴ Parte do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello no HC nº 87.585-TO.

³⁸⁵ Parte do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello no HC nº 87.585-TO.

externa³⁸⁶.

Bem mais recente é a decisão proferida pelo STF na ADPF 708, de 01 de julho de 2022. Esta decisão, tomada por maioria (10x1), veio a reconhecer que os tratados ambientais têm a mesma hierarquia daqueles que tratam sobre direitos humanos. Nesta ação, alegou-se que a União manteve-se inerte entre os anos de 2019 e 2020, pela não utilização do Fundo Nacional sobre Mudança Climática, postulando-se a sua imediata retomada, o que fora determinado em razão do dever constitucional de tutela ao meio ambiente (art. 225, da CF); dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil (art. 5º, § 2º, da CF) e do princípio constitucional da separação dos poderes. Constou da ementa ser “dever constitucional, *supralegal* e legal da União e dos representantes eleitos, de proteger o meio ambiente e de combater as mudanças climáticas”³⁸⁷. Como referem Sarlet, Wedy e Fensterseifer, esta decisão

Consolida e fortalece orientação jurisprudencial já vislumbrada em outros julgados do STF ao se valer de um diálogo com jurisprudência recente da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) em matéria ambiental e atribui aos tratados internacionais em matéria de direito ambiental o mesmo status e hierarquia normativa especial já reconhecida pelo STF para os tratados internacionais de direitos humanos em geral, ou seja, uma hierarquia *supralegal*³⁸⁸.

Isto porque, para o relator, Ministro Luis Roberto Barroso, os “Tratados sobre direito ambiental constituem espécie do gênero tratados de direitos humanos e desfrutam, por essa razão, de status supranacional”³⁸⁹. O Ministro Edson Fachin, em seu voto, alça “o direito ao meio ambiente como verdadeiro direito fundamental, a fazer atrair, por exemplo, o disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal”. E, ainda, trouxe na sua fundamentação decisões da Suprema Corte Canadense e do Tribunal Constitucional Alemão, dialogando, portanto, com a

³⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos na perspectiva do assim chamado Controle de Convencionalidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 110.

³⁸⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 708, de 01.07.22. item 4. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=763392091#:~:text=ADPF%20708%20%2F%20DF&text=1.,o%20enfrentamento%20das%20mudan%C3%A7as%20clim%C3%A1ticas>. Acesso em 01.02.24.

³⁸⁸ SARLET, Ingo; WEDY, Gabriel Tedesco; FENSTERSEIFER, Tiago. *A equiparação dos tratados ambientais aos tratados de direitos humanos*. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-15/direitos-fundamentais-equiparacao-tratados-ambientais-aos-direitos-humanos/>. Acesso em: 11 jan. 24.

³⁸⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 708, de 01.07.22. item 17. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=763392091#:~:text=ADPF%20708%20%2F%20DF&text=1.,o%20enfrentamento%20das%20mudan%C3%A7as%20clim%C3%A1ticas>. Acesso em: 01 fev. 24.

jurisprudência estrangeira³⁹⁰. Também citou a Opinião Consultiva nº 17/2017, em que a Corte IDH conferiu novo status ao direito ao meio ambiente, impondo aos Estados a obrigação de prevenir danos ambientais, tendo também trazido à baila a decisão da Corte IDU, *Tierra Nuestra vs. Argentina*, de 2020, como reforço de sua argumentação.

Diante deste novo status conferido ao direito ao meio ambiente no Brasil, portanto, como defendem Sarlet, Wedy e Fensterseifer, as Cortes e juízes brasileiros podem fazer uso do controle de convencionalidade dos atos e das normas internas a partir dos tratados ratificados nesta temática³⁹¹. Certamente, os magistrados, especialmente os com jurisdição no Rio Grande do Sul, em todas as competências do Poder Judiciário brasileiro, bem como as Cortes Superiores, serão testados nesta temática a partir dos devastadores eventos naturais que atingiram o Estado em maio de 2024, como amplamente divulgados por toda a imprensa nacional na ocasião.

Como se verifica, nos paradigmáticos exemplos estudados, a relação dialógica entre Corte IDH e STF é bem tímida. Mesmo se verificando a evolução da jurisprudência da Corte IDH para determinar a vinculação dos Estados-partes ao acordo firmado no marco da OEA e às suas decisões, o Brasil, por seu sistema jurídico interno, persiste em resistir. O que se verifica, na realidade, é que a Corte brasileira, por seus ministros, mesmo na decisão mais recente, tão somente utiliza a jurisprudência advinda do Sistema Americano de Direitos Humanos como reforço argumentativo das decisões. Não há qualquer posicionamento mais assertivo e sistemático sobre o controle de convencionalidade ao qual estão vinculados.

Muito desta atitude da Corte Constitucional brasileira talvez também decorra da nossa cultura de apego à soberania estatal, onde decisões de organismos externos são vistos como forma de interferência interna. No entanto, a observância e respeito às decisões proferidas pela Corte IDH pelo juiz brasileiro, inclusive pelo STJ e pelo STF, não indicam qualquer diminuição destes órgãos estatais de justiça, pois apenas o que lhes está sendo apresentado são novos parâmetros interpretativos, agora assentados na convencionalidade.

A Corte IDH, desde seu início, já afirmava que ao decidir contra um Estado-parte poderia determinar a este a modificação da sua ordem jurídica interna, especificamente naquilo que se contrapunha à norma interamericana. Ou seja, ao declarar uma *inconvencionalidade*,

³⁹⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 708, de 01.07.22. item 4. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=763392091#:~:text=ADPF%20708%20%2F%20DF&text=1.,o%20enfrentamento%20das%20mudan%C3%A7as%20clim%C3%A1ticas>. Acesso em: 01 fev..24.

³⁹¹ SARLET, Ingo; WEDY, Gabriel Tedesco; FENSTERSEIFER, Tiago. *A equiparação dos tratados ambientais aos tratados de direitos humanos*. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-15/direitos-fundamentais-equiparacao-tratados-ambientais-aos-direitos-humanos/>. Acesso em: 11 jan. .24.

esta decisão se tornava obrigatória ao Estado-parte, ao qual é imposto o dever de modificação de sua legislação ou ordem constitucional.

Como pode ser visto, na decisão em que o STF considerou ilegal a prisão do depositário infiel, em todas as suas formas, os ministros fizeram um grande esforço para resolver a questão a favor deste entendimento sem trazer à tona a discussão a respeito do necessário diálogo com o Sistema Americano de Direitos Humanos. De positivo se pode extrair, entretanto, o fato de que, embora vencido, houve voto pelo reconhecimento de que as normas internacionais de direitos humanos seriam materialidades constitucionais, compondo, assim, o “bloco de constitucionalidade”.

Em que pese todo este esforço realizado pela maioria dos ministros para deixar a Constituição Federal brasileira soberana em matéria de direitos humanos, e superior aos tratados ratificados pelo Brasil nesta matéria, o que se verificou foi que, em realidade, também ela teve que ganhar uma interpretação à luz da CADH. Isto porque, ao dizer que embora a Convenção não tivesse o poder de invalidar normas constitucionais, mas tão somente a norma que lhe é inferior, acabou por dizer que de agora por diante o legislador ordinário jamais poderá reintroduzir a prisão nesta modalidade em decorrência da supralegalidade da CADH, sendo apenas conferida esta prerrogativa a uma emenda constitucional. Além disso, como refere Maués, “mesmo nesse último caso, tal emenda constitucional estaria sujeita à revisão com base no princípio da proibição do retrocesso”³⁹².

No exemplo trazido ao trabalho, que diz respeito a equiparação dos tratados internacionais sobre meio ambiente aos tratados de direitos humanos, resta também evidente que a Corte brasileira pouco utilizou do mecanismo do controle de convencionalidade como forma de solucionar as demandas que envolvam direitos decorrentes de acordos internacionais. Este exercício é feito pela doutrina, como antes referido, já que o tema passa quase que despercebido na Corte brasileira.

Como já anunciado, o instituto do controle de convencionalidade é pouco difundido no Brasil³⁹³, assim como movimentos de convergência ou o engajamento das posturas constitucionais ao direito internacional, ou estrangeiro, são pouco perceptíveis, havendo, ainda, exemplos de resistência, resgatando a tipologia proposta por Vicki Jackson³⁹⁴. Este

³⁹² MAUÉS, Antônio Moreira. Brasil: as promessas não cumpridas da supralegalidade. In.: MAUÉS, Antônio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía. *O Controle de Convencionalidade na América Latina: experiências comparas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 163.

³⁹³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 129.

³⁹⁴ JACKSON, Vicki. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. New York: Oxford, 2010.

procedimento adotado pela Corte brasileira, como referem Schäfer, Rios, Leivas e Gomes, a remete a um isolamento frente ao Sistema Americano de Direitos Humanos, e em razão disto é que “dois elementos profundamente arraigados na tradição jurídica pátria e cujos significados tradicionais - ao menos frente ao Direito Internacional dos Direitos Humanos - devem ser objeto de discussão: a soberania e o postulado da supremacia constitucional”³⁹⁵.

Portanto, a exemplo dos julgados referidos, o reconhecimento do precedente internacional no âmbito interno brasileiro ainda não é uma realidade. No Brasil, esta cultura jurídica ainda não teve espaço, pelo que se pode afirmar que o diálogo entre as cortes internacional e nacionais, como STJ e STF, é quase que inexistente.

3.4 Os desbloqueios pela formação dos magistrados

Como se verifica, a cultura jurídica brasileira não é ainda totalmente aberta para a integração com o sistema jurídico internacional, mesmo quando se trate de Direitos Humanos, muito em razão, como visto, do apego à soberania nacional e à supremacia constitucional.

No entanto, os diálogos constitucionais e multilaterais são uma realidade contemporânea, passando eles a serem transversais. O diálogo das fontes, como a seguir se verá, é uma imposição aos operadores do direito, pois não há mais Estados isolados nos continentes, devendo todos atuar de forma colaborativa e na tentativa de resolver problemas regionais comuns. Para este objetivo deve também contribuir o juiz nacional, especialmente em matéria de Direitos Humanos, devendo atuar para garantir a máxima eficácia e salvaguarda dos direitos decorrentes da dignidade da pessoa humana.

E para a mudança desta cultura jurídica deve-se investir cada vez mais na formação dos magistrados brasileiros, o que se vem verificando pelo implemento de cursos de formação inicial e continuada de juízes e juízas pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), bem como pela previsão da matéria direito internacional dos direitos humanos em editais de concursos públicos, com exigência nas provas de seleção para o ingresso na carreira da magistratura. Para tanto, foi criado o Exame Nacional da Magistratura (EMAM), que surge para unificar a matéria a ser arguida aos candidatos dos concursos públicos para a magistratura.

³⁹⁵ SCHÄFER, Gilberto; RIOS, Roger Raupp; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; GOMES, Jesus Tupã Silveira. Diálogo entre o Supremo Tribunal Federal brasileiro e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma realidade nos dias atuais? *Revista da Ajuris*, v. 44, n. 143, p. 219-220, 2017.

A ENFAM, entidade instituída pela Resolução n. 3 do STJ, de 30 de novembro de 2006, tem por competência “definir as diretrizes básicas para a formação e o aperfeiçoamento de magistrados”, de acordo com o inc. I do art. 2 da referida Resolução³⁹⁶.

Cabe, ainda, à ENFAM, regulamentar, autorizar e fiscalizar os cursos oficiais para ingresso, vitaliciamento e promoção na carreira da magistratura, sendo responsável por instigar o pensamento crítico no desenvolvimento do Poder Judiciário e no aprimoramento de seus magistrados, devendo fomentar pesquisas, estudos e debates sobre temas relevantes, além de estimular a cooperação entre entidades nacionais e internacionais ligadas a estes objetivos³⁹⁷.

Em razão desta competência dada à ENFAM, e em decorrência da experiência na formação inicial do pesquisador, em seu módulo nacional, como docente desta instituição, tem se verificado a nítida evolução do tema entre os magistrados que ingressam na carreira. Há cerca de sete anos, quando iniciada a atividade, poucos eram os juízes que tinham familiaridade com a matéria do controle de convencionalidade - matéria que vem sendo ministrada por este pesquisador. Esta realidade vem modificando-se nos últimos anos, pois turmas inteiras que ingressam na carreira já são capazes de identificar e conceituar o controle de convencionalidade, estando cientes da necessidade da observância aos tratados internacionais de direitos humanos que o Brasil tenha aderido, bem como pelo respeito às decisões e interpretações emanadas da Corte IDH, muito embora o apego a soberania nacional e a primazia constitucional ainda sejam muito marcantes.

No entanto, pode-se afirmar que a introdução do tema do controle de convencionalidade e a relação do magistrado brasileiro com o Sistema Americano de Direitos Humanos na sua formação inicial e continuada é um importante passo dado em vistas a que o Poder Judiciário brasileiro, por seus magistrados, colabore para a mudança de paradigmas na defesa e evolução dos direitos humanos na região americana. A medida fez com que todos os magistrados que ingressem na carreira possuam esta capacitação em Direito Internacional dos Direitos Humanos, criando a cultura do exercício do controle de convencionalidade e do diálogo com as fontes internacionais, com o que os bloqueios antes enumerados iniciam a ser desfeitos.

Outro passo importante na direção aos desbloqueios à interação entre o direito nacional e internacional dos direitos humanos foi dado a partir da exigência, pelos editais de concurso, do conhecimento da matéria nos certames para ingresso na carreira da magistratura, com a presença de questões relativas à temática nas provas.

³⁹⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 3, de 30 novembro de 2006. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/8339/Res_3_2006_PRE_Atualizado.pdf. Acesso em: 30 mar. 2024.

³⁹⁷ <https://www.enfam.jus.br/institucional/sobre-a-escola/>.

O Conselho Nacional de Justiça, como referido, recentemente, criou o Exame Nacional da Magistratura (ENAM), prova nacional a habilitar candidatos à carreira da magistratura. Este exame se destina à habilitação de bacharéis em Direito com interesse em participar de concursos da magistratura promovidos pelos tribunais regionais federais, tribunais do trabalho, tribunais militares e tribunais dos estados e do Distrito Federal e dos territórios, conforme Editais lançados para esta finalidade³⁹⁸.

A primeira prova foi realizada em abril de 2024, sendo que tratou separadamente o tema específico dos direitos humanos nas questões 33 a 38³⁹⁹. É possível verificar-se, dentre as questões, a exigência do conhecimento das decisões da Corte IDH, com a citação a casos específicos por ela julgados, remetendo à necessidade de que os candidatos passem a conhecê-las como forma de obtenção de aprovação no certame. Inclusive sobre a competência consultiva da Corte houve questionamento sobre o controle de convencionalidade, como se verifica das questões.

Diante disso, pode-se afirmar que desbloqueios ao tema afeto ao direito internacional dos direitos humanos, especialmente ao Sistema Americano de Direitos Humanos, iniciam-se no Brasil por meio do processo de seleção de seus magistrados, bem como pela sua capacitação inicial e continuada.

3.5 Os diálogos transversais: entre a cooperação e os tensionamentos

Como já referido no primeiro capítulo, as constituições modernas decorrem de uma ruptura absolutista, quando se fez a diferenciação do direito em relação a política. Não há mais espaço, portanto, para um poder político supremo num estado democrático de direito. Entretanto, como refere Neves, a constituição é um mecanismo que depende do contexto social em que está inserida, pois “sem um certo contexto social de diferenciação funcional e de inclusão social, não há lugar para a Constituição como mecanismo de autonomia recíproca entre direito e política”⁴⁰⁰. O constitucionalismo como um fenômeno social não é harmônico, mas fonte de tensões, sendo estas naturais dentro de um Estado de Direito e num sistema democrático, pois somente nele também os direitos fundamentais terão espaço.

Os bloqueios antes enumerados são uma tentativa de manter o *status quo* de uma parcela da população que vê seus direitos fundamentais respeitados ou garantidos pelo Estado. No

³⁹⁸ <https://conhecimento.fgv.br/concursos/enam>.

³⁹⁹ Provas acessível em: <https://conhecimento.fgv.br/concursos/enam>.

⁴⁰⁰ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 56.

entanto, até mesmo leis produzidas por decisão das maiorias podem ser invalidadas quando afrontarem os direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, assim como quando contrariarem os Direitos Humanos declarados nos acordos internacionais em que o país seja parte. Isto, contudo, gera tensões nas relações sociais e políticas.

É preciso ser ter consciência, entretanto, como aponta Neves⁴⁰¹, que a adequação social do direito pela constituição tem que visar à convivência não destrutiva entre os projetos e as perspectivas de vida particulares, pois mesmo os naturais confrontos de interesses legítimos servem para a evolução do pacto social realizado pela comunidade organizada.

Com a globalização das relações humanas, a adequação social do direito extrapola as fronteiras dos países, pois os problemas que existem dentro de um Estado, por muitas das vezes, repete-se em outros, pelo que diálogos transversais, ou multiníveis, são necessários para resolvê-los de forma harmônica. Como referem Lopes e Santos Junior, “o cenário de entrecruzamento de várias ordens jurídicas, principalmente em torno de problemas comuns, como os representados pelos Direitos Humanos, exige uma aproximação entre seus atores para oferecer respostas coerentes e harmônicas para tais dificuldades partilhadas”⁴⁰². Especialmente quando estes Estados se encontram dentro de um mesmo acordo regional, como é o caso do Sistema Americano de Direitos Humanos.

É claro que a relação entre as ordens jurídicas internacional e nacional não é isenta de conflituosidade, pois “em termos de poder, essa abordagem pode significar um desconforto para as autoridades nacionais, uma vez que a busca por soluções comuns pode resultar, muitas vezes, na incorporação de decisões tomadas por um tribunal estrangeiro, com suas peculiaridades e circunstâncias próprias, a princípio estranhas à realidade nacional”⁴⁰³.

Na visão de Alvarado, este novo estado das coisas gera um constitucionalismo multinível a propiciar a coexistência e a articulação entre os diversos ordenamentos jurídicos existentes nos mais variados territórios. Segundo ele, “esta idea multinivel presupone el reconocimiento del pluralismo constitucional y conduce al concepto de red constitucional”⁴⁰⁴.

⁴⁰¹ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 64-65.

⁴⁰² LOPES, Ana Maria D’ávila; SANTOS JUNIOR, Luís Haroldo Pereira dos. A Corte Interamericana de Direitos Humanos como guia interpretativo: superando o modelo impositivo do controle de convencionalidade para o resgate do modelo dialógico. In.: LOPES, Ana Maria D’ávila; PAREDES, Felipe Paredes; LAZARTE, Renata Bregaglio (orgs.) *Tendências jurisprudenciais da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 15.

⁴⁰³ LOPES, Ana Maria D’ávila; SANTOS JUNIOR, Luís Haroldo Pereira dos Santos. A Corte Interamericana de Direitos Humanos como guia interpretativo: superando o modelo impositivo do controle de convencionalidade para o resgate do modelo dialógico. In.: LOPES, Ana Maria D’ávila; PAREDES, Felipe Paredes; LAZARTE, Renata Bregaglio. *Tendências Jurisprudenciais da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 16-17.

⁴⁰⁴ ALVARADO, Paola Andrea Acosta. *Más allá de la utopía: del diálogo interjudicial a la constitucionalización*

Portanto, na atualidade, como se vem afirmando, outro desafio se impõe aos juízes nacionais. Isto porque, a partir das exigências de diálogo e observância das normas internacionais, especialmente o direito internacional dos direitos humanos, os magistrados necessariamente tornaram-se elementos estressores do sistema jurídico interno, na medida em que devem exercer o controle de convencionalidade nacional, na forma difusa.

É necessário que os juízes brasileiros tomem consciência de que, diante da integração mundial, não há como tratar problemas semelhantes de formas distintas simplesmente porque o caminho encontrado decorre de decisão estrangeira ou de cortes internacionais. Como refere Neves, “esses problemas tornaram-se insuscetíveis de serem tratados por uma única ordem jurídica estatal no âmbito do respectivo território”⁴⁰⁵. Existem problemas que são comuns aos países e que devem ser tratados de uma forma transversal, como sugere este mesmo autor. O transconstitucionalismo, como visto no capítulo II, surge dessa necessidade de os Estados trocarem experiências, de forma cooperativa.

E, neste aspecto, é de relevante importância o magistado nacional, especialmente quando as Cortes Supremas dos países pouco uso façam do controle de convencionalidade, como é o caso do Brasil. Assim, “um problema transconstitucional implica uma questão que poderá envolver tribunais estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais (arbitrais), assim como instituições jurídicas locais nativas, na busca de sua solução”⁴⁰⁶. E o juiz nacional não pode ser furtar a intervir nesse processo.

Obviamente, quando se fala em atuação colaborativa, não se pode deixar de admitir que ela não é permanente entre as ordens jurídicas internacionais e nacionais, “pois são frequentes os conflitos entre perspectivas judiciais diversas”, como refere Neves⁴⁰⁷, sendo que muitas das vezes há disputa de poder entre cortes nacionais e internacionais e, até mesmo, internamente, dentro dos sistemas jurídicos nacionais.

Por evidente, portanto, deste entrelaçamento, assim como ocorrem fenômenos cooperativos, também ocorrem tensões entre sistemas e atores judiciais. No entanto, somente deste contato é que é possível ser formada uma rede de proteção da pessoa humana ao nível nacional e internacional, as quais se complementam mutuamente, por meio de suas normas e juízes⁴⁰⁸.

del derecho internacional. La red judicial latinoamericana como prueba y motor del constitucionalismo multinivel. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2015. p. 214.

⁴⁰⁵ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 21.

⁴⁰⁶ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 22.

⁴⁰⁷ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 117.

⁴⁰⁸ ALVARADO, Paola Andrea Acosta. *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.

Desta atuação cooperativa, mesmo que a partir de tensões, geram-se consensos mínimos a impulsionar a progressiva evolução dos direitos humanos na região americana. E o objetivo será sempre a formação de um *ius commune* americano, já tratado no segundo capítulo. A formação deste *ius commune* tem que vir a orientar todo o processo constitucional da região, pois estes consensos necessariamente devem irradiarem-se aos ordenamentos internos e ser observados pelos juízes nacionais em suas decisões.

3.6 O diálogo das fontes no direito internacional dos direitos humanos

O diálogo entre sistemas nacionais e internacionais é uma necessidade e uma realidade atual, mesmo que eles gravitem entre tensões e cooperações. A diversidade de fontes disponíveis ao operador do direito hoje em dia, dentre eles os juízes nacionais, é riquíssima para a evolução do sistema de proteção dos seres humanos. No entanto, para bem funcionar, as fontes devem ser sistematizadas e coordenadas.

O termo “diálogo das Fontes” foi cunhado por Erik Jayme⁴⁰⁹, no qual, nas palavras de Lima Marques.

Pela força da Constituição (e dos direitos fundamentais), fontes plurais não mais se excluem – ao contrário, mantêm as suas diferenças e narram simultaneamente suas várias lógicas (dia-logos), cabendo ao aplicador da lei coordená-las (“escutando-as”), impondo soluções harmonizadas e funcionais no sistema, assegurando efeitos úteis a essas fontes, ordenadas segundo a compreensão imposta pelo valor constitucional⁴¹⁰.

Defende Erik Jayme que, num mundo pós-moderno, existe a superação do tradicional modo de lidar com o conflito aparente de normas, que até então se baseava nos critérios da anterioridade, especialidade e hierarquia, pois as fontes não mais podem excluírem-se, mas sim dialogar. Ao justificar o encontro entre a cultura pós-moderna e o direito, Erik Jayme pontua quatro valores em comum⁴¹¹: o pluralismo, como estilo de vida escolhido, o “direito à

Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2015. p. 241.

⁴⁰⁹ JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: Le droit Internationale privé postmoderne. *Recueil des Courts de l'Académie de Droit International de la Haye*, 1995, II, p. 259.

⁴¹⁰ MARQUES, Cláudia Lima. A Teoria do ‘diálogo das fontes’ hoje no Brasil e seus novos desafios: uma homenagem à magistratura brasileira. In.: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (coords). *Diálogo das Fontes: novos estudos sobre a coordenação e aplicação das normas no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 366.

⁴¹¹ JAYME, Erik. Direito internacional privado e cultura pós-moderna. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS*, v. 1, n. 1, p. 105-114, 2003a. Edição em homenagem à entrega do título de Doutor Honoris causa da Universidade Federal do Rio Grande do Sul ao jurista Erik Jayme. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/27701/3/DireitosFundamentaisDialogo.pdf>. Acesso em: 20 jan.

diferença”; a comunicação, num mundo já sem fronteiras; a narração, contar com alto grau figurativo; e os sentimentos, com a emergência de um irracionalismo, com um forte sentimento de defesa da sua identidade cultural. E, por meio deles, sentencia que “esse diálogo das fontes é um fenômeno novo e impactante, porque antes se considerava apenas a ideia de hierarquia entre as fontes, e não a de uma aplicação simultânea, de um diálogo entre elas”⁴¹².

O que prega a teoria do diálogo das fontes, portanto, é a necessidade de que as mais diversas fontes de normas passem a harmonizar-se de forma a não se excluírem mutuamente, como ocorria quando se recorria aos critérios clássicos de solução de conflitos de normas. O diálogo exige uma coordenação entre as normas, uma influência recíproca entre elas na busca de sua coerência, ou seja, se busca uma aplicação das normas conjuntamente e de forma complementar.

Marques, refere que existem três fundamentos para a aplicação da teoria do diálogo das fontes no país: (1) a unidade e coerência do ordenamento jurídico nacional, como sendo um sistema brasileiro de fontes, a partir de uma lógica retirada da Constituição Federal, especialmente dos direitos fundamentais e dos valores protegidos pelas cláusulas pétreas; (2) a convergência e a complementariedade dos campos de aplicação das diversas fontes, não se falando mais em revogação expressa de normas, primando-se pela aplicação simultânea de leis, especialmente a preservar a mais favorável ao sujeito de direito constitucionalmente protegido; (3) a necessidade de dar efeito útil às várias fontes, por uma interpretação sistêmica, teleológica ou histórica das leis gerais e especiais⁴¹³.

O direito internacional, originariamente concebido para a resolução de conflitos regionais – e esta competência permanece até os dias atuais –, desenvolve-se através dos séculos, cumprindo agora uma segunda função, como aponta Jayme, pois ele também passa a ser modelo de transformação dos sistemas jurídicos nacionais⁴¹⁴.

2024. p. 107.

⁴¹² JAYME, Erik. Direito internacional privado e cultura pós-moderna. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 105-114, mar. 2003a. ISSN: 1678-5029. Edição em homenagem à entrega do título de Doutor Honoris causa da Universidade Federal do Rio Grande do Sul ao jurista Erik Jayme. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/27701/3/DireitosFundamentaisDialogo.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2024. p. 114.

⁴¹³ MARQUES, Cláudia Lima. A Teoria do ‘diálogo das fontes’ hoje no Brasil e seus novos desafios: uma homenagem à magistratura brasileira. In.: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (coords). *Diálogo das Fontes: novos estudos sobre a coordenação e aplicação das normas no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 420.

⁴¹⁴ JAYME, Erik. Direito internacional privado e cultura pós-moderna. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS*, v. 1, n. 1, p. 105-114, 2003a. Edição em homenagem à entrega do título de Doutor Honoris causa da Universidade Federal do Rio Grande do Sul ao jurista Erik Jayme. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/27701/3/DireitosFundamentaisDialogo.pdf>. Acesso em: 20 jan. 24. p. 114.

E, nesta transformação, tem importante papel o magistrado nacional, pois deve ser sensível a todas as fontes que envolvam Direitos Humanos, especialmente. Pouco importando se são decorrentes do ordenamento nacional, internacional, supranacional ou regional. Diante disso, deve-se lembrar de que o magistrado nacional também é responsável por este diálogo. Com referem Benjamin e Marques, “Diálogo” por força das influências recíprocas, permitindo ou aplicar as duas fontes ao mesmo tempo, complementarmente ou subsidiariamente para realizar os valores dos direitos humanos, ou dar efeito à escolha das partes a esse respeito, ou ainda optar por uma solução alternativa mais flexível⁴¹⁵.

Portanto, o juiz brasileiro é responsável pela coerência entre as normas internacionais e nacionais em matéria de direitos humanos, tendo por valor a máxima proteção do indivíduo. E para este desiderato deve ser considerado que a “teoria do diálogo das fontes é uma solução flexível e aberta, de valorização dos direitos humanos, de solução mais favorável à cooperação internacional ou aos mais vulneráveis da relação”⁴¹⁶, especialmente quando se estiver em jogo a defesa de grupos vulneráveis, onde o papel contramajoritário do Poder Judiciário é acionado. Diante disto, há que se considerar, como alertam Benjamin e Marques, não ser possível a realização de um diálogo das fontes a prejudicá-los, em detrimento de fatores econômicos, sob pena de se estar diante de um “diálogo das fontes inconstitucional”⁴¹⁷.

Portanto, o magistrado brasileiro, deve realizar o diálogo das fontes, e assim agir de forma coordenada e humanizada, à luz dos princípios e garantias fundamentais abrigados na Constituição Federal e nos tratados internacionais internalizados pelo Brasil, especialmente em matéria de direitos humanos.

3.7 A ampliação dos direitos fundamentais constitucionais pelo direito internacional

Deste entrelaçamento de mundos jurídicos, nacional e internacional, sendo o magistrado nacional o coordenador destas fontes, é necessário se ter consciência que uma nova realidade se apresenta aos direitos fundamentais constitucionalmente previstos, como é o caso do Brasil. Pela abertura material conferida na Constituição brasileira em seu § 2º do art. 5º, nitidamente se verifica a possibilidade de que os direitos fundamentais constitucionais possam ser ampliados

⁴¹⁵ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima. A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme. *Revisa de Direito do Consumidor*, v. 115, p. 23, 2018.

⁴¹⁶ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima. A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme. *Revisa de Direito do Consumidor*. v. 115, p. 24, 2018.

⁴¹⁷ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima. A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme. *Revisa de Direito do Consumidor*, v. 115, p. 24, 2018.

pelos direitos humanos internacionais incorporados nos acordos internacionais na matéria que o país tenha ratificado.

Quando as cortes internacionais e as cortes nacionais estiverem dispostas a dialogar em questões constitucionais comuns com relação aos direitos humanos há uma inevitável ampliação da proteção da pessoa humana internamente, com a maior aplicação do direito convencionalizado pelos tribunais domésticos⁴¹⁸.

Portanto, o magistrado nacional que deve estar aberto a uma atuação voltada para a construção cooperativa dos direitos humanos, com respeito e interação com a comunidade internacional representada pela Corte IDH. Até porque,

Nessa busca por um equilíbrio, o papel de guia interpretativo da Corte IDH, que estimula o diálogo entre as Cortes nacionais e internacionais, permitirá que os juízes locais possam, efetivamente, atuar como juízes convencionais ou interamericanos, contribuindo para a legitimidade das decisões tomadas pela Corte IDH, bem como possibilitará estabelecer uma coerência na proteção do ser humano no continente⁴¹⁹.

As aberturas constitucionais dadas pelos países para as normas internacionais, especialmente em matéria de Direitos Humanos, não podem mais ser desconsideradas, pois a partir delas forma-se um bloco de constitucionalidade – e também de convencionalidade – constituído por normas materialmente constitucionais, onde ambas se retroalimentam, uma vez que a norma interna também deve ser fonte para a Corte situada na Costa Rica. De onde vem o comando para que todo juiz nacional realize o controle de convencionalidade dentro dos respectivos marcos de sua competência. Diante disso, é necessário se ter ciência de que, como referem Silva e Lelis que

O controle de convencionalidade se constitui como uma forma legítima de atuação perante questões relacionadas aos direitos humanos, em face de sua capacidade de diálogo e harmonização do direito interno com preceitos internacionais, figurando-se no campo de legitimidade democrática por meio da tecnocracia, proximidade e imparcialidade, donde seu objeto converge para os mesmos objetivos da sociedade contemporânea, qual seja, a prevalência

⁴¹⁸ NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. Con especial referencia a la experiencia latino americana. In.: BOGNANDI, Armin Von; MC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). *La justicia constitucional y su internacionalización. Hacia a um ius constitutionale commune en américa latina?* Universidade Autónoma de México: México, 2010. p. 719.

⁴¹⁹ LOPES, Ana Maria D'ávila; SANTOS JUNIOR, Luís Haroldo Pereira dos Santos. A Corte Interamericana de Direitos Humanos como guia interpretativo: superando o modelo impositivo do controle de convencionalidade para o resgate do modelo dialógico. In.: LOPES, Ana Maria D'ávila; PAREDES, Felipe Paredes; LAZARTE, Renata Bregaglio. *Tendências Jurisprudenciais da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 23.

dos direitos humanos⁴²⁰.

É necessário se ter presente sempre, ainda, o caráter colaborativo que deve existir não somente entre os países da região americana, mas também entre suas cortes e juízes com a Corte IDH, dado seu caráter complementar, pois “a solução jurídica por trás de uma jurisprudência não deve ser interpretada como sendo de um ou de outro país, mas sim *a sabedoria sobre direitos e justiça acumulada no mundo*”⁴²¹. E o mesmo vale quando se está diante de uma jurisprudência internacional. Até porque os problemas constitucionais ultrapassaram as fronteiras dos países, na medida que compartilham dificuldades semelhantes, especialmente em matéria de Direitos Humanos, pelo que o “direito constitucional se emancipou da ordem originária do Estado. Há uma correlação entre diversas ordens jurídicas, não bastando buscar a solução dos problemas apenas no direito constitucional”⁴²². E disto decorre o transconstitucionalismo, que não fica restrito a uma única ordem jurídica, pois busca as soluções aos problemas numa pluralidade de ordens jurídicas. Existe a necessidade de entrelaçamento das diversas ordens jurídica para que os Direitos Humanos tenham uma evolução uniforme em todo o continente americano, o que é objetivo a ser buscado também pelo magistrado brasileiro.

Evidentemente, tendo-se ciência, como advertem Lopes e Marques Junior, de que:

Cada sociedade possui seus próprios valores e sua própria cultura, que deve ser preservada. Entretanto, em face de situações nas quais os direitos humanos sejam violados, há que se empreender esforços no sentido de proteger aquele indivíduo que teve seus bens jurídicos afrontados. Nestes casos, as soluções semelhantes devem ser buscadas, embora, quando da recepção das mesmas, a mera passividade, sem um olhar crítico, também não é aconselhável, dado que essa sociedade pode apresentar certas peculiaridades que, mesmo não violando direitos humanos, pode entrar em conflito com alguns aspectos dessa decisão⁴²³.

Até porque, não se deve esquecer de que “a consolidação do diálogo jurisdicional no

⁴²⁰ SILVA, Carla Ribeiro Volpini; LELIS, Henrique Rodrigues. O controle de convencionalidade e a proteção dos direitos humanos. In.: COSTA, Pablo Henrique Hubner de Lanna (org.). *Controle de Convencionalidade. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Valerio de Oliveira Mazzuoli*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019. p. 153.

⁴²¹ DIAS, Roberto; MOHALLEM, Michael Freitas. O diálogo jurisdicional sobre direitos humanos e a ascensão da rede global de Cortes Constitucionais. In.: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (coords.). *Ius Constitutionale commune na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2016. v. 3. p. 272.

⁴²² LIMA, Fernando Antônio de. *Curso de Hermenêutica dos Direitos Humanos*. São Paulo: JusPodivm, 2024. p. 379-380.

⁴²³ LOPES, Ana Maria D’ávila; SANTOS JUNIOR, Luís Haroldo Pereira dos Santos. A Corte Interamericana de Direitos Humanos como guia interpretativo: superando o modelo impositivo do controle de convencionalidade para o resgate do modelo dialógico. In.: LOPES, Ana Maria D’ávila; PAREDES, Felipe Paredes; LAZARTE, Renata Bregaglio. *Tendências Jurisprudenciais da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 18.

campo dos direitos humanos, no Brasil e no mundo, provoca dúvidas também em relação à legitimidade da fonte estrangeira e ao grau de influência nas ordens jurídicas nacionais receptoras”⁴²⁴ Assim,

Adquire-se uma perspectiva mais ampla e menos provinciana das questões discutidas, o que permite o diagnóstico de possíveis fragilidades e inconsistências dos pontos de vista tradicional. Consensos globais que se consolidam em torno da democracia e dos direitos humanos podem irradiar ainda mais. E, no que se refere às relações entre decisões de cortes internas e internacionais, o diálogo pode evitar conflitos desnecessários, que tenderiam a gerar insegurança jurídica, a provocar a responsabilidade internacional do Estado e a abalar a sua margem perante a comunidade global⁴²⁵.

Não se pode perder de vista que as convergências entre tratados internacionais e Constituições vêm ao encontro do constitucionalismo moderno e cooperativo, reforçando os Direitos Humanos na região. E isto não é privilégio do Sistema Americano de Direitos Humanos, pois todos os acordos internacionais sempre são alicerçados em consensos. E, todos juízes, independentemente do grau em que exerçam suas jurisdições, carregam consigo o ônus de serem apaziguadores de conflitos, e, para isto, a segurança jurídica formatada em consensos é objetivo a ser seguido.

Os problemas constitucionais comuns em vários ordenamentos jurídicos distintos devem buscar no transconstitucionalismo a passagem de uma simples situação fragmentada e desestruturada na região para uma atuação conjunta, construtiva entre elas⁴²⁶. A solução dos problemas comuns não está na fragmentação de decisões, mas sim na atuação cooperativa de juízes dos mais diversos países da região. Deve existir uma atuação para buscar pontes construtivas, como defende Neves⁴²⁷. Até porque, “o fenômeno pós-nacionalista é uma marca da contemporaneidade, ao estimular meios integrativos para superar os condicionamentos

⁴²⁴ DIAS, Roberto; MOHALLEM, Michael Freitas. O diálogo jurisdicional sobre direitos humanos e a ascensão da rede global de Cortes Constitucionais. In.: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (coords.). *Ius Constitutionale commune na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2016. v. 3. p. 278.

⁴²⁵ SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais, Constituição e Direito Internacional: diálogo e fricções. In.: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. *Impacto das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na jurisprudência do STF*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 320.

⁴²⁶ NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. Con especial referencia a la experiencia latino americana. In.: BOGNANDI, Armin Von; MC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). *La justicia constitucional y su internacionalización. Hacia a um ius constitutionale commune en américa latina?* Universidade Autónoma de México: México, 2010. p. 743.

⁴²⁷ NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. Con especial referencia a la experiencia latino americana. In.: BOGNANDI, Armin Von; MC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). *La justicia constitucional y su internacionalización. Hacia a um ius constitutionale commune en américa latina?* Universidade Autónoma de México: México, 2010. p. 743.

nacionais, tornando abertas à reflexão as tradicionais formas de identificação individual”⁴²⁸.

Ademais, a própria CADH é vista como um organismo vivo e que deve ser interpretada de forma a estar sempre em harmonia com o tempo atual, pelo que a Corte IDH tem buscado uma interpretação evolutiva sobre ela e sobre todo o ordenamento jurídico do acordo regional. Como afirma Magalhães, ao fazê-la, busca a Corte IDH ampliar o rol de direitos previstos na CADH e complementar as obrigações dos Estados⁴²⁹.

O juiz brasileiro, portanto, também se insere neste mister de buscar a paz social por meio da defesa intransigente dos Direitos Humanos, sendo que com isto vem a colaborar na construção de consensos na região, na medida em que reafirma toda a normativa decorrente do Sistema Americano de Direitos Humanos e dá a ela concretude e ampliação para uma proteção das pessoas de forma mais eficaz. Isto porque

É sabido que a participação dos Estados em ordenamentos jurídicos convencionais visa assegurar o livre gozo e exercício de direitos e liberdades fundamentais, estabelecendo restrições processuais específicas em relação à ordem interna. Entretanto, tais restrições dizem respeito à necessidade de os juízes assegurarem um “padrão mínimo comum” ou “proteção equivalente” em matéria de direitos humanos, dialogando a fim de coordenar e harmonizar sua jurisprudência com a que emana das Cortes internacionais, notadamente a Corte IDH⁴³⁰.

Ademais, como refere Alvarado, o direito internacional pode ser reformulado a partir de espaços judiciais, assim como este mesmo direito internacional, ao reconhecer a importância de proteger os indivíduos, age neste desiderato mesmo contrariamente a vontade dos Estados⁴³¹.

E disto também decorre a necessidade para que a interpretação das normas relacionadas aos Direitos Humanos seja feita de maneira evolutiva. Até porque, como refere Burgorgue-Larsen “La interpretación evolutiva es una manera de mantenerse al día con las tendencias convergentes a escala internacional. Se trata, de alguna manera, de mantener viva la

⁴²⁸ LOPES, Ana Maria D’ávila; SANTOS JUNIOR, Luís Haroldo Pereira dos Santos. A Corte Interamericana de Direitos Humanos como guia interpretativo: superando o modelo impositivo do controle de convencionalidade para o resgate do modelo dialógico. In.: LOPES, Ana Maria D’ávila; PAREDES, Felipe Paredes; LAZARTE, Renata Bregaglio. *Tendências Jurisprudenciais da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 16.

⁴²⁹ MAGALHÃES, Breno Baía. A interpretação evolutiva dos Direitos Humanos: uma revisão documental do período de 1988 a 2018. *Revista de Direito Internacional*. Brasília. v. 17, n. 3. 2020. p. 582.

⁴³⁰ LIMA, Luís Carlos Santos. Controle de Convencionalidade e transnacionalidade: limites e potencialidades na relação entre Supremo Tribunal Federal e Corte Interamericana de Direitos Humanos. In.: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (coords.). *Controle de Convencionalidade: temas aprofundados*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 238

⁴³¹ ALVARADO, Paola Andrea Acosta. *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. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2015. p. 231.

universalidad de los derechos”⁴³².

E, ainda, como isto, como refere Piovesan, a firme atuação do magistrado “serve a um duplo propósito: a) promover e encorajar avanços no plano interno dos Estados; b) prevenir recuos e retrocessos no regime de proteção de direitos”⁴³³. A missão de todo magistrado deve ser sempre fundada nos Direitos Humanos para a garantia de uma sociedade mais justa, fraterna e solidária.

Além disso, a coalização de forças serve para o aperfeiçoamento tanto do sistema nacional de justiça quanto do sistema internacional, criando uma rede de cooperação de mão dupla. Portanto, não há que se falar em supremacia de um sobre o outro sistema, pois eles se complementam e se aperfeiçoam na medida em que nenhum deles está livre de proferir decisões equivocadas. Esta articulação entre juízes nacionais e internacionais é decorrente da percepção de que possuem um objetivo comum e que necessitam deste diálogo, como refere Alvarado⁴³⁴.

E, neste aspecto, tem-se que novamente retomar a ideia de transconstitucionalismo já explorada no capítulo II, pois é fundamental o sistema de justiça nacional estar aberto a novas descobertas normativas de outros Estados e acordos, para fortalecer a própria capacidade de encontrar e oferecer soluções que sejam comuns⁴³⁵. Até porque, assim como os juízes nacionais são influenciados pelo trabalho dos juízes interamericanos, existe uma migração de ideias entre os tribunais constitucionais da região e entre eles e o juiz interamericano⁴³⁶, pelo que estes também poderão vir a ser influenciado pelos juízes nacionais da região americana.

O juiz nacional brasileiro, portanto, ao deparar-se com problemas que sejam comuns em outros Estados, ou dentro do Sistema Americano de Direitos Humanos, não deve ficar limitado ao seu ordenamento jurídico interno, pois tem a oportunidade de colaborar para a ampliação dos direitos fundamentais. O transconstitucionalismo não admite que exista uma única ordem

⁴³² BURGORGUE-LARSEN, Laurence. El Contexto, Las Técnicas y Las Consecuencias de la Interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, v.12, n. 1, p. 131, 2014.

⁴³³ PIOVESAN, Flávia. Controle de convencionalidade Direitos Humanos e diálogo entre jurisdições. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 134.

⁴³⁴ ALVARADO, Paola Andrea Acosta. *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. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2015. p. 20.

⁴³⁵ NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. Con especial referencia a la experiencia latino americana. In: BOGNANDI, Armin Von; MC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). *La justicia constitucional y su internacionalización. Hacia a um ius constitutionale commune en américa latina?* Universidade Autónoma de México: México, 2010. p. 742.

⁴³⁶ ALVARADO, Paola Andrea Acosta. *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. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2015. p. 21.

jurídica como ponto de partida quando as necessidades sejam semelhantes nos demais. Como refere Neves, “en esa perspectiva, el desarrollo de un metodo del transconstitucionalismo abre la posibilidad de construcción de una racionalidade transversal en la relación entre principios y reglas de órdenes jurídicos distintos”⁴³⁷.

Portanto, é necessário que os juízes brasileiros estejam dispostos ao diálogo transversal, pois por meio do transconstitucionalismo possuem um modelo estrutural de conexão funcional entre as esferas fragmentadas da sociedade mundial⁴³⁸. Até porque, isto terá como resultado a formação de uma rede de proteção com vista a criar um *ius commune* interamericano, como aponta Alvarado⁴³⁹. E, isto ocorrendo, os direitos fundamentais serão ampliados por influência do Direito Internacional dos Direitos Humanos, seja pela ratificação das convenções e tratados internacionais, seja em razão do diálogo com a Corte IDH.

3.8 Conclusão Parcial

Como visto até aqui, a partir da inevitável relativização da soberania diante das relações que se globalizaram, onde problemas comuns são verificados em Estados diferentes, uma nova forma de constitucionalismo se apresenta. E quando se refere ao tema dos Direitos Humanos, e a sua busca pela universalidade, tendo o indivíduo como sujeito de direitos internacional, como visto nos capítulos I e II, o papel do magistrado nacional é de extrema relevância para o Sistema Americano de Direitos Humanos.

Diante disso, neste capítulo III, buscou-se verificar que para além da inexistência de uma cultura brasileira de efetiva utilização do direito internacional e de uma relação dialógica do sistema de justiça nacional com o internacional, em matéria dos Direitos Humanos, em que pese a abertura conferida pelo § 2º do art. 5º da Constituição Federal, que uma série de bloqueios foram realizados. Bloqueios legislativos, como a emenda constitucional nº 45/2004, e bloqueios pelo sistema de justiça, desde juízes e tribunais até as cortes superiores.

⁴³⁷ NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. Con especial referencia a la esperiencia latino americana. In.: BOGNANDI, Armin Von; MC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). *La justicia constitucional y su internacionalización. Hacia a un ius constitutionale commune en américa latina?* Universidade Autónoma de México: México, 2010. p. 742.

⁴³⁸ NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. Con especial referencia a la esperiencia latino americana. In.: BOGNANDI, Armin Von; MC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). *La justicia constitucional y su internacionalización. Hacia a un ius constitutionale commune en américa latina?* Universidade Autónoma de México: México, 2010. p. 745.

⁴³⁹ ALVARADO, Paola Andrea Acosta. *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. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2015. p. 21.

No que diz respeito ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, na análise quantitativa de sua jurisprudência realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, verificou-se que quando pesquisados acórdãos que mencionam na ementa uma das convenções do SIDH, a Corte IDH e o controle de convencionalidade, e que efetivamente analisam argumentos que envolvem tais elementos, apenas 94 casos foram localizados na Corte Constitucional e 262 casos foram localizados no Tribunal da Cidadania⁴⁴⁰. Números extremamente inexpressivos para o número de ações julgadas anualmente por estas cortes.

Disto decorre a demonstração de que também o Poder Judiciário brasileiro serve de barreira para a evolução dos Direitos Humanos na região americana, pois acaba colocando, pela atuação de seus juízes, pela omissão da utilização das normas decorrentes do SIDH, bem como das decisões da Corte IDH, inúmeras dificuldades.

Os bloqueios verificados no Poder Judiciário, em qualquer uma das suas esferas, parecem muito mais culturais do que uma ação deliberada contra o ordenamento internacional incorporado ao sistema de justiça nacional. O país segue ainda muito atrelado ao conceito de soberania, inadmitindo-se qualquer interferência externa. No entanto, o que aqui se defende em nada diz com qualquer intervenção exterior, mas tão somente com a necessidade de que os juízes brasileiros passem a perceber a responsabilidade que hoje adquiriram na construção de uma interpretação evolutiva dos Direitos Humanos na região, o que devem fazer em constante diálogo com os sistemas externos, sejam eles de outros países, sejam eles oriundos do direito internacional, como é o caso do Sistema Americano de Direitos Humanos.

Alguns movimentos em favor de desbloqueios já podem ser sentidos por meio da formação inicial e continuada dos juízes brasileiros, pela ENFAM, bem como pela exigência do conhecimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, especialmente do Sistema Americano de Direitos Humanos, para os bacharéis em direito que concorrem aos cargos de magistratura nos concursos públicos, especialmente com a criação do exame nacional pelo Conselho Nacional de Justiça.

O esforço para a mudança desta cultura, portanto, deve ser de todos, e devem todos os magistrados brasileiros terem consciência do seu papel neste objetivo, atuando de forma a colaborar para a criação de consensos no continente americano, dialogando com todo o sistema de proteção dos Direitos Humanos regional. O magistrado nacional é peça fundamental para que, por meio do diálogo das fontes, os direitos humanos possam ser ampliados internamente

⁴⁴⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Comportamento judicial em relação a Convenção Americana sobre Direitos Humanos: uma análise empírica do Poder Judiciário brasileiro*. Brasília: CNJ, 2023. p. 132.

sob a influência do direito internacional.

4 CAPÍTULO IV – A INTERPRETAÇÃO, A MARGEM DE APRECIÇÃO NACIONAL E O JUIZ BRASILEIRO COMO CONSTRUTOR DE CONSENSOS REGIONAIS EM DIREITOS HUMANOS

4.1 Considerações Iniciais ao Capítulo

Como visto até aqui, especialmente no capítulo I, a soberania estatal tem uma nova forma de relação com o constitucionalismo, que passa a ser transnacional, o que veio a formar um bloco regional de convencionalidade, pela participação dos sistemas internacional e nacional, por meio de seus juízes interamericanos e internos.

No capítulo II, por sua vez, ficou demonstrado que a passagem do constitucionalismo para uma ideia de constitucionalismo cooperativo, ou seja, a um transconstitucionalismo, deve fomentar a constituição de um *ius commune* americano e de um bloco de convencionalidade a ser observado pelos juízes brasileiros, os quais ainda possuem a incumbência de construir consensos na região.

No capítulo III, buscou-se demonstrar as resistências e os bloqueios existentes dentro do sistema de justiça e normativo brasileiros, pelo que todos os magistrados devem cooperar na mudança de cultura para a evolução dos direitos humanos. Até porque, é também através do controle de convencionalidade interno, realizada pelos juízes nacionais, como refere Ferreira, que se realiza uma “uniformidade de interpretação e dos ordenamentos internos de cada país, observadas as peculiaridades de cada Estado, observado, nada obstante, um parâmetro mínimo comum no sistema regional”⁴⁴¹.

Agora, é necessário verificar-se mecanismos a gerar a construção dialógica que remete ao juiz brasileiro a responsabilidade de ser construtor de consensos regionais em matéria de Direitos Humanos, por meio de uma interpretação evolutiva e que dê coerência entre os direitos nacional e internacional, o que se pretende, de forma inédita.

A escolha soberana feita pelo Estado de aderir e internalizar um tratado internacional de direitos humanos é discricionária, pois não existem meios de ser imposta pelo Direito Internacional. Entretanto, uma vez sendo internalizados tratados e convenções, estes a todos obrigam, especialmente os juízes nacionais. Portanto, os juízes nacionais não mais podem trabalhar como uma hermenêutica tradicional ou constitucional, pois do contato entre os ordenamentos nacionais e internacionais “nasce a *hermenêutica dos direitos humanos*, isto é, a

⁴⁴¹ FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. *O controle de convencionalidade e a lei da ficha limpa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 143.

ciência que busca interpretar, de forma harmônica e conjugada, os elementos jurídicos internos e internacionais, com objeto de se alcançar a máxima efetividade na proteção dos direitos humanos”⁴⁴².

O sistema de proteção dos Direitos Humanos, tendo o Estado ratificado um tratado ou convenção internacional nesta matéria, impõe aos seus juízes nacionais novas e relevantes atribuições e responsabilidades: a de serem os responsáveis primários pelo cumprimento e respeito das normas internacionais de direitos humanos, bem como trabalharem colaborativamente na construção de consensos regionais nesta temática. Isto porque, as cortes internacionais somente serão acionadas quando o sistema interno de justiça falhar⁴⁴³, sendo que “quando os tribunais internacionais podem supervisionar decisões dos tribunais nacionais isso os incentiva a atuar de maneira independente, a fim de sobreviver ao exame internacional”⁴⁴⁴.

Esta responsabilidade interna já foi deixada clara pela Corte IDH no caso *Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia*, de 2012, quando sentenciou:

Foi instalado um controle dinâmico e complementar das obrigações convencionais dos Estados de respeitar e garantir os direitos humanos, conjuntamente entre as autoridades internas (primeiras obrigadas) e as instâncias internacionais (de forma complementar)⁴⁴⁵.

Ao realizar esta tarefa, como se demonstrará mais adiante, o juiz interno passa a ser um construtor de consensos regionais e, com isso, colabora para que os direitos humanos se desenvolvam e se fortifiquem, pois é na construção destes parâmetros aceitos por todos os Estados que a força impositiva dos Direitos Humanos se torna consolidada a ponto de não poder o Estado escusar-se de aplicá-la, por se tratar de norma já aceita por todos. E, como referem Schäfer, Rios, Leivas e Gomes:

Os critérios tradicionais de solução de conflitos entre normas (hierarquia, especialidade e anterioridade) afiguram-se insuficientes diante das complexidades que se apresentam na vida de relação, razão pela qual se busca a sua superação por diálogos sistemáticos de coerência, de complementariedade ou subordinação e de adaptação. Diálogo, porque

⁴⁴² LIMA, Fernando Antônio de. *Curso de Hermenêutica dos Direitos Humanos*. São Paulo: JusPodivm, 2024. p. 40.

⁴⁴³ É necessário se ter ciência de que, pelo princípio do esgotamento dos recursos internos, não há como se movimentar o Sistema Interamericano de Direitos Humanos sem que todo o sistema nacional jurídico tenha sido respeitado, o que vem a demonstrar o caráter subsidiário da Corte regional.

⁴⁴⁴ MAUÉS, Antônio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía. A recepção dos Tratados de Direitos Humanos pelos tribunais: sentenças paradigmáticas de Colômbia, Argentina e Brasil. In.: LOPES, Ana Maria D’Ávila; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto (orgs.). *A internalização de tratados internacionais de direitos humanos na América do Sul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 24-25.

⁴⁴⁵ Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_259_esp.pdf. Acesso em: 20 set. 2022.

procura as influências recíprocas entre os diferentes textos legais. Sistemático, porque procura visualizar o ordenamento jurídico como um todo, não se atendo a um único dispositivo⁴⁴⁶.

No entanto, é necessário também um olhar para a legitimação da atuação da Corte IDH, muitas vezes acusada de agir arbitrariamente, sem dar espaços aos sistemas internos para atuar dentro das suas realidades culturais e sociais locais. Como refere Lopes,

Observa-se, portanto, e sem desconsiderar os inúmeros acertos do SIDH na proteção e promoção dos direitos humanos no continente, que há uma crescente preocupação na região em relação aos rumos que esse Sistema vem tomando, haja vista a auto-ampliação das competências dos seus órgãos, com repercussões diretas na soberania dos Estados membros, levantando questionamentos sobre a sua legitimidade⁴⁴⁷.

Para esta relação também pode colaborar o magistrado nacional, por meio de métodos interpretativos e tendo sempre presente os institutos da margem de apreciação nacional e do controle de convencionalidade, temas que serão tratados e retomados neste quarto capítulo. A eficácia do sistema regional de proteção dos Direitos Humanos, portanto, tem no magistrado brasileiro um ator imprescindível.

4.2 A interpretação de sentenças da Corte IDH e a interpretação cooperativa

Os métodos interpretativos são de extrema utilidade a todos os juízes nacionais para o fim de alcançar a maior proteção dos Direitos Humanos, pelo que se inicia com uma fonte posta à disposição pelo próprio Sistema Americano de Direitos Humanos, por meio do art. 67 da CADH, qual seja, a interpretação das sentenças da Corte IDH.

Ademais, deve todo magistrado realizar a interpretação de normas de forma colaborativa para com o sistema de proteção dos Direitos Humanos americano, de modo que possa contribuir, por meio do controle de convencionalidade, para o seu aprimoramento, superando obstáculos internos e contribuindo para a remoção dos externos.

⁴⁴⁶ SCHÄFER, Gilberto; RIOS, Roger Raupp; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; GOMES, Jesus Tupã Silveira. Diálogo entre o Supremo Tribunal Federal brasileiro e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma realidade nos dias atuais? *Revista da Ajuris*, v. 44, n. 143, p. 211, 2017.

⁴⁴⁷ LOPES, D'Ávila Ana Maria. A proteção do direito ao meio ambiente no caso *Nuestra Tierra vs. Argentina*: o ativismo da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Justiça Do Direito*, v. 34, n. 3, p. 51, 2020.

4.2.1 A interpretação de sentenças da Corte IDH na previsão do art. 67 da CADH

As decisões emitidas pela Corte IDH não possuem recurso, sendo, portanto, definitivas. No entanto, existe a previsão expressa, pelo art. 67 da CADH, de que se possa sobre elas buscar a correta interpretação, pelas partes, no prazo de noventa dias.

Com isto, “a jurisprudência de interpretação de sentenças da Corte revela uma nova camada de sua capacidade de influência no desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos, bem como de sua função judicial internacional”⁴⁴⁸. Trata-se de instituto que claramente foi inspirado no art. 60 do estatuto da Corte Internacional de Justiça, pois no sistema europeu de Direitos Humanos a sua introdução foi posterior, com o protocolo n. 11.

Nas sucessivas reformas do Regulamento da Corte IDH, o instituto foi sendo aperfeiçoado até permitir que não apenas as decisões de mérito pudessem ser interpretadas, assim como, a exigência de que elas fossem feitas, se possível, com a mesma composição da decisão a ser interpretada.

Como refere Lima,

O papel da interpretação do direito internacional é uma função precípua de praticamente todos os tribunais internacionais. Ela opera no sentido de reconhecer ou não a existência de uma norma aplicável ou de delimitar seu conteúdo, seu escopo de aplicação e as consequências jurídicas de sua violação, na medida em que estas categorias não estão claras a partir da análise do texto⁴⁴⁹.

Ao se propiciar que a Corte interprete suas decisões, permite-se que ela própria venha a aclarar a sua declaração do direito, as violações perpetradas e as reparações delas decorrentes.

No entanto, é necessário sempre se ter em mente que a Corte IDH não pode ser um órgão de apelação de suas próprias decisões por meio da faculdade conferida pelo art. 67 da CADH, pelo que pedidos de modificação da decisão jamais poderão ser acolhidos. Não por este instituto, pelo menos, em que pese já tenha a Corte IDH aceitado pedidos de revisão de sentenças quando descoberto fato novo decisivo e que era desconhecido ao momento da decisão, a exemplo do caso *Genie Lacayo v. Nicaragua*.

Esta possibilidade de interpretação, pelo art. 68 (1) do Regulamento da Corte IDH fica restrito as decisões proferidas em sua face contenciosa, limitação esta que não parece se

⁴⁴⁸ LIMA, Lucas Carlos. As funções da interpretação de sentença na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista de Direito Internacional*, v. 20, n. 2. p. 547.

⁴⁴⁹ LIMA, Lucas Carlos. As funções da interpretação de sentença na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista de Direito Internacional*, v. 20, n. 2. p. 548.

justificar na medida em que as opiniões consultivas são de extrema importância para a busca da harmonia jurídica na região, a exemplo que aconteceu com o reenvio prejudicial na União Europeia. Até porque, não resta dúvida de que esta interpretação também passa a integrar o bloco de convencionalidade, formado a partir das manifestações advindas da corte, pelo que os juízes nacionais devem dela se valer ao realizar o controle de convencionalidade interno e colaborar para o desenvolvimento do tema na região, como vem se defendendo.

4.2.2 A interpretação cooperativa na busca da convencionalidade

Não obstante o fato de a Corte IDH poder vir a ser chama a interpretar suas próprias decisões, os juízes internos, por meio do controle de convencionalidade, também devem envidar esforços interpretativos para a construção de um *ius commune* nas Américas, buscando, dentro de cada cultura local, pontos de contato para a criação de consensos mínimos a serem estendidos a toda a região, como se vem defendendo de forma inédita no trabalho. Até porque, como refere Alvarado, “el órgano judicial regional ha reconocido en el derecho nacional y en el Trabajo de sus homólogos nacionales una fuente útil al proceso de protección, con base en la cual se puede ampliar o reformar el alcance de la tutela ofrecida”⁴⁵⁰.

Chama a atenção, como refere Alvarado, que quando se interpretam normas internacionais costuma-se preservar a vontade das partes. Entretanto, a Corte IDH gerou uma sólida jurisprudência no sentido de que, ao interpretar as normas, é necessário um “énfasis claro y especial sobre el elemento del objeto y fin del tratado, con el fin de asegurar una protección efectiva (*effet utile*) de los derechos garantizados”⁴⁵¹.

Neste ponto, o papel dos juízes nacionais em realizar o controle interno de convencionalidade e, da mesma forma, passarem a ser intérpretes das normas internacionais em direitos humanos, é fundamental para a construção desses consensos e, conseqüentemente, para o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados americanos de tomar todas as medidas que forem necessárias para tornar efetivos os direitos e as liberdades preconizadas na Convenção Americana de Direitos Humanos, como declara o seu artigo 2º.

Relevante o alerta de Häberle, para o qual “la teoría de la interpretación estaba demasiado centrada en la ‘sociedad cerrada’ de los intérpretes jurídicos de la Constitución, y

⁴⁵⁰ ALVARADO, Paola Andrea Acosta. *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. Madrid:Universidad Complutense de Madrid, 2015. p. 233.

⁴⁵¹ CORTE IDH, Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago. Sentença de 11 de março de 2005. Série C, n. 123. Voto Juiz Caçado Trindade. § 4 e ss.

todavía reducía su perspectiva contemplando principalmente la interpretación de la *jurisprudência* constitucional y el procedimiento formalizado”⁴⁵². Num mundo conectado, como o de hoje, relevância ganha a atenção para a multiplicidade de atores e formas de interpretações constitucionais – ou convencionais – que ao mesmo tempo devem estar interligadas com a ordem e a cultura interna e com os compromissos internacionais assumidos pelos países.

Ao juiz brasileiro é dada a oportunidade de valer-se da interpretação de suas normas constitucionais, mesmo ao não integrante da Corte Constitucional, em decorrência da sua competência em fazer o controle difuso de constitucionalidade. Assim como aos magistrados brasileiros corriqueiramente é dada a competência de realizar a aferição das normas e atos nacionais frente a Constituição Federal brasileira, a eles também é dada uma segunda competência, qual seja, a de aferir a convencionalidade.

No que se refere ao instituto da interpretação conforme à Constituição, de consagrada utilização pelos magistrados brasileiros, didática a síntese de Duque:

Admitindo que uma norma passível de interpretação de acordo com os métodos tradicionais pode oferecer mais de uma possibilidade de interpretação, na dúvida, há que se dar supremacia àquela que corresponda à constituição, excluindo-se em contrapartida todos os resultados de interpretação que conduzam a um resultado que lhe seja incompatível⁴⁵³.

Evidentemente que, como admite o referido autor⁴⁵⁴, embora parecendo óbvia esta conclusão, o tema possui alto grau de complexidade, especialmente em razão da sociedade atual, em que os casos problemáticos não possuem, na maioria das vezes, uma solução única.

Ao tratar do tema, assevera Canotilho que é preciso se ter em mente que “no momento actual, poder-se-á dizer que a interpretação das normas constitucionais é um *conjunto de métodos*, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas (filosóficas, metodológicas, epistemológicas) diferentes, mas, em geral, reciprocamente complementares”⁴⁵⁵. Neste desiderato, podem lembrarem-se e valerem-se, os magistrados brasileiros, das clássicas técnicas desenvolvidas por Savigny – gramatical, lógico, histórico e

⁴⁵² HÄBERLE, Peter. La Sociedad abierta de los interpretes constitucionales. *Contextos*, n. 5, p. 64, 2013.

⁴⁵³ DUQUE, Marcelo Schenk. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora dos Editores, 2019. p. 219.

⁴⁵⁴ DUQUE, Marcelo Schenk. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora dos Editores, 2019. p. 219.

⁴⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2000. p. 1210.

sistemático – ou método jurídico como coloca Canotilho⁴⁵⁶, tendo-se em conta, como refere Häberle, que “el pluralismo y la apertura de los cuatro métodos de interpretación es así una garantía de la obtención de la justicia en el tiempo, bajo la perspectiva del cambio y el desarrollo”⁴⁵⁷.

Como afirma Burgorgue-Larsen, parece ser evidente que a Corte IDH, por meio do art. 29 da CADH, privilegia a interpretação teleológica da norma convencional. Entretanto, “si toda la jurisprudencia de la Corte Interamericana está impregnada por este enfoque, esto no significa en absoluto que haya desestimado de forma sistemática y definitiva los otros métodos de interpretación (textual, histórico, sistemático)”⁴⁵⁸.

Diante desta conectividade entre nações, seja por suas relações bilaterais, seja por integrarem um mesmo acordo internacional, sugere Häberle o que chamou de *quinto método de interpretação*, por meio da qual passa a haver uma comunicação entre as constituições dos países para que casos concretos sejam solvidos internamente. Segundo ele, “de manera funcional la comparación constitucional puede ser fructífera en el marco de los três planos del desarrollo constitucional (interpretación constitucional, reforma constitucional, reacción constitucional)”⁴⁵⁹. Ademais, esta comparação também serviria para demonstrar as diferenças culturais a ensejar um tratamento distinto na solução da lide em determinado país. “El pensamiento científico-cultural puede así, en la comparación jurídica (constitucional) en parte justificar y esclarecer las diferencias, en parte conducir a afinidades”⁴⁶⁰. Aduz também Häberle que “un tribunal constitucional tiene que ejercer de instancia mediadora del pluralismo y antagonismo de ideas e intereses, comprometiéndose en una «integración pragmática de elementos teóricos”⁴⁶¹. E o mesmo se pode dizer a todos os demais magistrados nacionais, independentemente do grau de jurisdição em que estejam atuando.

Desde o século passado, especialmente, este processo de mediação transborda as fronteiras dos Estados diante das relações internacionais que passam a ser estabelecidas entre nações. A Constituição, como um organismo vivo, passa a lidar com a norma internacional,

⁴⁵⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2000. p. 1210-1211.

⁴⁵⁷ HÄBERLE, Peter. Métodos e principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas. *ReDCE*, v. 7. n. 13, p. 386, 2010.

⁴⁵⁸ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. El Contexto, Las Técnicas y Las Consecuencias de la Interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, v. 12, n. 1, p. 108, 2014.

⁴⁵⁹ HÄBERLE, Peter. Métodos e principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas. *ReDCE*, v. 7. n. 13. p. 388, 2010.

⁴⁶⁰ HÄBERLE, Peter. Métodos e principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas. *ReDCE*, v. 7. n. 13. p. 389, 2010.

⁴⁶¹ HÄBERLE, Peter. Métodos e principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas. *ReDCE*, v. 7. n. 13. p. 381, 2010.

numa relação bem mais próxima. É necessário se ter presente, como afirma Häberle, que “a ideologia do monopólio estatal das fontes jurídicas torna-se estranha ao Estado constitucional cooperativo. Ele não mais exige monopólio na legislação e na interpretação (...)”⁴⁶².

Em que pese muitos atores participem desse processo interpretativo, pois “a sociedade aberta dos intérpretes constitucionais torna-se internacional”⁴⁶³, não há como se deixar de considerar a posição privilegiada dos juízes nacionais, na medida em que, se a constituição deve ser uma manifestação cultural de um povo, as interpretações também não podem estar em descompasso com as comunidades nacional e internacional. E o mesmo deve ser realizado a respeito da interpretação convencional. Até porque, como refere Jorge Miranda, “os cânones gerais da hermenêutica jurídica aplicam-se também ao Direito Internacional Público. Não cabe contrapor a interpretação em Direito interno à interpretação em Direito Internacional. O que pode haver é a necessidade (...) de adequação ou adaptação”⁴⁶⁴.

Portanto, para além dos métodos tradicionais sempre postos à disposição dos juízes nacionais, os quais há muito dele já se utilizam para a interpretação das normas conforme a Constituição, eles possuem à disposição esta mesma forma de interpretação a respeito do que foi convencionalizado pelos países, como se verificará a seguir.

4.3 A interpretação conforme a Convenção Americana de Direitos Humanos

Ao juiz brasileiro sempre foi dada a oportunidade de interpretar todas as normas internas de acordo com a Constituição. Portanto, é preciso se ter ciência de que para todo magistrado brasileiro, assim como “ao tribunal constitucional não é dado declarar inconstitucionalidade de uma norma até o momento em que os métodos usuais de interpretação admitirem um resultado que se situe em harmonia com a constituição”⁴⁶⁵, como assevera Duque.

E não pode ser diferente no que se refere a aferição da convencionalidade das normas nacionais. Até porque, como referem Sarlet e Sarlet, “igualmente no controle interno de convencionalidade, há de se observar a necessária autocontenção (*self restraint*) por parte dos órgãos judiciários, ao menos para efeito de invalidar uma lei interna, lançando-se mão (...) do

⁴⁶² HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 61.

⁴⁶³ HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 63.

⁴⁶⁴ MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público*. 6. ed. Parede: Principia, 2021. p. 133.

⁴⁶⁵ DUQUE, Marcelo Schenk. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. 2. Ed. São Paulo: Editora dos Editores, 2019. p. 219.

instituto de uma interpretação conforme ao direito internacional dos direitos humanos”⁴⁶⁶.

Na medida em que todos os direitos e liberdades previstas na CADH devam ser sempre observadas pelos Estados-partes que fazem parte deste acordo, como é o caso do Brasil, como meio para que sejam efetivamente reconhecidos internamente, é preciso verificar as opções interpretativas que são dadas aos magistrados brasileiros. Até porque, como adverte Sarmento:

Ao lado do *controle destrutivo de convencionalidade*, que envolve a invalidação das normas internas contrárias aos tratados internacionais de direitos humanos, deve-se empreender também o *controle construtivo de convencionalidade*, que consiste em buscar *ajustar* a legislação interna à normativa internacional pela via da hermenêutica, no afã de construir interpretações da primeira que se compatibilizem com parâmetros internacionais de proteção dos direitos humanos⁴⁶⁷.

Primeiramente, deve-se fazer a distinção entre duas formas de manifestação da Corte IDH. A primeira delas é quando se manifesta contra um determinado Estado, que foi parte do processo, que teve todos os meios para fazer a sua defesa e restou condenado a praticar determinados atos de reparação da lesão causada. Neste caso, todos os agentes internos devem respeitar o que lá foi decidido, inclusive o Poder Judiciário nacional, por força do art. 68 da CADH, pois contra este Estado configurou-se a denominada coisa julgada internacional – *res judicata*.

A segunda manifestação é aquela em que a Corte produz precedentes e interpretações na sua atuação contenciosa ou na sua atuação consultiva, nas quais um Estado não tenha sido parte. Ou seja, não existe coisa julgada contra ele, mas já existe coisa interpretada dentro do sistema americano de direitos humanos – *jus interpretata*. Neste segundo caso não há a obrigação decorrente do referido art. 68 da CADH. No entanto, isto não quer dizer que os países não devam respeito a estas manifestações, pois a eles é imposta a realização do controle de convencionalidade, como já se demonstrou.

Diante disso é que a técnica da interpretação conforme do direito interno frente aos tratados internacionais deve ser investigada. Até porque, “no campo do Direito Constitucional contemporâneo, tão importante como definir a hierarquia dos tratados internacionais é firmar a

⁴⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. O Posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do controle de convencionalidade em face dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. In.: LOPES, Ana Maria D’ávila; PAREDES, Felipe Paredes; LAZARTE, Renata Bregaglio. *Tendências Jurisprudenciais da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 116.

⁴⁶⁷ SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais, Constituição e Direito Internacional: diálogo e fricções. In.: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. *Impacto das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na jurisprudência do STF*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 317.

necessidade de recurso aos diálogos entre fontes e cortes no campo hermenêutico⁴⁶⁸.

Mas, antes disso, é importante ser trazida a ponderação de Jorge Miranda, quando fala sobre a possibilidade de haver “interpretação conforme a Constituição de tratados Internacionais”⁴⁶⁹, pois ele reconhece que a interpretação de todas as normas internas conforme a Lei Fundamental pode ser realizada para salvá-las, “já não a interpretação de normas constantes de tratados, a qual não pode nunca afetar o objeto e o fim do trabalho e tem de se deter perante o imperativo de harmonização e de boa-fé nas relações internacionais”⁴⁷⁰. Ou seja, desde que haja respeito aos preceitos estabelecidos no tratado, a interpretação conforme à constituição poderá ser feita, principalmente quando existir mais de uma possibilidade interpretativa e que se busque a que mais se aproxime ao que estabelece a Constituição do país, tendo-se ainda presente os princípios *pro libertate* (ou *pro homine*, com visto) e da progressividade da aquisição dos direitos, com o não-retrocesso.

Por outro lado, a interpretação conforme do direito interno frente o direito internacional (inclusive no que diz com o seu aspecto mais polêmico que é a interpretação da própria constituição em conformidade com os tratados e convenções) vem sendo progressivamente incorporada normativamente nos países que integram o Sistema Americano de Direitos Humanos na busca da harmonização jurídica nesta temática. Isto porque, como refere Macgregor, “una de las fórmulas constitucionales más efectivas para lograr la armonización entre derecho nacional y el derecho internacional es a través de la llamada ‘cláusula de interpretación conforme’”⁴⁷¹. E neste campo, é necessário atentar-se para que não apenas os textos internacionais devam ser objeto desta harmonização, mas também o devam a jurisprudência produzida por cortes internacionais, seja em sua atuação contenciosa, seja em sua atuação consultiva, como é o caso da Corte IDH.

Veja-se o exemplo da Constituição boliviana, em seu art. 13, inc. IV:

Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, 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 Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos

⁴⁶⁸ SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais, Constituição e Direito Internacional: diálogo e fricções. In.: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. *Impacto das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na jurisprudência do STF*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 318.

⁴⁶⁹ MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público*. 6. Ed. Parede: Principia, 2021. p. 137.

⁴⁷⁰ MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público*. 6. ed. Parede: Principia, 2021. p. 137.

⁴⁷¹ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Internpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Pgs. 357-358. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3033/14.pdf>. Acesso em: 30 set. 2022.

humanos ratificados por Bolivia⁴⁷².

Como se pode notar, a constituição boliviana, de 1994, além de prever a supremacia das normas internacionais frente a ordem interna, expressamente estabelece a obrigação de que a própria norma maior do país deva ser interpretada conforme os documentos internacionais que tenham sido internalizados por sua assembleia legislativa.

É norma constitucionalizada de forma muito semelhante na Constituição da Colômbia, de 1991, em seu art. 93⁴⁷³. Da mesma maneira, a Constituição Peruana de 1993, em sua quarta disposição final e transitória: “las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú⁴⁷⁴.”

Semelhante é o estabelecido na Constituição Mexicana, em seu art. 1º: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”⁴⁷⁵.

Já o Estado argentino, após o retorno à democracia, na década de 80, passou a assumir compromissos com os direitos humanos por meio da ratificação dos principais tratados nesta matéria, culminando com uma reforma constitucional, no ano de 1994, quando deu hierarquia constitucional a alguns deles. O art. 75, inc. 22, da Constituição da Nação Argentina nomina uma série de tratados que passam a ter a hierarquia constitucional, embora advertindo que estes não derogam os artigos de sua primeira parte, pois são a eles complementares. Quanto aos demais acordos na temática que afetem aos direitos humanos não nominados no referido artigo, a Carta argentina concede a hierarquia suprallegal, embora possibilite que estes passem a incorporar a constituição desde que recepcionados pelo voto de dois terços do Congresso argentino. Como referem Rossi, Oliveira e Fernandez:

Esta norma “superpoderosa” insta a una integración plena del derecho internacional de los derechos humanos, despeja las dudas del período anterior respecto del rol derecho internacional en el ordenamiento interno y cristaliza la doctrina adoptada por la Corte Suprema en el sentido de que los tratados de derechos humanos deben considerarse superiores a las leyes. A la vez, refuerza

⁴⁷² Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_bolivia.pdf. Acesso em: 30 set. 2022.

⁴⁷³ Disponível em: <https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/colombia91.pdf>. Acesso em 30 set. 2022.

⁴⁷⁴ Disponível em: <https://pdba.georgetown.edu/Parties/Peru/Leyes/constitucion.pdf>. Acesso em: 30 set. 2022.

⁴⁷⁵ Disponível em: <https://mexico.justia.com/federales/constitucion-politica-de-los-estados-unidos-mexicanos/titulo-primer/capitulo-i/#articulo-1o>. Acesso em: 30 set. 2022.

una concepción monista de la relación entre el derecho nacional y el derecho internacional⁴⁷⁶.

Portanto, pelo caráter complementar que deve existir entre a Constituição e os tratados internacionais nominados no referido texto constitucional, é forçoso constatar-se a necessidade de que a interpretação conforme também no país vizinho seja exercida.

No Brasil, por sua vez, estabelece o art. 4º, inc. II, da Constituição Federal, que nas relações internacionais o país deve reger-se pela prevalência dos direitos humanos. Ou seja, em que pese a norma constitucional brasileira não seja tão clara como a de países americanos já aqui citados, deve-se retirar dela a imposição de que a interpretação de todo normativo nacional, incluída a Carta Magna, deva ser feita com olhar para os tratados e convenções internalizadas pelo Brasil, especialmente quando referirem-se a Direitos Humanos.

A temática já foi enfrentada pela Corte IDH no caso *Radilla Pacheco v. México*, em que foi afirmada a necessidade da interpretação conforme, inclusive da Constituição Mexicana:

Para este Tribunal, no sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención. En términos prácticos, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana⁴⁷⁷.

Portanto, já existe “coisa interpretada” neste tema dentro do Sistema Americano de Direitos Humanos. Este esforço interpretativo que é imputado aos órgãos internos dos países participantes do Sistema Americano de Direitos Humanos. Entretanto, como adverte MacGregor, tenha-se que

No se trata simplemente de una inposición de la norma internacional sobre la

⁴⁷⁶ ROSSI, Julieta; OLIVERA, Martina; FERNÁNDEZ, Alejandro. La Corte Suprema argentina y la aplicación de estándares Internacionales en el ámbito de la igualdad, la no discriminación y los derechos sociales. In.: MAUÉS, Antonio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía (orgs.). *O Controle de Convencionalidade na América Latina: Experiências comparadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 176.

⁴⁷⁷ Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf. Acesso em: 22 nov. 22. § 338.

nacional, sino de un proceso interpretativo de armonización, que implica, incluso, en algunas ocasiones, dejar de aplicar la primera, al resultar de mayor alcance protector la norma nacional, conforme el principio pro persona, y también derivado de la obligación general de respetar los derechos y libertades previstos en los tratados internacionales⁴⁷⁸.

Em que pese se tenha visto em maior e menor grau o reconhecimento da necessidade da realização da interpretação do direito interno conforme o direito internacional dos direitos humanos dentro do corpo constitucional dos países, é necessário que este exercício seja efetivamente realizado pelos Estados. Especialmente pelos juízes nacionais, independentemente de qual grau de jurisdição eles pertençam, desde os de primeiro grau até os das cortes superiores, nos controles difuso e concentrado de constitucionalidade ou de convencionalidade.

Evidentemente, devem ser sempre os textos legislativos, assim como os convencioneados, prestigiados, buscando-se a preservação da vontade originária do legislador ou do contratante, pelo que “pressuposto para a prática de uma interpretação conforme é que um eventual erro na aplicação da lei possa ser corrigido pela via interpretativa”⁴⁷⁹.

Como refere, ainda, Mac-Gregor, “no es suficiente, por si mesma, que se tenga a nível constitucional una cláusula de interpretación conforme a los tratados internacionales para que los intérpretes la apliquen de manera sistemática y adecuada”⁴⁸⁰. É necessário que todos os magistrados façam utilização da interpretação conforme, a qual não é de exclusividade dos tribunais superiores, pois estes apenas têm a prerrogativa de dar a última palavra. Até porque

Se o incentivo à prática de uma interpretação conforme a constituição pelos tribunais ordinários (incluindo-se os superiores) se faz presente mesmo nos sistemas de controle concentrado de constitucionalidade, (...), menor razão assiste a sua recusa no caso de um ordenamento jurídico marcado pelo chamado sistema misto, que cumula o controle concentrado com o difuso, como é caso brasileiro⁴⁸¹.

Portanto, a interpretação conforme a convencionalidade, assim como a

⁴⁷⁸ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*. Instituto de Investigações Jurídicas. Pgs. 358-359. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3033/14.pdf>. Acesso em: 30 set. 2022.

⁴⁷⁹ DUQUE, Marcelo Schenk. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. 2. Ed. São Paulo: Editora dos Editores, 2019. p. 220.

⁴⁸⁰ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*. Instituto de Investigações Jurídicas. Pg. 361. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3033/14.pdf>. Acesso em: 30 set. 2022.

⁴⁸¹ DUQUE, Marcelo Schenk. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. 2. Ed. São Paulo: Editora dos Editores, 2019. p. 223.

constitucionalidade, é missão de todos os magistrados brasileiros para fins de valorização do que foi pactuado e para o desenvolvimento de consensos regionais em matéria de Direitos Humanos.

4.3.1 O exemplo das Diretivas da União Europeia na interpretação conforme e o limite a sua aplicação em prejuízo do particular

Ao afirmar-se a importância de os magistrados nacionais fazerem a interpretação conforme a convencionalidade das normas internas, é conveniente trazer ao trabalho um valioso exemplo que é dado pela União Europeia, pois, ao utilizar o instituto, importante ponderação foi feita quanto à sua extensão. Fato este que também se pensa deva ser considerado quando da utilização do instituto dentro do Sistema Americano de Direitos Humanos.

Para isto, no entanto, necessária uma breve referência e noção sobre os direitos originários e derivados decorrentes deste acordo regional para a correta localização e compreensão das diretivas provenientes da União Europeia.

Afirma Sabbato, quanto ao acordo europeu, que o Direito Originário ou Primário “é fonte que se acha nos instrumentos internacionais, formadores iniciais e em continuação do ordenamento jurídico de uma comunidade econômica”⁴⁸². Com isto, deve-se ter ciência de que os documentos internacionais que formam o Direito Originário ou Primário de um bloco econômico não estão necessariamente nos acordos ou tratados fundadores, mas em todos aqueles dentro do mesmo marco, podendo ser eles outros tratados – inclusive os que incluem novos membros –, reformadores ou não, protocolos ou declarações anexas⁴⁸³.

No Direito da União, como refere Jaeger Junior, “estes documentos instituíram um ordenamento jurídico próprio, integrado ao sistema jurídico dos Estados-membros desde sua entrada em vigor, impondo-se com primazia à jurisdição estatal, e que chegou ao ponto de caracterizar ramo independente da Ciência Jurídica”⁴⁸⁴, como é o caso dos Tratados de Paris, de 1951, de Roma, de 1957, de Maastricht, de 1992, de Nice, de 2001, e de Lisboa, de 2007, no continente europeu.

⁴⁸² SABBATO, Luiz Roberto. O Direito Comunitário. Noções introdutórias, conceituação, definições e fontes: direito originário, direito derivado, direito complementar e jurisprudência. Conclusões e respeito da realidade jurídica globalizada, sob a égide deste novo ramo do direito. In: LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo (coord.). *Direito Comunitário e Jurisdição Supranacional: O Papel do Juiz no Processo de Integração Regional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 161.

⁴⁸³ Entretanto, compete lembrar que mesmo com “esta diversidade de fontes, dispersas em vários tratados, embora não sendo objeto de um documento legislativo unitário, guardam sua independência, umas em relação as outras” FRADERA, Véra Maria Jacob de. *Reflexões sobre a contribuição do direito comparado para a elaboração do direito comunitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 9.

⁴⁸⁴ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Temas de Direito da Integração e Comunitário*. São Paulo: LTr, 2002. p. 187.

As fontes primárias ou originárias do Direito da União, portanto, geram as suas normas supremas, as quais não podem ser modificadas pelas derivadas ou complementares, pois possuem hierarquia superior. E estas fontes originárias possuem alcance territorial sobre todos os Estados-membros do bloco, afetando, no espaço de sua vigência, todos os Estados integrados no bloco e, por consequência, os seus cidadãos.

Por sua vez, as fontes secundárias ou derivadas do Direito da União constituem-se em regulamentos, diretivas, decisões, recomendações e pareceres. Estes são “atos unilaterais ou autoritários, usados na maioria das vezes para tampar as lacunas dos Tratados”⁴⁸⁵. Mas todos eles decorrentes de atos das instituições da União Europeia. Em que pese uma sutil divergência doutrinária, pois para Jaeger Junior se inclui nesta categoria os acordos internacionais da União Europeia com terceiros Estados e com organizações internacionais, assim como a jurisprudência oriunda de seu Tribunal de Justiça⁴⁸⁶, sendo que para Machado e Del’Olmo⁴⁸⁷, seriam fontes complementares ao Direito da União, constituídas “pelos tratados celebrados pela UE com outros Estados ou organizações internacionais na condição de sujeito do Direito Internacional”⁴⁸⁸, formando uma categoria autônoma, importa afirmar que as normas não originárias formam, também, o bloco normativo regional e, portanto, obrigatórias aos juízes nacionais.

Dos atos que emanam das próprias instituições da União Europeia, todos com os seus respectivos graus de importância, deve-se referir a importância dos regulamentos para o direito deste bloco, pois por seu caráter geral e obrigatório acabam por atuar diretamente nos ordenamentos internos dos Estados-membros. Como refere Jaeger Junior, “uma primeira diferença dos regulamentos para os demais diplomas é que eles possuem caráter geral, são obrigatórios em todos os seus elementos e diretamente aplicáveis (...) em todos os Estados-membros, e os outros obrigam somente destinatários certos e determinados”⁴⁸⁹. Têm, os regulamentos, por objeto, a uniformização do direito dentro do bloco, sendo desnecessária a sua recepção pelos Estados-membros, assim como são dotados de aplicação imediata. Ou seja, uma vez editados, podem os particulares invocar um regulamento para aplicação imediata e

⁴⁸⁵ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Temas de Direito da Integração e Comunitário*. São Paulo: LTr, 2002. p. 188.

⁴⁸⁶ Como refere o nominado autor, dentre muitos, fazem esta afirmação (TAMARES, Ramón; LOPES, Mônica. *La unión Europea*. 4. ed. Madrid: Alianza, p. 185-187; e MATHIJSEN, P. S. F. R. *Introdução ao Direito Comunitário*. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 422-423.); (JAEGER JUNIOR, Augusto. *Temas de Direito da Integração e Comunitário*. São Paulo: LTr, 2002. p. 188).

⁴⁸⁷ MACHADO, Diego Pereira. DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *Direito da Integração, Direito Comunitário, Mercosul e União Europeia*. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 189.

⁴⁸⁸ MACHADO, Diego Pereira. DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *Direito da Integração, Direito Comunitário, Mercosul e União Europeia*. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 189.

⁴⁸⁹ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Temas de Direito da Integração e Comunitário*. São Paulo: LTr, 2002. p. 188.

direta pelos juízes nacionais em toda a extensão territorial abarcada pela União Europeia. Portanto, “como leis da União que são, os regulamentos devem ser integralmente observados pelos seus destinatários (pessoas físicas ou jurídicas, Estados e instituições comunitários)”⁴⁹⁰. Até porque, como demonstra Mathijsen, não se admite que um Estado-membro aplique um regulamento de forma incompleta ou parcial⁴⁹¹. É por isto que os regulamentos podem ser considerados como os atos jurídicos derivados mais importantes dentro do bloco, dadas as suas características principais, quais sejam, o seu carácter geral, a sua obrigatoriedade e sua aplicabilidade direta⁴⁹².

Mas nem todas as normas produzidas pelo Direito da União possuem aplicabilidade direta, uma vez que, como refere Mathijsen,

Para que tal aconteça é condição necessária e suficiente que a disposição em causa seja susceptível, pela sua própria natureza, de produzir esse efeito, isto é, que a obrigação dela resultante não deixe qualquer margem de discricionariedade ao Estado Membro destinatário, não dependa de qualquer condição e não esteja sujeita, nos seus efeitos ou na sua execução, a qualquer medida complementar das instituições da Comunidade ou dos Estados Membros⁴⁹³.

Nas diretivas, portanto, para que possam ser postuladas pelos particulares e aplicadas pelos juízes internos, teoricamente se faz necessária a edição de ato interno que a integre ao ordenamento jurídico nacional. Não podem os organismos internos, no entanto, alterar o conteúdo ou objeto por ela perseguido, o que se denomina por “efeito de bloqueio”⁴⁹⁴. Este movimento do Estado é denominado de transposição. Apesar disso, o Tribunal Europeu, já na década de 80, entendia que mesmo que a transposição não fosse realizada pelo Estado integrante do bloco, em determinados casos, poderia a diretiva ser invocada pelo particular e aplicada pelo juiz nacional, como se depreende do Acórdão proferido no processo nº 103/88, de 22 junho de 1989, no seu parágrafo 29:

Em todos os casos em que, atento o seu conteúdo, disposições de uma directiva parecem incondicionais e suficientemente precisas, os particulares têm o direito de as invocar contra o Estado nos tribunais nacionais, quer quando este não fez a sua transposição para direito nacional nos prazos

⁴⁹⁰ MACHADO, Diego Pereira. DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *Direito da Integração, Direito Comunitário, Mercosul e União Europeia*. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 190.

⁴⁹¹ MATHIJSSEN, P. S. F. R. *Introdução ao Direito Comunitário*. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 166.

⁴⁹² MACHADO, Diego Pereira. DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *Direito da Integração, Direito Comunitário, Mercosul e União Europeia*. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 191.

⁴⁹³ MATHIJSSEN, P. S. F. R. *Introdução ao Direito Comunitário*. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 168.

⁴⁹⁴ MACHADO, Diego Pereira. DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *Direito da Integração, Direito Comunitário, Mercosul e União Europeia*. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 191.

previstos na directiva quer quando tenha feito uma transposição incorrecta⁴⁹⁵.

A discussão sobre a faculdade de o particular poder invocar a directiva contra outro particular, mesmo quando ainda não transposta, foi retratada no caso *Dori*⁴⁹⁶, de 1994, quando da resposta a um reenvio prejudicial, entendeu o TJUE isto não ser possível, pois “alargar esta jurisprudência ao domínio das relações entre particulares equivaleria a reconhecer à Comunidade o poder de criar, com efeito imediato, deveres na esfera jurídica dos particulares quando ela só tem essa competência nas áreas em que lhe é atribuído o poder de adoptar regulamentos”⁴⁹⁷.

Como fontes derivadas do Direito da União, existem ainda as decisões, que são atos vinculativos aos destinatários para os quais são dirigidas, que podem ser os Estados-membros, bem como as pessoas físicas e jurídicas que os integrem. Nas palavras de Machado e Del’Olmo, “a decisão tem por fim disciplinar determinadas questões relativamente a destinatários específicos. Veja-se que a especificidade abriga tanto a matéria versada como os agentes atingidos”⁴⁹⁸. São obrigatórias apenas para quem forem destinadas. Já as recomendações e os pareceres são atos que não vinculam os seus destinatários, mas servem tão somente de orientação, ou seja, não geram ônus a quem sejam dirigidos. Para Mathijsen, “de modo geral, pode dizer-se que as recomendações procuram obter uma determinada acção ou comportamento do respectivo destinatário, enquanto os pareceres exprimem um ponto de vista, na maior parte dos casos a pedido de terceiros”⁴⁹⁹.

Diante desse cenário, o que se pretende descortinar aqui é a interpretação conforme do ordenamento nacional frente às diretivas, pois foi ponto enfrentado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, tema que também circunda o Sistema Americano de Direitos Humanos. O exemplo das diretivas da União Europeia é emblemático porque, em que pese possam elas ser consideradas como estândares mínimos de proteção, pode o Estado buscar uma transposição

⁴⁹⁵ TJCE, Acórdão de 22 de junho de 1989, Processo n° 103/89. Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d52b26c65a76604e50811a96dd39ff0903.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuNbxr0?text=&docid=96045&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=19496>. Acesso em: 22 mar..2016.

⁴⁹⁶ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Reenvio Prejudicial. Processo C-91/92. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=98358&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=253256>. Acesso em: 20 fev. 2017.

⁴⁹⁷ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Reenvio Prejudicial. Processo C-91/92, § 24. Acessível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=98358&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=253256>. Acesso em: 20 fev. 1017.

⁴⁹⁸ MACHADO, Diego Pereira. DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *Direito da Integração, Direito Comunitário, Mercosul e União Europeia*. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 192.

⁴⁹⁹ MATHIJSSEN, P. S. F. R. *Introdução ao Direito Comunitário*. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 170.

mais restritiva pelo direito nacional, pelo que, como preconiza Lorenzo

Un derecho nacional más estricto únicamente estaría contraindicando en aquellos casos en que existiese en directiva una protección espesa, o la disposición nacional más estricta impidiese el efecto útil o la consecución de uno de los fines de la Directiva, o supusiera una restricción contraria a las libertades comunitarias⁵⁰⁰.

Exatamente pela falta de obrigatoriedade das diretivas é que o direito nacional tenta impor-se, ensejando uma fiscalização interna para que o núcleo de proteção da norma da União Europeia não venha a ser atingido. Entretanto, o tema já é enfrentado na União Europeia há muitas décadas, pelo que vale trazer ao trabalho a resposta dada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), no assunto Von Colson y Kamann (14/83), explorado academicamente por Garcia⁵⁰¹, onde se tratou a respeito da alegação de discriminação de gênero na contratação de servidores exclusivamente do sexo masculino no presídio de Werl. Na justiça alemã fora reconhecida a discriminação, mas sentenciado que apenas geraria direito a reparações pelo Código Civil, exclusivamente no reembolso dos valores dispendidos pelas candidatas mulheres para concorrerem no processo seletivo. Indenização esta que considerou insuficiente o TJUE frente à diretiva 76/207/EEC, que obrigava os Estados-membros a introduzirem em seus ordenamentos jurídicos as medidas necessárias com fins de abolir qualquer tratamento não igualitário entre homens e mulheres em relação ao acesso ao emprego, formação e promoção de profissionais e condições de trabalho. Referiu do Tribunal europeu que embora a diretiva não tenha previsto qualquer forma de sanção pelo seu descumprimento, isto não quer dizer que o Estado possa dar qualquer tipo de penalidade pela infração⁵⁰², pois a simples reparação dos gastos dispendidos seria insuficiente para a garantia ao princípio da igualdade defendido na diretiva e decorrente do caráter dissuasórios e proporcionais à gravidade dos fatos que a reparação deve conter⁵⁰³. Diante disso, como refere Alonso Garcia:

Admitida la existencia de margen de apreciación de los Estados miembros en ejecución de la Directiva a efectos de sancionar comportamientos

⁵⁰⁰ LORENZO, Sixto A. Sánchez. *Derecho privado europeo*. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 73-74.

⁵⁰¹ GARCIA, Ricardo Alonso. *El juez español y el derecho comunitario. Jurisdicciones constitucional y ordinaria frente a su primacía y eficacia*. Valência: Tirant lo Blanch, 2003. p. 185.

⁵⁰² TJUE. Von Colson y Kamann. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=92455&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&oc=c=first&part=1&cid=1322623>. p. 533. Acesso em: 24 set. 23.

⁵⁰³ TJUE. Von Colson y Kamann. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=92455&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&oc=c=first&part=1&cid=1322623>. p. 539. Acesso em: 24 set. 23.

discriminatorios, la obligación de resolver el litigio a partir de disposiciones nacionales análogas o de principios generales del derecho, siempre guiando en la búsqueda de unas u otros por los parámetros marcados por la normativa comunitaria, situándose en la difusa frontera entre la pura aplicación del Derecho Comunitario y su eficacia interpretativa en los términos⁵⁰⁴.

Foi imposto aos juízes nacionais, portanto, por decisão do TJUE, que a interpretação da norma interna fosse feita ao limite, para fins de adequação à normativa da União Europeia, ou seja, determinou-se uma interpretação da norma nacional conforme a internacional, “con independencia de la naturaleza horizontal o vertical del conflicto y descartada en todo caso la interpretación *contra legem*”⁵⁰⁵. Ademais, há de se entender, como refere Lorenzo, que “el principio de interpretación conforme trata de garantizar la conservación de la norma nacional, procurando su congruencia con el Derecho cumunitario”⁵⁰⁶.

Moveu-se o Tribunal da União na esteira de harmonização do direito decorrente do acordo. Como refere Alonso Garcia⁵⁰⁷, ainda, o TJUE desde cedo sedimentou o entendimento de que uma norma nacional anterior a uma diretiva deveria ser interpretada conforme a diretiva editada, sendo que quando esta levasse a uma interpretação distinta da norma doméstica, somente poderia ser utilizada quando favorável ao particular. Algo que se aproxima ao princípio *pro homine*, de construção do Sistema Americano de Direitos Humanos, na medida que a norma externa somente poderia ser aplicada quando favorável ao particular ou quando menos restringisse seus direitos. De toda forma, isto imputa ao juiz nacional o conhecimento das diretivas e o enfrentamento da interpretação da norma nacional em conformidade com aquelas. Notadamente, portanto, cria-se um limite à utilização das diretivas, especialmente quando não possível harmonizá-las com o direito nacional, dentro do sistema da União Europeia, na medida em que estas não podem ser utilizadas quando desfavoráveis aos particulares. Algo que também deve ser observado pelos juízes nacionais dentro do Sistema Americano de Direitos Humanos, especialmente em face do consagrado princípio *pro homine*.

4.3.2 A possibilidade do afastamento da norma nacional na inviabilidade da interpretação conforme (controle repressivo de convencionalidade)

⁵⁰⁴ GARCIA, Ricardo Alonso. *El juez español y el derecho comunitario. Jurisdicciones constitucional y ordinaria frente a su primacía y eficacia*. Valência: Tirant lo Blanch, 2003. p. 187-188.

⁵⁰⁵ GARCIA, Ricardo Alonso. *El juez español y el derecho comunitario. Jurisdicciones constitucional y ordinaria frente a su primacía y eficacia*. Valência: Tirant lo Blanch, 2003. p. 188-189.

⁵⁰⁶ LORENZO, Sixto A. Sánchez. *Derecho Provado Europeo*. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 83.

⁵⁰⁷ GARCIA, Ricardo Alonso. *El juez español y el derecho comunitario. Jurisdicciones constitucional y ordinaria frente a su primacía y eficacia*. Valência: Tirant lo Blanch, 2003. p. 199.

A possibilidade de afastamento da norma interna por inconveniência é, como refere Sagüés, a mais traumática, “ya que supone la inutilización (por desaplicación, en su caso, derogación, según el orden jurídico de cada Estado) de normas domésticas por los propios operadores nacionales”⁵⁰⁸. Esta forma de controlar a conveniência das leis e atos internos é o que se denomina de controle repressivo da conveniência. Ou destrutivo, como refere Sarmiento⁵⁰⁹.

No entanto, é preciso se ter ciência do reiterado comando, iniciado pela Corte IDH no caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Peru*, de 2007, o qual aduz que os juizes nacionais devem realizar o controle de conveniência de ofício, dentro de suas respectivas competências e legislações processuais internas não remete a esta forma repressiva de controle prioritariamente. Ademais, o comando não é restritivo ou excludente ao exercício do controle difuso ou concentrado de conveniência dentro dos países, mas tão somente alerta para a necessidade de que as competências internas de cada magistrado sejam respeitadas. Diante disso, não poderá um juiz de primeiro grau de jurisdição, por exemplo, no Brasil, declarar a inconveniência de uma norma interna em abstrato e, por consequência, invalidá-la, pois é atribuição exclusiva do STF.

Uma importante contribuição traz Mac-Gregor, quando afirma existir uma graduação da intensidade do controle interno ou nacional da conveniência⁵¹⁰. Esta graduação do controle nacional de conveniência tem implicação nos limites dados ao juiz nacional quando percebe a existência de uma norma interna inconveniente. Inicialmente, todo juiz interno deve buscar harmonizar a norma nacional com a conveniente, como já mencionado, sendo que apenas na impossibilidade de fazer uma interpretação da norma nacional conforme a conveniente é que deve buscar a segunda graduação do controle difuso de conveniência, que é deixar de aplicar a norma interna (para os juizes que detêm a competência de decretar a inconstitucionalidade difusa das leis), assim como declarar, em seu grau máximo, a invalidade da norma, com efeito *erga omnes*, o que apenas é permitido às cortes constitucionais, quando no exercício do controle concentrado de constitucionalidade.

Portanto, nos países em que o controle difuso de constitucionalidade for possível, o grau

⁵⁰⁸ SAGÜÉS, Néstor Pedro. El control de conveniência internacional y nacional. In.: COSTA, Pablo Henrique Hubner de Lanna (org.). *Controle de Convencionalidade. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Valerio de Oliveira Mazzuoli*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019. p. 61.

⁵⁰⁹ SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais, Constituição e Direito Internacional: diálogo e fricções. In.: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. *Impacto das Decisões da Corte Interamericana de Derechos Humanos na jurisprudência do STF*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 317.

⁵¹⁰ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Interpretación conforme y control difuso de conveniência*. *El nuevo paradigma para el juez mexicano*. Instituto de Investigações Jurídicas. p. 386. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3033/14.pdf>. Acesso em: 30 set. 2022.

de exercício do controle difuso de convencionalidade é maior do que quando apenas permita o controle concentrado, pois, no primeiro, qualquer magistrado pode simplesmente deixar de aplicar a norma inconvencional, enquanto, neste último, poderá apenas encaminhar o caso ao órgão com competência para fazer o controle de constitucionalidade para que também faça o de convencionalidade.

Assim, como refere Mac-Gregor, “el control difuso de convencionalidad si bien se ejerce por todos los jueces nacionales, tiene diferentes grados de intensidad y realización, de conformidad con el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”⁵¹¹. Inicialmente devem todos os magistrados internos buscar a interpretação na norma nacional em conformidade com a convencionalidade e suas interpretações dadas pela Corte IDH, sempre tendo em vista o princípio *pro homine*. Na sua impossibilidade, duas opções restam: deixar de aplicar a norma interna inconvencional, o que podem fazer todos os juízes brasileiros, na medida em que possuem competência para realizar o controle de constitucionalidade difuso; ou declarar a invalidade desta norma, o que somente é reservado às cortes constitucionais, no caso do Brasil, o STF.

4.3.3 A necessária ponderação do precedente internacional para a sua aplicação interna (controle construtivo de convencionalidade).

Ao lado do controle repressivo de convencionalidade, que envolve a invalidação das normas internas contrárias aos tratados internacionais de direitos humanos, existe o que se denomina por controle construtivo de convencionalidade, que consiste em buscar a coerência entre a norma nacional e a internacional pela via da hermenêutica, construindo interpretações que se compatibilizem com os parâmetros internacionais dos Direitos Humanos.

Este poder dado ao magistrado, de harmonizar a norma interna com a convencionalidade, ou até mesmo de deixar de aplicá-la ou de declará-la inválida, remete à necessidade de que todos os juízes brasileiros façam a ponderação entre a norma jurídica internacional sobre direitos humanos com todo o ordenamento nacional.

Na perspectiva contemporânea de que as constituições sirvam primordialmente para a proteção dos direitos fundamentais do homem, o veto a utilização das fontes internacionais e estrangeiras é inimaginável. Até porque, em não sendo observada a norma internacional que o Estado veio a ratificar e internalizar, poderá ele sofrer severas e reiteradas sanções em cortes

⁵¹¹ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Pg. 389-390. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3033/14.pdf>. Acesso em: 30 set. 2022.

internacionais. Entretanto, com isto, não se quer dizer que os tratados e convenções venham a suprir ou superar as constituições redigidas pelos Estados, mas tão somente pretende-se, como refere Sarmento, “que se atribua o devido peso argumentativo a fontes transnacionais na interpretação da Constituição, especialmente aos tratados e à jurisprudência de cortes aos quais o país esteja vinculado”⁵¹².

Sagüés aponta como primeira via para que o controle construtivo (ou positivo, como prefere o autor) de convencionalidade ocorra, por meio de uma interpretação conforme, a escolha dentre as interpretações possíveis que possam ser dadas a norma nacional, aquela que mais seja compatível com os instrumentos internacionais ratificados pelo Estado, e de acordo com a doutrina da Corte Interamericana de Direitos Humanos⁵¹³. Refere ainda, o nominado autor, que diante da necessidade de compatibilização das normas nacional e internacional, pela interpretação conforme, “prudicirá las alternativas de las interpretaciones mutativas por adición, sustracción y mixtas, en aras de compatibilizar los textos constitucionales y el derecho nacional con esos parámetros internacionales”⁵¹⁴.

Um excepcional exemplo neste tema veio a ser produzido no Caso Görgülü⁵¹⁵, no distante ano de 2004, quando um diálogo entre a Corte Europeia de Direitos Humanos e o Tribunal Constitucional alemão fora travado para verificar-se se as decisões da corte internacional vinculariam os juízes internos alemães. Tudo se iniciou com uma batalha interna do cidadão turco Görgülü pela guarda de seu filho que havia sido posto em adoção pela mãe sem o seu consentimento, pois não o registrara em seu nome. Após perder no âmbito do sistema de justiça alemão, teve reconhecida a falha do Estado alemão por não lhe garantir os direitos decorrentes da paternidade. Ao regressar à justiça alemã, relevante precedente inaugurou o Tribunal Constitucional ao afirmar na decisão 2 BvR 1481/04⁵¹⁶, em seu § 29: “as autoridades e os tribunais da República Federal da Alemanha são obrigados, sob certas condições, a tomar em consideração a Convenção Europeia dos Direitos do Homem conforme interpretada pelo

⁵¹² SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais, Constituição e Direito Internacional: diálogo e fricções. In.: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. *Impacto das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na jurisprudência do STF*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 324.

⁵¹³ SAGÜÉS, Néstor Pedro. El control de convencionalidad internacional y nacional. In.: COSTA, Pablo Henrique Hubner de Lanna (org.). *Controle de Convencionalidade. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Valerio de Oliveira Mazzuoli*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019. p. 62.

⁵¹⁴ SAGÜÉS, Néstor Pedro. El control de convencionalidad internacional y nacional. In.: COSTA, Pablo Henrique Hubner de Lanna (org.). *Controle de Convencionalidade. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Valerio de Oliveira Mazzuoli*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019. p. 64.

⁵¹⁵ Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-61646%22%5D%7D>. Acesso em 27.01.22.

⁵¹⁶ Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2004/10/rs20041014_2bvr148104.html. Acesso em 27 set. 22.

Tribunal de Justiça ao tomar as suas decisões”. E com isto concluindo que:

A decisão contestada do Tribunal Regional Superior de Naumburg de 30 de junho de 2004 viola o Artigo 6 da Lei Básica em conexão com o estado de direito. O Tribunal Regional Superior não considerou suficientemente a sentença da Corte Europeia de Direitos Humanos de 26 de fevereiro de 2004 ao tomar sua decisão, embora fosse obrigado a fazê-lo⁵¹⁷.

O que se retira desta decisão é o fato de que os juízes e tribunais alemães, a partir dela, devem sempre enfrentar os argumentos advindos das manifestações de Cortes internacionais, embora não fiquem a elas vinculados, sob pena de infração aos Direitos Humanos e ao princípio do Estado de Direito.

Transpondo este ponto para o continente americano, ao pensar-se na necessidade de que haja convergência ou engajamento no efetivo diálogo entre o direito constitucional interno e o direito estrangeiro ou internacional, não se está afirmando que exista a necessidade de o Estado brasileiro passar a adotar de forma acrítica a jurisprudência de cortes internacionais, numa espécie de subserviência, pois não há qualquer hierarquia entre o sistema jurídico interno e o internacional. É necessário se ter consciência, com afirma Sarmiento, de que “a ideia de diálogo pressupõe a troca mútua de argumentos, em que todos os participantes podem participar e aprender com o outro”⁵¹⁸. Ou seja, um deve valer-se da experiência do outro numa troca que contribua para o desenvolvimento do direito, especialmente dos direitos humanos.

Principalmente após a redemocratização dos Estados sul-americanos pode-se notar uma efetiva tentativa de introduzir no corpo das constituições os Direitos Humanos. E a Constituição Federal brasileira é um virtuoso exemplo disto, pelo que toda matéria constitucional no Brasil goza de presunção de convencionalidade. Exatamente em razão disso é que não pode existir qualquer prevalência do direito convencional sem que ele seja aferido com a norma nacional. Até porque, muitas vezes a norma nacional pode ser mais favorável ao ser humano, ou menos restritiva, do que a internacional, pelo que aquela deve prevalecer, em homenagem ao princípio *pro homine*.

A cordial troca de experiências entre cortes nacionais e internacionais é fundamental para a evolução dos direitos humanos, pois propicia um intercâmbio construtivo de precedentes. E é preciso se ter em mente, como alerta Sarmiento, que a proteção internacional existe para

⁵¹⁷ Tribunal Constitucional Federal Alemão. Decisão 2 BvR 1481/04⁵¹⁷, § 29.

⁵¹⁸ SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais, Constituição e Direito Internacional: diálogo e fricções. In.: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. *Impacto das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na jurisprudência do STF*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 326.

“garantir apenas um piso mínimo para os direitos humanos e não um teto máximo para eles”⁵¹⁹. Evidentemente, existem casos em que não é simples a apuração de qual norma é mais favorável ao indivíduo, o que pode levar a se pensar que, neste caso, a Corte internacional deveria prevalecer. Entretanto, diante de relevantes questões culturais internas pode ser que a interpretação nacional seja a mais apropriada para a defesa dos direitos humanos, o que afastaria uma eventual escolha pela superioridade externa. Como refere Flávia Piovesan, quando tratava do tema diversidade étnico-racial: “fundamental é avançar no diálogo entre as esferas global, regional e local, potencializando o impacto entre elas, para assegurar a maior efetividade possível aos direitos à igualdade e à diferença sob a perspectiva emancipatória dos direitos humanos”⁵²⁰.

É necessário ainda não olvidar de outro aspecto também ressaltado por Sarmento⁵²¹, que consiste na forma de composição dos tribunais nacionais e internacionais. Uma corte constitucional, como a brasileira, é composta por ministros de livre escolha pelo Presidente da República e com a aprovação do Senado Federal, o que, de certa forma, a legitima em razão da participação de representantes eleitos pelo povo. Já no que diz respeito às cortes internacionais, a exemplo da Corte IDH, o déficit democrático é bem maior, pois há tão somente uma tímida participação de membros do Estado nacional no processo de escolha, sendo que existe a possibilidade de nenhum dos juízes que a compõem ter a nacionalidade brasileira⁵²². Diante disto é que, também, a aceitação de uma corte externa como de maior hierarquia do que a corte constitucional nacional se torna bastante fragilizada. Sem falar no fato de que a corte interna está sempre mais próxima da realidade local e da cultura de determinado povo, pelo que a margem de apreciação nacional é ponto a ser considerado.

4.4 A margem de apreciação nacional

Como visto nos capítulos anteriores do trabalho, não restam dúvidas de que para que o

⁵¹⁹ SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais, Constituição e Direito Internacional: diálogo e fricções. In.: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. *Impacto das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na jurisprudência do STF*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 328.

⁵²⁰ PIOVESAN, Flávia. Diversidade étnico-racial, constitucionalismo transformador e impacto do Sistema Interamericano de proteção dos Direitos Humanos. In.: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. *Impacto das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na jurisprudência do STF*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 302.

⁵²¹ SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais, Constituição e Direito Internacional: diálogo e fricções. In.: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. *Impacto das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na jurisprudência do STF*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 329-330.

⁵²² Atualmente a Corte IDH conta com um juiz de nacionalidade brasileira, o advogado Rodrigo Mudrovitsch.

sistema de garantias de Direitos Humanos funcione da forma para a qual se propõe deve ser buscada a harmonização jurídica na região entre as normas nacionais e internacionais, o que vem sendo exercido, no âmbito das Américas, por meio do controle de convencionalidade. Entretanto, para que haja respeito e legitimação das decisões proferidas pelas cortes internacionais, cada vez mais afirma-se a necessidade de que aspectos culturais locais sejam levados em consideração, ou seja, que haja uma margem de apreciação nacional. Como refere Costa:

O uso da margem de apreciação nacional pelas Cortes Internacionais, além de tentar uma harmonização entre direito interno e o internacional, promove uma análise das restrições de direitos realizadas pelos países e confere às autoridades locais uma oportunidade de trazer à evidência suas peculiaridades culturais e os valores que albergam em sua sociedade⁵²³.

Ou, nas palavras Schäfer, Rios, Leivas e Gomes:

Deve-se ter em mente que o *jus commune* regional reflete um parâmetro mínimo de proteção dos direitos humanos, não se verificando qualquer óbice à sua superação pelos atos normativos locais, quando ofereçam proteção mais eficaz ou mais extensa do que aquela estabelecida pela Corte em casos similares⁵²⁴.

A tentativa de impor efeitos *erga omnes* às suas decisões, a Corte IDH, em que pese se entenda se tratar de uma legítima tentativa para a efetiva constituição de um *jus commune* americano, enseja a repetição da principal crítica que é feita às Cortes Internacionais, que diz com uma possível arbitrariedade de suas decisões, as quais estariam afastadas das realidades locais. Com isto, dificuldades existem para a sua legitimação interna, dando motivos aos países para descumpri-las, especialmente quando estes não forem parte da demanda internacional levada a julgamento. Até porque, no caso americano, o art. 68.1 da CADH apenas impõe a obrigatoriedade das decisões da Corte IDH aos Estados por ela condenados.

No entanto, mesmo para quem defenda que os julgamentos proferidos pela Corte IDH tenham eficácia tão somente *inter partes*, devem eles serem levados em consideração pelos magistrados nacionais, mesmo quando a decisão não envolva o seu país de origem, pois terão

⁵²³ COSTA, Andréia da Silva. A harmonização entre Direito Interno e Internacional de Proteção dos Direitos Humanos no Sistema Interamericano: margem de apreciação, aderência nacional ou convergência paralelas? In.: LOPES, Ana Maria D'Ávila; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (orgs.). *A internalização de tratados internacionais de direitos humanos na América do Sul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 55.

⁵²⁴ SCHÄFER, Gilberto; RIOS, Roger Raupp; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; GOMES, Jesus Tupã Silveira. Diálogo entre o Supremo Tribunal Federal brasileiro e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma realidade nos dias atuais? *Revista da Ajuris*, v. 44, n. 143, p. 216, 2017.

que analisar as razões lá lançadas e afastá-las motivadamente, sob pena virem a responsabilizar o Estado em demanda internacional futura.

Refere Ramos, quando estuda o tema da eficácia *inter partes* das decisões da Corte IDH: “trata-se de uma técnica de decisão que prega a abstenção do controle internacional em determinados casos de direitos humanos, nos quais não há consenso regional ou internacional sobre o deslinde do conflito entre os direitos, ou, ainda, sobre o conteúdo do direito protegido”⁵²⁵. Mesmo para quem assim entenda, isto não quer dizer que todos os organismos internos, especialmente os magistrados nacionais, não devam se atentar para o caráter colaborativo da atuação de todos, ou seja, de que “as relações estabelecidas pela Corte IDH com os Tribunais Constitucionais nacionais devem primar pela igualdade entre os órgãos judiciais, possibilitando o seu diálogo, a troca de experiências e informações, em uma situação de interação aberta”⁵²⁶.

Embora possa parecer haver colidência entre os institutos do controle de convencionalidade e da margem de apreciação nacional, é possível uma convivência conjunta e de forma a garantir o pleno exercício dos direitos e liberdades previstas nos tratados de Direitos Humanos. Até porque, como referem Schäfer, Privadelli e Gomes:

A margem nacional de apreciação, entendida como o reconhecimento de uma reserva de atuação do Estado de acordo com suas peculiaridades em relação às normas internacionais, apresenta-se como uma das ferramentas de conciliação entre a noção tradicional de soberania estatal - com as inúmeras escolhas no âmbito interno - e as disposições inscritas nos tratados internacionais de Direitos Humanos, muitas vezes redigidas com um alto grau de abstração⁵²⁷.

Da mesma forma que o instituto do controle de convencionalidade, portanto, a margem de apreciação nacional é instrumento muito útil para fazer valer os valores estabelecidos internacionalmente, contribuindo para a sua harmonia com as normas internas, fomentando o efetivo diálogo entre as fontes, pois “la doctrina del margen nacional de apreciación se ha constituido en un criterio hermenéutico utilizado por parte de los tribunales regionales de

⁵²⁵ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 144.

⁵²⁶ SCHÄFER, Gilberto; RIOS, Roger Raupp; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; GOMES, Jesus Tupã Silveira. Diálogo entre o Supremo Tribunal Federal brasileiro e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma realidade nos dias atuais? *Revista da Ajuris*, v. 44, n. 143, p. 217, 2017.

⁵²⁷ SCHÄFER, Gilberto; PRIVADELLI, José Eduardo Aidikaitis; GOMES, Jesus Tupã Silveira. A margem nacional de apreciação na Corte Interamericana de Direitos Humanos. In. *Revista de Direito Internacional*, v. 15, n. 2, p. 327, 2018.

derechos”⁵²⁸, como referido por Delgado. E não se deve olvidar de que a existência da margem de apreciação nacional é fundada exatamente na falta de consenso regional, pois como refere o mesmo autor:

La ausencia de consenso entre los estados sobre temas sensibles en derechos humanos ha llevado a que el tedh y la cidh justifiquen una imposibilidad de definición en la interpretación y aplicación de algunos derechos y procedan al reconocimiento de un principio de deferencia hacia las autoridades nacionales⁵²⁹.

A teoria da margem de apreciação nacional é instituto de construção jurisprudencial do Sistema Europeu de Direitos Humanos, pois inexistente previsão expressa na CEDH⁵³⁰ e por meio dele busca-se um destensionamento entre os sistemas nacionais e internacional de justiça, propiciando que as decisões das cortes internacionais sejam cumpridas e, ao mesmo tempo, deixando que os tribunais internos possam julgar conforme as questões culturais e sociológicas do Estado. Isto porque, não são poucas as críticas de quem defende a impossibilidade de aplicação uniforme das normas internacionais quando as realidades internas são bastante díspares. E esta percepção advém da própria Corte EDH, quando passa a admitir que em certas circunstâncias muito específicas os tribunais internos têm melhores condições de solucionar o conflito pela simples razão de estarem mais próximos dos fatos e inseridos na cultura local, o que não deixa de ser uma “autocontenção” da referida corte internacional.

Como referem Schäfer, Privadelli e Gomes:

A Teoria da Margem Nacional de apreciação busca conjugar as disposições inscritas nos tratados internacionais de direitos humanos com as peculiaridades culturais e sociais de cada Estado-parte, reservando-lhes espaço para atuação discricionária no que se refere a questões tipicamente locais, de forma a evitar a aniquilação da diversidade cultural sob a bandeira da universalidade dos Direitos Humanos⁵³¹.

⁵²⁸ 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. 108, 2011.

⁵²⁹ 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. 106, 2011.

⁵²⁹ 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. 112, 2011.

⁵³⁰ A primeira vez que o termo foi utilizado foi no caso De Wilde, Ooms et Versyp v. Bélgica de 1971.

⁵³¹ SCHÄFER, Gilberto; PRIVADELLI, José Eduardo Aidikaitis; GOMES, Jesus Tupã Silveira. A margem nacional de apreciação na Corte Interamericana de Derechos Humanos. In. *Revista de Direito Internacional*, v. 15. n. 2, p. 326, 2018.

Também para Diniz:

A margem nacional de apreciação, como método do processo de interação do direito, é o melhor meio de preservar as diferenças e prestigiar os direitos humanos. Ela permite uma aproximação das práticas, por intermédio de um reexame periódico das práticas nacionais, observando-se a evolução da sociedade e da ciência. Preserva-se a diversidade das práticas nacionais determinadas por fatores religiosos e morais, sem perder de vista uma futura possibilidade de aproximação de distintos ordenamentos jurídicos⁵³².

No entanto, como alertam Lopes e Santos Junior, “deve-se proceder com cautela quando da alegação de tais particularidades como justificativas para a inaplicabilidade de normas previstas internacionalmente, necessitando estabelecer critérios precisos para que o ser humano possa ter seus direitos preservados e respeitados”⁵³³. A comunidade internacional já há algumas décadas vem se preocupando em criar padrões mínimos e consensuais na proteção dos Direitos Humanos. Entretanto, como alerta Benavides Casals, “si bien el consenso en torno a la existencia de los derechos humanos es parte del derecho internacional actual, este consenso dista mucho de reflejar acabados acuerdos en el contenido y alcance de cada uno de los derechos individualmente considerados”⁵³⁴.

Parece não haver dúvidas, entretanto, que por meio da criação de consensos regionais, que acabam por formar um bloco de convencionalidade, forjam-se “as referências – normativas e jurisprudenciais – que devem ser observadas pelo Estado quando efetuam o controle de convencionalidade”⁵³⁵. Em que pese cada país de uma região, como as Américas, tenham culturas muito distintas, não pode ser afastada a necessidade de existir consensos básicos que ultrapassem estas dificuldades culturais e que formem um piso de garantias regionais.

Na busca desses consensos, a Corte EDH passou a emitir decisões que demonstraram a preocupação para que houvesse uma compreensão uniforme entre os países que integram o sistema europeu de Direitos Humanos. A corte europeia deixou claro não pretender impor categoricamente o direito convencionalizado de forma vertical, mas sim, buscar um entendimento

⁵³² DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. Soberania e margem nacional de apreciação. *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI*, v. 6, n. 2, 2º quadrimestre de 2011. p. 402. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 11 jan. 2022.

⁵³³ LOPES, Ana Maria D’ávila; SANTOS JUNIOR, Luis Haroldo Pereira dos. Controle de Convencionalidade e Margem de Apreciação Nacional: (in)compatibilidade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *RDU*, v. 14, n. 81, p. 37, 2018.

⁵³⁴ BENAVIDES CASALS, María Angélica. El consenso y el margen de apreciación em la protección de los derechos humanos. *Ius et Praxis*. Talca, v. 15, n. 1. 2009. p. 297 Disponível em: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122009000100009#:~:text=La%20idea%20central%20es%20que,los%20tratados%20sobre%20derechos%20h%20umanos. Acesso em: 16 jan. 2022.

⁵³⁵ LOPES, Ana Maria D’ávila; SANTOS JUNIOR, Luis Haroldo Pereira dos. Controle de Convencionalidade e Margem de Apreciação Nacional: (in)compatibilidade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *RDU*, v. 14, n. 81, p. 47, 2018.

horizontalizado com a finalidade de encontrar consensos, pois somente “cuando el tribunal no ha encontrado un consenso en torno al sentido y alcance del derecho, en ocasiones se ha aplicado lo que se conoce como el margen de apreciación” tal qual refere Benavides⁵³⁶. É necessário se compreender, entretanto, que a construção desses consensos foi paulatina, mediante um constante aprimoramento da jurisprudência da Corte EDH, o que também decorre do recorrente diálogo com os sistemas jurídicos internos, especialmente com as cortes constitucionais dos países que integram o sistema daquele continente. Ademais, “ponderar adecuadamente y con criterios claros y razonables cuándo y por qué existe la posibilidad para los estados de aplicar el margen de apreciación o excluirlo aplicando el consenso, se configura como un desafío tanto para las instancias internacionales como para la doctrina”⁵³⁷.

Um primeiro elemento a alicerçar a margem de apreciação nacional é o reconhecimento de que a jurisdição internacional sempre é subsidiária, pois os primeiros responsáveis pela fiscalização do respeito aos Direitos Humanos são os Estados, por meio de seus poderes constituídos, o que fora reafirmado recentemente pela Corte IDH: “A Corte tem assinalado que a responsabilidade estatal sobre a Convenção só pode ser exigida em nível internacional depois que o Estado tenha tido a oportunidade de reconhecer, ele mesmo, uma violação de direito e reparar, por seus próprios meios os danos ocasionados”⁵³⁸.

Um segundo elemento seria a busca pelo equilíbrio entre o caráter universal dos Direitos Humanos e as singularidades culturais de cada Estado, o que é “necesário em razão da constatação de que os diferentes povos, apesar de partilharem valores comuns, buscam também o reconhecimento das particularidades que lhes são próprias”⁵³⁹.

No entanto, a utilização indiscriminada da margem de apreciação nacional pode gerar grande retrocesso aos Direitos Humanos na medida que se acabará por propiciar a sua relativização, dando ensejo para que a sua aplicação universal não mais aconteça. Da mesma forma, cuidados se devem ter ao definir que os Direitos Humanos passem a ser aplicados a

⁵³⁶ BENAVIDES CASALS, María Angélica. El consenso y el margen de apreciación em la protección de los derechos humanos. *Ius et Praxis*. Talca, v. 15, n. 1. 2009. p. 301. Disponível em: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122009000100009#:~:text=La%20idea%20central%20es%20que,los%20tratados%20sobre%20derechos%20humanos. Acesso em: 16 jan. 22.

⁵³⁷ BENAVIDES CASALS, María Angélica. El consenso y el margen de apreciación em la protección de los derechos humanos. *Ius et Praxis*. Talca, v. 15, n. 1. 2009. p. 310. Disponível em: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122009000100009#:~:text=La%20idea%20central%20es%20que,los%20tratados%20sobre%20derechos%20humanos. Acesso em: 16 jan. 22.

⁵³⁸ CORTE IDH. Caso Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia. § 91.

⁵³⁹ SCHÄFER, Gilberto; PRIVADELLI, José Eduardo Aidikaitis; GOMES, Jesus Tupã Silveira. A margem nacional de apreciação na Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista de Direito Internacional*, v. 15. n. 2, p. 329, 2018.

partir de consensos, tendo em vista que, como referem Lopes e Santos Junior, “a noção de consenso implica reconhecer um determinado grau de concordância entre os principais atores do cenário internacional, o que, por sua vez, provoca a formação de maiorias – nacional e internacional – que, ao final, serão as que determinarão o conteúdo da norma”⁵⁴⁰. E quando se fala em normas constituídas por maiorias, mais uma vez remetemos à questionável relativização dos Direitos Humanos, pois, se considerados universais, bastaria um único ser humano invocar um direito colidente com o consenso construído pela maioria para que o dilema voltasse à cena, até porque, uma das premissas dos Direitos Humanos é a proteção das minorias contra as maiorias.

Portanto, tanto os consensos ou a margem de apreciação nacional utilizados sem qualquer ponderação tornariam o indivíduo sujeito à norma erigida pelas maiorias – normalmente alicerçadas no poder econômico –, assim como podem dar tamanha discricionariedade ao Estado que este poderia escolher aplicar ou respeitar apenas a parte que lhe conviesse dos tratados internacionais que tenha subscrito.

Outro dilema que surge é: para a melhor decisão a respeito dos fatos que são submetidos às cortes internacionais é preferível deixar mais poderes ao juiz nacional, pois próximo aos fatos e conhecedor das questões culturais e sociais que o circundam ou à corte externa, pois não sujeita às pressões internas e dotada de competência de intérprete máxima dos direitos e liberdades previstos nos tratados? Disto decorre a importância do diálogo a ser travado pelos sistemas internacionais e internos, sendo que o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade devem nortear ambos nas tomadas das decisões. Estas diferenças culturais que remetem à margem de apreciação nacional não podem ser utilizadas para negar direitos consagrados no corpo de tratados internacionais de Direitos Humanos. Terão, a Corte IDH e os juízes nacionais, que fazer a análise da proporcionalidade entre o ato imputado como restritivo pelo Estado e as especiais peculiaridades do caso para só assim verificar se se está diante de uma condição a legitimar a aplicação da margem de apreciação nacional. Como afirmam Quiroga e Rojas, ao analisar a ponderação a ser feita:

La restricción (i) debe responder a la “existencia de una necesidad social imperiosa”, es decir, debe estar orientada “a satisfacer un interés público imperativo”; (ii) entre varias opciones para alcanzar este objetivo “debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido”, y (iii) la restricción debe ser “proporcionada al interés que la justifica y ajustarse

⁵⁴⁰ LOPES, Ana Maria D’ávila; SANTOS JUNIOR, Luis Haroldo Pereira dos. Controle de Convencionalidade e Margem de Apreciação Nacional: (in)compatibilidade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *RDU*, v. 14, n. 81, p. 41, 2018.

estrechamente al logro de ese legítimo objetivo⁵⁴¹.

Esta necessidade de ponderação fora já expressada pela Corte, no caso *Castañeda Gutman vs. México*, de 2008:

A efectos de valorar la proporcionalidad de la medida que se alega restrictiva del derecho a ser elegido, la Corte debe examinar las alternativas existentes para regular tal derecho, que sean igualmente idóneas a la regulación que se considera violatoria de la Convención, y precisar su mayor o menor grado de lesividad del derecho humano que se restringe⁵⁴².

Diante disso, tanto a Corte, quanto a jurisdição interna devem sempre estar atentas a estes princípios que conferem legitimidade à margem de apreciação nacional, de maneira que não sirva ela como meio de descumprimento de compromissos internacionais por parte dos Estados, os quais devem cumpri-los de boa-fé.

4.4.1 Os Limites da margem de apreciação nacional

Ao criarem o princípio da margem de apreciação nacional, os próprios Tribunais Internacionais regionais se deram conta de que a sua utilização de forma desregrada remeteria a relativização dos Direitos Humanos pelos Estados, razão pela qual viram-se impelidos a criar limites para a sua aplicação e reconhecimento. Não pode o “princípio cosmopolita”⁵⁴³ ser levado ao ponto de que a interpretação interna da carta maior de um país deva se curvar incondicionalmente às decisões da Corte IDH, pois “pretender o contrário seria imaginar uma nova pirâmide normativa, em cujo topo estaria não a Constituição, mas os tratados internacionais”⁵⁴⁴, uma vez que o que se busca, tão somente, é que a fonte internacional seja, ao menos, levada em consideração pelo sistema jurídico nacional, como é o caso de norma advinda da CIDH e de interpretações proferidas pela Corte IDH.

Estes limites vieram a ser reconhecidos e estabelecidos pelas decisões das cortes e a

⁵⁴¹ QUIROGA, Cecilia Medina; ROJAS, Claudio Nash. *Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Introducción a sus Mecanismos de Protección*. Santiago: Andros Impresores, 2007. p. 34-35. Disponível em: https://libros.uchile.cl/files/presses/1/monographs/390/submission/proof/files/assets/common/downloads_f9f12250/CDH_025.pdf. Acesso em: 01 fev. 23.

⁵⁴² CORTE IDH. caso *Castañeda Gutman v. México*. § 196. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf. Acesso em: 01 fev. 23.

⁵⁴³ SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais, Constituição e Direito Internacional: diálogo e fricções. In.: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. *Impacto das Decisões da Corte Interamericana de Derechos Humanos na jurisprudência do STF*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 324.

⁵⁴⁴ SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais, Constituição e Direito Internacional: diálogo e fricções. In.: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. *Impacto das Decisões da Corte Interamericana de Derechos Humanos na jurisprudência do STF*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 324.

partir da própria norma internacional concretizada nos tratados e convenções. Através de decisões reiteradas destes organismos internacionais pode-se verificar a criação de limites intrínsecos e extrínsecos, como refere Delgado⁵⁴⁵.

Os limites intrínsecos decorrem exatamente dos tratados e convenções internalizados pelos Estados, no caso do sistema americanos de Direitos Humanos, especialmente pela Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual estabelece nos seus dois primeiros artigos os compromissos assumidos pelos Estados americanos de respeito aos direitos e liberdades nela estabelecidos, bem como o dever de se adaptar às normas internas e realizar todos os atos necessários para que este desiderato seja alcançado. E é de ser ressaltado que o estabelecido no art. 2º da CADH, a impositiva adaptação interna, não é objeto de semelhante regramento expresso na Convenção Europeia de Direitos Humanos, o que não quer dizer que este limite intrínseco também não exista no continente em que é aplicável.

Como refere Delgado,

Las obligaciones generales que asumen los estados al firmar y ratificar la CADH o la CEDH limitan su margen nacional de apreciación impidiendo que puedan aprovechar la falta de consenso entre los diferentes estados parte sobre casos específicos surgidos en derredor de la interpretación y aplicación de los derechos humanos⁵⁴⁶.

Dito em outras palavras, os Estados, diante dos compromissos assumidos na comunidade internacional, e, no caso dos Estados americanos, pelos artigos 1 e 2 da CADH, estão limitados na utilização da margem de apreciação nacional pela simples invocação de sua norma interna – até mesmo a Constituição – na medida em que aceitaram o dever de corrigi-la e harmonizá-la com a norma externa de Direitos Humanos. Fator este que está a exigir redobrado esforço dos atores jurídicos nacionais, especialmente dos juízes, na aplicação deste princípio sob pena de gerar responsabilidades aos Estados aos quais estejam vinculados.

Como limites extrínsecos ao princípio da margem de apreciação nacional, também vale trazer a colaboração de Delgado, quando o coloca na análise da utilização do princípio da proporcionalidade nas interpretações realizadas por cortes internacionais:

La utilización de la proporcionalidad como principio de corrección funcional

⁵⁴⁵ 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. 112, 2011.

⁵⁴⁶ 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. 115, 2011.

de la jurisprudencia internacional de los derechos humanos se estructuró para hacer frente a los vacíos interpretativos dejados por otros métodos hermenêuticos como el literal, el sistemático u objetivo, que no dan cuenta de la complejidad interpretativa que surge del estudio de los derechos humanos⁵⁴⁷.

O princípio da proporcionalidade é o mecanismo a ser utilizado para o efetivo ajuste que deve ser feito entre os compromissos assumidos pelos Estados na comunidade internacional e sua realidade local, especialmente quando confrontados Direitos Humanos entre si. Até porque, devemos ter sempre em conta o princípio *pro homine* – já visto no capítulo I –, o qual garante a interpretação que mais favoreça ou que menos restrinja direitos ao ser humano. Além disso, não se deve olvidar que o art. 31 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1968, estabelece que: *Um tratado deve ser interpretado de boa-fé, segundo o sentido comum atribuído aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objeto e finalidade*. Assim, “en síntesis, la condición de necesidad dentro del juicio de proporcionalidade obliga al Estado a escoger la medida que busque un objetivo previsto conforme a las convenciones regionales de derechos humanos”⁵⁴⁸.

No Sistema Americano de Direitos Humanos, em decorrência dos regimes autoritários, a atuação da Corte IDH sempre foi de maior imposição das normas consensuadas internacionalmente, bem como de suas interpretações proferidas a partir delas. No entanto, a partir do momento em que os regimes democráticos passaram a ser uma realidade no continente, verifica-se uma expressiva introdução dos Direitos Humanos no corpo do ordenamento interno dos países, especialmente nas constituições, como é o caso do Brasil, o que deve remeter ao exercício mais apurado da ponderação, não só pelos magistrados nacionais, mas também pela própria Corte IDH, pois, em não o fazendo, sofrerá com críticas e resistências ao cumprimento de suas decisões.

E é neste campo que atua o princípio da proporcionalidade como limite à margem de apreciação nacional, pois em que pese sirva para que a própria corte internacional passe a considerar que existem espaços interpretativos para os sistemas nacionais, estes também deverão que se fazer valer para poder justificar as escolhas decorrentes da realidade local. Ou seja, as vozes dissonantes existentes dentro de uma sociedade, inclusive as representativas das

⁵⁴⁷ 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. 118, 2011.

⁵⁴⁸ 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. 125, 2011.

minorias, terão lugar de escuta, impondo uma apreciação do direito internacional de forma a melhor lhe assistir, sob o comando do princípio da proporcionalidade.

4.4.2 A Corte Interamericana de Direitos Humanos e a margem de apreciação nacional

As tensões que são criadas entre cortes nacionais e internacionais, como visto, ocorrem muito em razão de como elas se relacionam e dialogam. No âmbito do continente americano foi delegada à Corte IDH o papel de intérprete máxima da norma internacional decorrente do Sistema Americano de Direitos Humanos, especialmente da que advém da Convenção Americana de Direitos Humanos.

A ideia da construção de consensos e a aplicação do princípio da margem de apreciação nacional na Corte IDH ainda é bastante reduzida no Sistema Americano de Direitos Humanos. E isto muito provavelmente em razão das dificuldades vividas pela região, onde recentes períodos autoritários ainda remetam à análise da Corte IDH uma série de “violações graves e sistemáticas a direitos fundamentais sobre os quais há consensos sólidos a nível de sistema universal de direitos humanos”⁵⁴⁹, como sustenta Costa. Esse é um fator a inibir uma atuação mais dialógica da Corte americana, pois segue preocupada em produzir uma jurisprudência homogênea no continente a partir de suas decisões.

As manifestações são sempre tímidas, como se pode verificar da opinião consultiva nº 04/84 – tendo por tema o direito a nacionalidade –, oportunidade em que a corte afirmou que, em que pese o direito à nacionalidade seja reconhecidamente Direito Humano, as condições para a sua aquisição são matéria de competência interna dos Estados, desde que não venha a afastar direitos consagrados nos tratados internacionais relativos à temática. Ou seja, reconheceu, a Corte IDH, que é poder discricionário dos Estados criar as condições para a aquisição de nacionalidade de estrangeiros, desde que não contrariem os parâmetros convencionados internacionalmente, especialmente quando gerados pelo consenso. Notadamente não se preocupou em travar um debate colaborativo com o sistema jurídico interno.

No caso *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, ao sentenciar sobre o direito a recurso de decisões condenatórias, afirmou expressamente a corte que “si bien los Estados tienen un margen de

⁵⁴⁹ COSTA, Andréia da Silva. A harmonização entre Direito Interno e Internacional de Proteção dos Direitos Humanos no Sistema Interamericano: margem de apreciação, aderência nacional ou convergência paralelas? In.: LOPES, Ana Maria D’Ávila; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto (orgs.). *A internalização de tratados internacionais de direitos humanos na América do Sul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 56.

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”⁵⁵⁰. Note-se que a Corte se encarregou de limitar a própria utilização da margem de apreciação nacional ao afirmar que esta não poderia ser utilizada ao ponto de inviabilizar o próprio direito garantido, no caso, ao duplo grau de jurisdição. Tal conclusão ela também veio a repetir na decisão do Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, de 2009⁵⁵¹.

Como se pode notar, mesmo nos casos em que a Corte IDH fez menção ao princípio da margem de apreciação nacional, fez questão de consignar os limites para a aplicação do instituto, gerando restrições de utilização quando contrariar garantias convencionadas internacionalmente. Leal e Moraes⁵⁵² alertam para o fato de que a própria Convenção Americana de Direitos Humanos parece carregar restrições ao princípio da margem de apreciação nacional ao afirmar, em seu art. 30, que:

As restrições permitidas, de acordo com esta Convenção, ao gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos, não podem ser aplicadas senão de acordo com leis que forem promulgadas por motivo de interesse geral e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas.

Essa é dificuldade que em muito decorre da falta de desenvolvimento jurisprudencial do instituto, diferentemente do que ocorreu no sistema europeu.

Entretanto, não se deve esquecer que a margem de apreciação nacional “está relacionada com os limites decisórios dos sistemas de justiça internacional, supranacional e regional em matéria de Direitos Humanos, exigindo uma discussão acerca das competências de cada Estado”⁵⁵³. E isto remete à dicotomia já evidenciada anteriormente entre as convenções internacionais e a soberania, bem como entre as ordens jurídicas internacional e a nacional. Muito em razão disso é que, no Sistema Americano de Direitos Humanos, o espaço para a utilização da margem de apreciação ainda é reduzido, notando-se a tendência de inflexibilidade das decisões proferidas pela Corte IDH.

Lopes e Santos Junior. limitam a três as hipóteses em que a margem de apreciação

⁵⁵⁰ CORTE IDH. Caso Herrera Ulloa v. Costa Rica. § 161. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf. Acesso em: 29 jan. 24.

⁵⁵¹ CORTE IDH. Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Sentença de 17 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/5523cf3ae7f45bc966b18b150e1378d8.pdf>>. Acesso em: 31 jan. 24.

⁵⁵² LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MORAES, Maria Valentina de. *Margem de apreciação nacional e diálogo institucional na perspectiva do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 56.

⁵⁵³ LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MORAES, Maria Valentina de. *Margem de apreciação nacional e diálogo institucional na perspectiva do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 57.

nacional pode ter espaço no sistema americano: “1) na ausência de manifestação da Corte IDH sobre o tema, dado que esta é que gera o consenso; 2) quando, na própria decisão a Corte IDH, fica estabelecida a possibilidade de complementação normativa interna, em especial no que tange às normas ‘sensíveis’; 3) situações previstas no art. 27 da CADH”⁵⁵⁴.

Mais uma vez se verifica, com isto, um campo aberto ao magistrado para a construção de pontes a ligarem direitos internacional e nacional na defesa dos Direitos Humanos na região americana e a fazer evoluir os direitos humanos na região como se tem procurado demonstrar no trabalho, que são evoluções que naturalmente podem vir a gerar consensos regionais em matéria de Direitos Humanos.

4.4.3 A compatibilização entre a margem de apreciação nacional e o controle de convencionalidade

Verificada a tímida conexão entre o instituto da margem de apreciação nacional e o Sistema Americano de Direitos Humanos, faz-se necessária a análise da relação entre ele e o controle de convencionalidade, o qual, como já referido, é criação do sistema americano.

A relação entre controle de convencionalidade e a margem de apreciação nacional já fora tratada pela Corte IDH por ocasião da Opinião Consultiva nº 24/17, de 24 de novembro de 2017:

O tema relacionado ao controle de convencionalidade certamente está inserido, então, na relação entre o Direito Interno ou Nacional e o Direito Internacional. Isto considerando, por um lado, que este último não regulamenta todas as matérias, inclusive, quanto a algumas, quando o faz, não é em sua totalidade. Por outro lado, ainda subsiste como um elemento central da estrutura jurídica internacional, embora não na mesma intensidade e amplitude de antigamente, a instituição denominada domínio reservado ou jurisdição interna, doméstica ou exclusiva do Estado ou, como é conhecido em outras latitudes, margem de apreciação⁵⁵⁵.

Uma das principais críticas ao controle de convencionalidade, e que acaba por fomentar a pouca receptividade da obrigatoriedade das decisões emanadas da Corte IDH, consiste na inexistência de horizontalidade entre este organismo internacional e as cortes internas, especialmente as constitucionais. Não há como se negar que a margem de apreciação nacional

⁵⁵⁴ LOPES, Ana Maria D’ávila; SANTOS JUNIOR, Luis Haroldo Pereira dos. Controle de Convencionalidade e Margem de Apreciação Nacional: (in)compatibilidade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *RDU*, v. 14, n. 81, p. 48-49, 2018.

⁵⁵⁵ CORTE IDH. O.C. 24/17, de 14 de novembro de 2017. § 114. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf. Acesso em: 29 jan. 2024.

se alimenta exatamente desta postura tida como autoritária por parte da corte do Sistema Americano de Direitos Humanos.

Na medida em que a cultura americana foi fortemente constituída no princípio da soberania absoluta, maiores dificuldades se verificam para que as decisões internacionais venham a ganhar o caráter vinculante buscado pela comunidade internacional, mesmo que, como já referido, o conceito de soberania absoluta já tenha sido superado há algum tempo, até porque, “a característica de transnacionalidade acompanha os direitos humanos, os quais servem como limites à soberania estatal e, em razão disso, não podem servir como um fundamento à não intervenção internacional (...)”, nas palavras de Leal e Moraes⁵⁵⁶.

Em que pese a margem de apreciação nacional seja um conceito indeterminado, motivo pelo qual pode servir de vaso condutor para a não realização do controle de convencionalidade, quando bem utilizada serve para superar as resistências jurídicas tradicionais internas, até porque, “em um ordenamento jurídico regional como SIPDH, há que se buscar um equilíbrio entre a competência de intervenção confiada aos órgãos internacionais ou supranacionais por um tratado e as prerrogativas soberanas dos Estados-partes, assentadas em preceitos constitucionais”⁵⁵⁷.

Portanto, o controle de convencionalidade e a margem de apreciação nacional não são excludente ou colidentes, tendo em vista que aquele é a obrigação de que as cortes internacionais e o sistema de justiça nacional têm de aplicação do direito convencionalizado, dando a eles efetividade, sendo que a margem de apreciação nacional surge exatamente para que a ponderação sobre aspectos culturais e sociais locais não passem despercebidos nas decisões proferidas, especialmente pelo órgão jurisdicional internacional. A margem de apreciação nacional é o reconhecimento da posição privilegiada da jurisdição nacional para solucionar uma determinada demanda que envolva Direitos Humanos pela proximidade com a população e a cultura local. Fator, ainda, que acaba por retirar força da crítica imposta à Corte IDH, de que busca para si o monopólio interpretativo da Convenção, tendo em vista que “o direito internacional dos direitos humanos, por estar em constante evolução, deve ser interpretado sempre tendo por base o contexto, realidades sociais, valores e cultura no qual se inserem”⁵⁵⁸.

⁵⁵⁶ LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MORAES, Maria Valentina de. *Margem de apreciação nacional e diálogo institucional na perspectiva do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 61.

⁵⁵⁷ LIMA, Luís Carlos Santos. Controle de Convencionalidade e transnacionalidade: limites e potencialidades na relação entre Supremo Tribunal Federal e Corte Interamericana de Direitos Humanos. In.: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (coords.). *Controle de Convencionalidade: temas aprofundados*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 244.

⁵⁵⁸ LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MORAES, Maria Valentina de. *Margem de apreciação nacional e diálogo institucional na perspectiva do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 63.

Diante da dicotomia lançada neste momento, é preciso se ter em mente que o controle de convencionalidade é uma valiosa construção jurisprudencial da corte situada na Costa Rica, que remete aos sistemas nacionais de justiça o compromisso com os direitos e liberdades previstas no Pacto de San Jose da Costa Rica, mas, por sua vez, também não se deve olvidar de que “a margem de apreciação aparece, nesse contexto, como uma forma de autolimitação da Corte, que reconhece seu caráter subsidiário e, nos casos em que é cabido, que a melhor decisão a ser tomada é a Estatal, reconhecendo esse espaço nacional”⁵⁵⁹. Ou seja, ainda que os institutos acabem por gerar mútuas restrições, não são inconciliáveis e certamente servem para o aprimoramento da cultura dos direitos humanos no espaço americano.

Em realidade, pode-se afirmar que os institutos do controle de convencionalidade e da margem de apreciação nacional se complementam e, ao mesmo tempo, servem de limites para que não haja o abuso na utilização de um ou de outro, pois tão relevante quanto a necessidade de que os juízes nacionais realizem o controle de convencionalidade interno, é que possam ponderar nas suas decisões as peculiaridades locais, o que remete a uma proteção mais efetiva do ser humano.

4.5 Os juízes nacionais e o controle de convencionalidade

Esta relação entre o controle de convencionalidade e a margem de apreciação nacional, ou a sua viabilidade, deve ser compreendida pelos juízes nacionais de forma que importe no afastamento da persistente ideia de primazia do direito nacional sobre o internacional, como se eles não pudessem coexistir ou conciliarem-se.

Talvez, em grande parte, isto ocorre pelo fato de que a aplicação da teoria do controle de convencionalidade internamente, nas américas, está longe de ser uma realidade, existindo, a revés, uma inconsistência como aponta Burgorgue-Larsen, pois, existem os “bons alunos”, como é o caso dos juízes argentinos, assim como os que o desafiam, como é o caso dos brasileiros. E os motivos são os mais variados para esta discrepância, como sistematiza o referido autor:

Estrictamente legales (por ejemplo la posición de Derecho Internacional de los Tratados Humanos dentro de la Constitución nacional), pero también de

⁵⁵⁹ LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MORAES, Maria Valentina de. *Margem de apreciação nacional e diálogo institucional na perspectiva do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 68.

sociologia jurídica (formación y métodos de nombramiento de jueces) y mas generalmente politicas (la existencia de gobiernos “hostiles” en el sistema interamericano)⁵⁶⁰.

As diferenças culturais, econômicas e sociais continuam sendo grandes obstáculos para o desenvolvimento dos Direitos Humanos, especialmente no continente americano, pelas grandes desigualdades ainda vivenciadas na região.

Disto também decorre a insistente primazia dada ao direito nacional frente ao direito internacional. Principalmente pelo Poder Judiciário brasileiro, o que deve ser superado diante da responsabilidade dos magistrados nacionais em colaborar dialogicamente para o desenvolvimento de consensos a desenvolver os Direitos Humanos na região.

Como já referido, o simples fato de que as constituições dos Estados da região foram pródigas em aberturas a incorporação do direito internacional dos Direitos Humanos, formando, com os tratados e as convenções internacionais, um bloco de constitucionalidade e convencionalidade, não afasta do juiz nacional seu papel na busca da coerência entre os sistemas internacional e nacional. Até porque, como adverte Piovesan, “a existência de cláusulas constitucionais abertas a propiciar o diálogo entre as ordens jurídicas local, regional e global, por si só, não assegura a efetividade do diálogo jurisdicional em direitos humanos”⁵⁶¹. Mesmo que se possa presenciar uma evolução gradativa deste fenômeno, como visto nos exemplos trazidos ao trabalho, especialmente a experiência argentina, que veio a aceitar o caráter vinculante das decisões proferidas pela Corte IDH, o que também se repetiu em outros países do bloco, ainda há muito a evoluir.

É necessário que se reconheça que o Sistema Americano de Direitos Humanos tem buscado a harmonização jurídica regional, por meio do controle de convencionalidade. No entanto, também é preciso se reconhecer que isto somente será possível com a participação efetiva e engajada dos magistrados nacionais.

Entretanto, é necessário lembrar o que Afonso da Silva coloca como sendo duas dicotomias da integração jurídica regional, que são a ordem hierárquica dos tratados no sistema

⁵⁶⁰ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. Crónica de una teoría de moda en America Latina – Descifrando el discurso doctrinal sobre el control de convencionalidad. In.: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (coords.). *Ius Constitutionale commune na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2016. v. 3, p. 26.

⁵⁶¹ PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune em direitos humanos e constitucionalismo regional transformador: impacto do sistema interamericano*. In.: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (coords.). *Ius Constitutionale commune na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2016. v. 1, p. 91.

interno dos Estados e a vinculação às decisões proferidas pelas Cortes internacionais⁵⁶². Poderia ser acrescido ainda um terceiro elemento que consiste em uma evidente tentativa de realizar-se interpretações internas reducionistas e restritivas.

Como visto até aqui, a soberania moderna não mais pode ser pensada de forma absoluta, como se pregava no passado, pois as normas internacionais, especialmente em matéria de Direitos Humanos, são fontes inafastáveis dos sistemas jurídicos internos, e, com isso, não podem deixar de ser objeto da interpretação e aplicação pelos juízes internos dos países. Não há como ser pensando que casos semelhantes possam ser decididos de formas distintas em países que fazem parte do Sistema Americano de Direitos Humanos pelo simples motivo de que foram proferidas por juízes de diferentes nacionalidades. O juiz nacional não pode deixar de observar o seu papel de construtor de consensos regionais, e, com isto, de pacificador de conflitos para além das fronteiras de seu país. O juiz brasileiro, hoje em dia, também é um juiz interamericano.

Neste campo, a verdadeira integração regional necessariamente passa pelos juízes nacionais na medida em que as ideias constitucionais de um Estado podem, e devem, servir aos demais, especialmente quando se trata da defesa de direitos humanos. Nas palavras de Piovesan: “daí a necessidade de fomentar uma doutrina e uma jurisprudência emancipatória no campo dos direitos humanos inspiradas na prevalência da dignidade da pessoa humana e na emergência de um novo Direito Público marcado pela estatalidade aberta em um sistema jurídico multinível”⁵⁶³. Mesmo quando contraposta a forma de recepção dos tratados internacionais, negando a eles a hierarquia constitucional, como o faz o Supremo Tribunal Federal brasileiro, “a formação de uma norma jurídica, baseada em uma nova racionalidade e ideologia, surge como medida imperativa à afirmação de um constitucionalismo regional transformador”⁵⁶⁴.

Reafirma-se, diante disto, o papel do juiz brasileiro, pois passa a ser, repita-se, um construtor de consensos regionais. Como refere Afonso da Silva:

Pode-se dizer que analisar a questão da integração jurídica por meio do conceito de migração de ideais constitucionais pode libertar o jurista do debate estritamente dicotômico entre vinculação e não-vinculação de instâncias

⁵⁶² SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In.: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (orgs.), *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 516.

⁵⁶³ PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune* em direitos humanos e constitucionalismo regional transformador: impacto do sistema interamericano. In.: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (coords.). *Ius Constitutionale commune na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2016. v. 1. p. 91.

⁵⁶⁴ PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune* em direitos humanos e constitucionalismo regional transformador: impacto do sistema interamericano. In.: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (coords.). *Ius Constitutionale commune na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2016. v. 1, p. 91.

nacional a instâncias supranacionais, e também do debate exclusivamente sobre a hierarquia das normas. A partir da perspectiva da integração por meio da migração de ideais, o que importa é o livre comércio de experiências, de ideais, de teorias. Esse livre comércio não pretende vincular ninguém, caso contrário não seria livre⁵⁶⁵.

Na formação de sua convicção, o juiz nacional pode, e deve, utilizar-se dessas normas que decorrem de fontes externas, sejam de outros países, sejam de corte internacionais. E isto pode, inclusive, ser justificado na necessidade de o Estado-juiz respeitar as normas internacionais que o país assumiu, especificamente quando afetas ao direito internacional dos Direitos Humanos. Todo magistrado deve estar consciente e estar ciente do importante papel que hoje exerce na transformação regional em defesa da dignidade da pessoa humana.

No Sistema Europeu de Direitos Humanos, como refere Afonso da Silva, “não levar em consideração as decisões da Corte Européia seria tão equivocado quanto tentar aplicá-las diretamente, como se houvesse uma supremacia pura e simples das decisões dessa corte em face das decisões dos tribunais nacionais”⁵⁶⁶. Ou seja, fora do caso concreto, as decisões da corte internacional têm forte valor argumentativo. E até mesmo uma teórica “vinculação argumentativa”, como defende Afonso da Silva⁵⁶⁷. Portanto, “a integração pode existir (e, de fato, existe) ainda que não exista uma vinculação formal estrita às decisões supranacionais”⁵⁶⁸.

Diante disto, até mesmo ao ser dada uma margem de apreciação aos Estados, e na busca de uma jurisprudência humanista evolutiva, reafirma-se o papel de construtor de consensos do juiz nacional, abrindo a ele uma oportunidade de servir como fonte instigadora de reflexão regional. Isto porque, a liberdade dada para a construção nacional de uma jurisprudência inovadora e evolutiva dos direitos humanos certamente colaborará para que países vizinhos redobrem esforços na defesa dos direitos fundamentais das pessoas, buscando nas decisões nacionais elos a fortalecer uma corrente de solidariedade na busca do bem-estar social e diminuição das desigualdades. Servem, da mesma forma, de estímulo para a própria revisão e evolução da jurisprudência da Corte IDH. Conforme Bonilla, quando refere as interações entre

⁵⁶⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In.: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (orgs.), *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 519-520.

⁵⁶⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In.: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (orgs.), *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 521.

⁵⁶⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In.: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (orgs.), *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 521.

⁵⁶⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In.: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (orgs.), *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 521.

Estados europeus e a Corte EDH:

Se podría decir que un juez nacional es protagonista de un acto de desobediencia funcional cuando decide de no seguir (“declines to follow”) la solución derivada de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, desobedeciendo, en efecto, sobre la base de una serie de argumentos tendientes a inducir a la Corte EDH a una interpretación diferente de aquella precedentemente establecida (porque poco respetuosa del margen de apreciación nacional, o porque se fundamenta en una errónea reconstrucción de ‘consenso’⁵⁶⁹).

Esta irresignação, portanto, exaustivamente fundamentada para a demonstração da equivocada interpretação dada pela corte internacional ao caso concreto, seja por que dissociado da realidade local, seja por demonstrada a proteção mais elevada ofertada ao ser humano pela norma nacional, demonstra-se positiva, pois tem por finalidade conceder o grau de proteção superior aos Direitos Humanos e acaba por induzir que a própria corte externa revise sua jurisprudência, além de propiciar que a região toda desenvolva-se na matéria. Não pode ela ser confundida com a desobediência negativa⁵⁷⁰, onde simplesmente se desconsidera a norma advinda do Sistema Americano de Direitos Humanos e as decisões proferidas pela Corte IDH, o que fica muito evidente na atuação do STF, como já demonstrado. Não se pode admitir que este diálogo entre cortes, salutar para o desenvolvimento e harmonização dos direitos garantidos nos acordos internacionais, acabem por gerando uma “guerra entre Cortes”.

Para que haja uma integração efetiva e legítima é necessário, ainda, que o diálogo entre os sistemas nacionais e internacionais ocorra, para o que os juízes nacionais passam a ser peça chave para esta interação e, principalmente, como construtores de concessos, até porque, como refere Bonilla:

En el ámbito de la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales, se manifiesta la formación de una tendencia favorable a instaurar entre los ordenamientos nacionales e internacionales un círculo de cooperación o influencia recíproca que mueve en una lógica compleja, pues no está ajena a desacuerdos y conflictos⁵⁷¹.

Mesmo no tremendo esforço feito pela Corte IDH em formar uma jurisprudência

⁵⁶⁹ BONILLA, Haideer Miranda. Diálogo interamericano en derechos humanos. *Rivista do Diretti Comparati*, n.1, p. 75, 2017.

⁵⁷⁰ BONILLA, Haideer Miranda. Diálogo interamericano en derechos humanos. *Rivista do Diretti Comparati*, n.1, p. 76, 2017.

⁵⁷¹ BONILLA, Haideer Miranda. Diálogo interamericano en derechos humanos. *Rivista do Diretti Comparati*, n.1, p. 74, 2017.

harmonizada e que seja respeitada pelos Estados da região americana, os dissensos e tensões produzidos são sentidos internamente, o que impõe aos magistrados nacionais também o ônus de pacificador de conflitos regionais, pelo que deve trabalhar para que as discrepâncias interpretativas possam se dissipar. E, para tanto, possuem eles, no instituto do controle de convencionalidade, um grande instrumento.

4.6 A construção dialógica da inclusão no continente americano

Como já referido, no ambiente latino-americano as desigualdades sociais e econômicas são muito perceptíveis, pelo que temas que envolvam a inclusão de grupos inteiros de pessoas devem ser objeto de atenção local. A exclusão do ser humano dos sistemas de educação, de saúde, político, econômico e de justiça não pode mais passar despercebida. Ao propor-se estudar o fenômeno da exclusão, em sua conceituação, possibilita-se “uma visão abrangente de sociedades cujas capacidades de integração se encontram ameaçadas quando um grande número de pessoas não é levado em conta pelas instituições”⁵⁷², como expressa Bogdandy. Até porque, “en el centro de la idea contemporánea de los derechos humanos está el principio de igualdad. Actualmente, los derechos humanos se entienden como transnacionales, exigibles y guiados por el principio de igualdad entre las personas”⁵⁷³, nas palavras de Serrano.

Os processos de exclusão passam, em grande medida, pela desconsideração de grupos inteiros de pessoas, na maior parte das vezes identificados como minorias. O que não mais pode ser admitido em face do caráter evolutivo que os Direitos Humanos devem ter também como forma inclusão social desta camada da sociedade. Esta evolução também é de responsabilidade dos juízes brasileiros diante dos compromissos assumidos pelo Brasil na comunidade internacional.

Para que estes grupos se vejam incluídos na sociedade é necessário que existam instituições fortes dentro de um Estado democrático de direito, onde os poderes nele constituídos atuem na busca da igualdade e na efetiva distribuição de rendas e condições sociais equânimes. E disso decorre uma das características marcantes do Poder Judiciário, que é o seu

⁵⁷² BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale commune* na América Latina. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. In.: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (coords.). *Ius Constitutionale commune na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2016. v. 1. p. 16.

⁵⁷³ SERRANO, Sandra. Igualdad y no discriminación en el Sistema Interamericano de derechos humanos. In. HUERTA, Daniel Antônio García (coord.). *Construir la igualdad. Reflexiones en clave judicial*. Centro de Estudios constitucionales. p. 389. Disponível em: <https://bibliotecacorteidh.winkel.la/Product/ViewerProduct/2067#page=>. Acesso em: 18 jul. 2023.

caráter contra-majoritário, “pois o direito e os tribunais deveriam também estar a serviço dos grupos marginalizados”⁵⁷⁴. Ademais,

Los criterios interamericanos reconocen dos dinámicas del derecho y principio a la igualdad y a la no discriminación. Una primera vinculada con la prohibición de todo trato arbitrario y una segunda, en pleno desarrollo, referente a la discriminación estructural que afecta a los grupos en desventaja⁵⁷⁵.

Esta atuação da magistratura nacional, entretanto, não é livre de críticas, em face de um possível desequilíbrio democrático, quando tão somente os cidadãos eleitos poderiam falar pelos demais. No entanto, a democracia moderna não pode ficar à margem dessa nova tendência global. Como alerta Dworkin:

Sem dúvida, é verdade, como descrição bem geral, que numa democracia o poder está nas mãos do povo. Mas é por demais evidente que nenhuma democracia proporciona a igualdade genuína de poder político. Muitos cidadãos, por um motivo ou outro, são inteiramente destituídos de privilégios. O poder econômico dos grandes negócios garante o poder político especial a quem os gere. [...] Membros de minorias organizadas têm, como indivíduos, menos poder que membros individuais que são, enquanto grupos, mais poderosos. [...] Devemos levá-las em conta ao julgar quanto os cidadãos individualmente perdem de poder político sempre que uma questão sobre direitos individuais é tirada do legislativo e entregue aos tribunais. [...].⁵⁷⁶

Na busca pela igualdade, o juiz nacional sempre esteve fortemente apegado aos princípios constitucionais de seu país, pois, como visto, as constituições dos Estados passaram a ser garantidoras de mecanismos de defesa dos indivíduos contra o próprio ente estatal e, principalmente, um documento voltado a garantir que os direitos fundamentais do ser humano passassem a ser reconhecido e respeitado internamente. No entanto, como visto ao logo do trabalho, houve um entrelaçamento entre o direito nacional e o direito internacional na medida em que as relações humanas não mais se prendem por fronteiras. Existe uma necessidade de cooperação entre países e entre estes e o sistema internacional de Direitos Humanos, quando um acaba por fortalecer o outro e formar num bloco de constitucionalidade ou

⁵⁷⁴ BOGDANDY, Armin Von. Ius Constitutionale Commune na América Latina. Uma reflexão sobre o constitucionalismo transformador. *Revista de Direito Administrativo*, v. 269, p. 25, 2015.

⁵⁷⁵ SERRANO, Sandra. Igualdad y no discriminación en el Sistema Interamericano de derechos humanos. In: HUERTA, Daniel Antônio García (coord.). *Construir la igualdad. Reflexiones en clave judicial*. Centro de Estudios constitucionales. p. 392. Disponível em: <https://bibliotecacorteidh.winkel.la/Product/ViewerProduct/2067#page=>. Acesso em: 18 jul. 2023.

⁵⁷⁶ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 31.

convencionalidade. Como refere Bogdandy:

Os direitos constitucionais estatais e o direito internacional público se encontram em uma relação de fortalecimento mútuo, conclamados a assegurar as garantias e promessas do chamado bloco de constitucionalidade. Essa abertura é, portanto, expressão de um desenvolvimento *comum*, que inclusive confere aos sistemas jurídicos estatais uma orientação *comum*. E, portanto, é muito coerente que a Corte Interamericana descreva o conjunto dos tratados de direitos humanos como um *corpus iuris*⁵⁷⁷.

Nesta construção, os magistrados nacionais exercem importante papel transformador, sendo que, agindo com a ciência deste papel, colaboram para o fortalecimento das instituições jurisdicionais internas. Como adverte o mesmo autor, “um tema recorrente é como fazer para que os tribunais latino-americanos, que tradicionalmente não enfrentam o poder executivo e nem fazem frente à desigualdade, aceitem essa árdua tarefa com êxito”⁵⁷⁸. Até porque, mal utilizados os precedentes internacionais, os magistrados e as cortes podem servir a finalidades menos nobres, pelo que os juízes devem ser fortemente capacitados para esta atuação, assim como devem ser dotados de meios e políticas adequadas para o bom exercício desta importante tarefa, visto que

Os órgãos jurisdicionais estatais poderiam contribuir positivamente para o desenvolvimento da jurisprudência convencional ao ampliar a esfera de proteção conferida pelo regime convencional, fomentando o diálogo e interação judicial ao irem além das soluções propostas pela Corte IDH⁵⁷⁹.

Neste mister não se deve esquecer o compromisso dos magistrados em buscar a igualdade material, onde todos os aspectos fáticos e jurídicos devem ser ponderados na defesa do ser humano, sendo que neste campo o direito advindo de acordos internacionais é fonte primorosa. Ademais, na ponderação de princípios, “la aplicación de la proporcionalidad en el examen de igualdad ayuda para determinar si el criterio de distinción que general as categorías o grupos (medida estatal) tiene relación con las finalidades (razones) de la norma”⁵⁸⁰, como

⁵⁷⁷ BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale commune na América Latina*. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. In.: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (coords.). *Ius Constitutionale commune na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2016. v. 1. p. 18.

⁵⁷⁸ BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune na América Latina*. Uma reflexão sobre o constitucionalismo transformador. *Revista de Direito Administrativo*. v. 269, p. 30, 2015.

⁵⁷⁹ LIMA, Luís Carlos Santos. Controle de Convencionalidade e transnacionalidade: limites e potencialidades na relação entre Supremo Tribunal Federal e Corte Interamericana de Direitos Humanos. In.: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (coords.). *Controle de Convencionalidade: temas aprofundados*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 244-245.

⁵⁸⁰ CLÉRICO, Laura; ALDAO, Martín. Sobre la igualdad como pilar del derecho constitucional latino-americano. In.: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.) *Ius*

referem Clérico e Aldao. E seguem os referidos autores:

Una interpretación meramente formal de la igualdad o incluso como igualdad jurídico-material tiene el efecto de esconder, tras el principio de igualdad ante la ley, una serie de desigualdades de orden material y simbólico que no se corresponden con los exigentes presupuestos normativos de la democracia, pero que a la vez tampoco pueden ser resueltos dentro del estrecho marco de los derechos individuales⁵⁸¹.

Portanto, na busca da igualdade, a gerar a inclusão, deve o magistrado estar ciente de que dentro do cenário que lhe é apresentado, a simples distribuição do direito, sem a análise do contexto e dos atores envolvidos, não será suficiente para que este princípio seja implementado. Até porque “las demandas de igualdad aspiran a un orden social en que las personas se encuentren en pie de igualdad democrática, esto es, que las decisiones comunes sean tomadas con la participación de todos (inclusión), de acuerdo al peso del mejor argumento”⁵⁸². Diante disto, o magistrado deve valer-se de todo o arcabouço jurídico que lhe é disponível para que o estado de coisas a gerar as desigualdades não se perpetue, pois dos grupos dominantes decorrerão todos os esforços para a manutenção dos direitos que lhes favoreçam. Como refere Cabacinha, “a busca da melhor proteção dos direitos humanos exige por parte dos intérpretes do Direito uma posição dialógica, em que há de se considerar as múltiplas fontes do Direito, bem como as suas múltiplas interpretações jurídicas entre os órgãos com competência para tanto”⁵⁸³.

Para tanto, as normas internacionais e as manifestações das cortes são valiosas fontes para os juízes nacionais, os quais, por sua vez, também poderão com elas colaborar ao produzir uma jurisprudência interna transformadora, especialmente se pensar que a igualdade deve ser construída a cada caso concreto. Até porque, como referem Lopes e Santos Junior:

Se a intenção da CorteIDH é a construção de um ordenamento jurídico internacional pautado nos direitos humanos, tal como todo ordenamento, este também deve preservar sua coerência e tentar minimizar os conflitos. Por isso,

Constitutionale en América Latina. Instituto de Estudio Constitucionales del Estado de Querétaro. México, 2017. p. 226.

⁵⁸¹ CLÉRICO, Laura; ALDAO, Martín. Sobre la igualdad como pilar del derecho constitucional latino-americano. In.: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.) *Ius Constitutionale en América Latina*. Instituto de Estudio Constitucionales del Estado de Querétaro. México, 2017. p. 229.

⁵⁸² CLÉRICO, Laura; ALDAO, Martín. Sobre la igualdad como pilar del derecho constitucional latino-americano. In.: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.) *Ius Constitutionale en América Latina*. Instituto de Estudio Constitucionales del Estado de Querétaro. México, 2017. p. 231.

⁵⁸³ CABACINHA, Paulo Máximo de Castro. *O Poder Judiciário nacional e a Corte Interamericana de direitos humanos diálogo ou indiferença?* Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020. p. 54.

o diálogo deve ser constantemente mantido como forma de atender à própria dinâmica da sociedade, embora tal interação deva ser conduzida dentro de um canal comunicativo comum, representado, pois, pelo bloco de convencionalidade⁵⁸⁴.

Recentemente, em 20 de fevereiro de 2020, entrou em vigor a Convenção Interamericana contra toda forma de discriminação e intolerância, a qual, embora ainda não ratificada pelo país, teve a participação do Brasil, o qual é signatário. Nela se estabelece, em seu art. 1.1, que:

Discriminação é qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, em qualquer área da vida pública ou privada, cujo propósito ou efeito seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados Partes⁵⁸⁵.

Além disso, este mesmo documento vem a regram, o que já era motivo de reconhecimento internacional, a discriminação indireta, que é conceitua em seu art. 1.2:

Discriminação indireta é aquela que ocorre, em qualquer esfera da vida pública ou privada, quando um dispositivo, prática ou critério aparentemente neutro tem a capacidade de acarretar uma desvantagem particular para pessoas pertencentes a um grupo específico, ou as coloca em desvantagem, a menos que esse dispositivo, prática ou critério tenha algum objetivo ou justificativa razoável e legítima, à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos⁵⁸⁶.

O magistrado, em decorrência do que é estabelecido na comunidade internacional, portanto, quando faz a ponderação quanto à atuação estatal, deve levar em conta que “quanto más intensa sea la restricción a la igualdad y a los derechos, en este caso, por acción insuficiente, tanto más importantes tienen que ser las razones que alegue el Estado para justificar sus omisiones”⁵⁸⁷. Diante disto é que deve o juiz nacional estar sempre vigilante para que não seja

⁵⁸⁴ LOPES, Ana Maria D’ávila; SANTOS JUNIOR, Luís Haroldo Pereira dos Santos. A Corte Interamericana de Derechos Humanos como guía interpretativo: superando o modelo impositivo do controle de convencionalidade para o resgate do modelo dialógico. In.: LOPES, Ana Maria D’ávila; PAREDES, Felipe Paredes; LAZARTE, Renata Bregaglio. *Tendências Jurisprudenciais da Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 22.

⁵⁸⁵ Disponível em: https://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_A-69_Convencao_Interamericana_disciminacao_intolerancia_POR.pdf. Acesso em: 17 jul. 2023.

⁵⁸⁶ Disponível em: https://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_A-69_Convencao_Interamericana_disciminacao_intolerancia_POR.pdf.

⁵⁸⁷ Acesso em: 17 jul. 2023.

⁵⁸⁷ CLÉRICO, Laura; ALDAO, Martín. Sobre la igualdad como pilar del derecho constitucional latino-americano. In.: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.) *Ius Constitutionale en América Latina*. Instituto de Estudio Constitucionales del Estado de Querétaro. México, 2017. p. 252.

permitido um tratamento diferente e arbitrário entre as pessoas (não-discriminação - faceta negativa do direito), assim como para que sejam garantidos todos os meios adequados para o gozo efetivo de todos os direitos das pessoas, independentemente do grupo em que estejam inseridos e que historicamente sejam excluídos (igualdade – faceta positiva do direito).

A própria Corte IDH foi muito clara a respeito quando emitiu a Opinião Consultiva n. 18 de 2003:

3. Que el principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno.
4. Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación forma parte del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens.
5. Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones erga omnes de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares.

Portanto, no controle de convencionalidade interno deverá o juiz brasileiro atentar para este comando vindo da Corte IDH, a partir do qual novos consensos regionais vão se formando em termos de Direitos Humanos. Ademais, com isto, permite-se que o verdadeiro diálogo entre sistemas internacional e nacional ocorra, sem que se tenha entre eles disputas por supremacias, pois colocar apenas na corte externa o poder de dar a última palavra sobre os Direitos Humanos, impondo sua visão aos países, poderá gerar efeitos contrários ao que se pensou por ocasião da criação do acordo regional, dando asas ao alegado *déficit democrático* a elas imputados. Ou, como adverte Sarmento, “trata-se, ademais, de postura pouco sensível ao pluralismo, que não se concilia com a compreensão de que, mesmo no campo dos direitos humanos, existe espaço legítimo para perspectivas diferentes, decorrentes de particularidades culturais e históricas dos diferentes povos”⁵⁸⁸. Por outro lado, a desconsideração pelo sistema jurídico interno das manifestações da corte externa acarretaria sérias consequências negativas aos países aos quais fazem parte. Pelo que vale a lição deste mesmo autor, quando refere que não se apresenta como salutar para a construção dos Direitos Humanos a atribuição de hierarquias, sejam elas nacionais ou internacionais, pois “é preferível adotar-se um modelo que não atribua a nenhuma instituição, nacional ou internacional, o direito de ‘errar por último’ no campo do direito das

⁵⁸⁸ SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais, Constituição e Direito Internacional: diálogo e fricções. In.: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. *Impacto das Decisões da Corte Interamericana de Derechos Humanos na jurisprudência do STF*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 332.

peessoas, abrindo-se a permanente possibilidade de correções recíprocas, com base no ideal normativo do diálogo”⁵⁸⁹.

Sendo assim, o papel de construtor de consensos por meio do diálogo é uma moderna responsabilidade de todos os juízes nacionais, como se defende nessa tese de doutorado.

4.7 A busca pela coerência e pela interpretação evolutiva das normas de direitos humanos pelo juiz brasileiro

O pequeno enfrentamento do controle de convencionalidade pelo Poder Judiciário brasileiro, especialmente por suas Cortes Supremas, decorre, é importante repetir, muito em parte ainda pela insistência em dar primazia ao direito nacional frente ao direito internacional. Para Lupi:

A primazia, na vida forense, dos elementos normativos nacionais em detrimento dos estrangeiros e internacionais, explica-se por diversas razões, dentre as quais: (1) a formação dos juízes, que, em geral, fizeram seus cursos superiores numa época em que o Direito Internacional não era disciplina obrigatória; (2) a experiência dos juízes, de anos de labuta e pouca aplicação prática do Direito Internacional; (3) o necessário esforço adicional empreendido na “tradução” dos comandos alienígenas⁵⁹⁰.

No entanto, o papel do juiz nacional, na atualidade, como se vem apontando, é extremamente relevante para o desenvolvimento dos Direitos Humanos no âmbito regional e, até mesmo, internacional. Diante disso, deve ele afastar-se da antiga concepção de que o direito interno tem sempre primazia sobre o internacional em decorrência da soberania estatal.

O juiz nacional contemporâneo deve buscar nos elementos normativos internacionais a sua “tradução”, ou seja, como refere Lupi:

A interpretação desses elementos geralmente requer que o juiz nacional traduza-os para a realidade do ordenamento interno do seu país, buscando manter-se fiel ao texto, enquanto, ao mesmo tempo, agrega, necessariamente, algo de sua própria cultura e percepção ao texto traduzido⁵⁹¹.

⁵⁸⁹ SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais, Constituição e Direito Internacional: diálogo e fricções. In.: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. *Impacto das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na jurisprudência do STF*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 333.

⁵⁹⁰ LUPI, André Lipp Pinto Basto. *A interpretação conforme o direito internacional: uma proposta de aplicação pelos tribunais brasileiros*. p. 1331. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/andre_lipp_pinto_basto_lupi.pdf. Acesso em: 02 out. 2023.

⁵⁹¹ LUPI, André Lipp Pinto Basto. *A interpretação conforme o direito internacional: uma proposta de aplicação pelos tribunais brasileiros*. p. 1332. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/andre_lipp_pinto_basto_lupi.pdf. Acesso em: 02 out. 23.

Mais do que isto, como demonstra Bobbio, o ordenamento jurídico é uma unidade sistemática, no qual é necessário que haja uma certa ordem, e “para que se possa falar de uma ordem, é preciso que os organismos constitutivos não estejam apenas em relação com o todo, mas estejam também em relação de compatibilidade entre si”⁵⁹². E dentro deste sistema é perfeitamente natural que existam duas normas em contraste, como refere o referido autor⁵⁹³, sendo que para superá-lo é necessário que se examine os seus respectivos conteúdos, não bastando que apenas se utilize da autoridade de que se originou a ordem para o seu julgamento. Ou seja, deve o juiz fazer a ponderação na busca da coerência entre elas. Ou, com refere ainda Bobbio, “a incompatibilidade entre duas normas é um mal a ser eliminado, e, portanto, pressupõe uma regra de coerência, que poderia ser formulada da seguinte maneira: ‘em um ordenamento jurídico não devem existir antinomias’⁵⁹⁴.

Em decorrência disso, ao juiz brasileiro também é dado o papel de integrador da norma internacional com a nacional, onde, tendo ciência do contexto em que fora criada a norma externa, a harmonize com a interna e seu contexto social local. Ademais disso, “esta concepção tem ainda a grande vantagem de *atualizar* o conteúdo da norma interpretada, porquanto esta será examinada no conjunto do Direito Internacional em vigor *no momento da interpretação*”⁵⁹⁵.

Portanto, deve o magistrado nacional realizar uma interpretação evolutiva, a exemplo da Corte IDH, “capaz de fazer com que os Direitos Humanos acompanhem a evolução dos tempos atuais e das condições de vida”⁵⁹⁶, nas palavras de Magalhães. O qual ainda sentencia, quando se refere ao papel da Corte IDH, que “o enfoque evolutivo repousaria, portanto, na valorização da abertura normativa da CADH como instrumento vivo ao Direito Internacional, na criação de novos direitos e no aumento do seu alcance normativo e na formulação de conceitos transformadores”⁵⁹⁷.

Diante disso é que também se deve pensar a CADH como um instrumento vivo em matéria de Direitos Humanos, o qual deve sempre ser interpretado de maneira a colaborar na

⁵⁹² BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 219.

⁵⁹³ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 222.

⁵⁹⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 254.

⁵⁹⁵ LUPI, André Lipp Pinto Basto. *A interpretação conforme o direito internacional: uma proposta de aplicação pelos tribunais brasileiros*. p. 1335. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/andre_lipp_pinto_basto_lupi.pdf.

Acesso em: 02 out. 2023.

⁵⁹⁶ MAGALHÃES, Breno Baía. A interpretação evolutiva dos Direitos Humanos: uma revisão documental do período de 1988 a 2018. *Revista de Direito Internacional*, v. 17, n. 3. p. 580, 2020.

⁵⁹⁷ MAGALHÃES, Breno Baía. A interpretação evolutiva dos Direitos Humanos: uma revisão documental do período de 1988 a 2018. *Revista de Direito Internacional*, v. 17, n. 3. p. 580, 2020.

evolução do tema na região e internamente, papel que também passa a ser de responsabilidade dos magistrados nacionais. O que sempre deve ser feito em defesa da dignidade da pessoa humana, na sua mais ampla proteção, e sintonizado com a evolução social e cultural.

4.7.1 A coerência que deve existir entre o direito nacional e internacional em Direitos Humanos

Com a finalidade de demonstrar o papel do juiz na busca do diálogo e na coerência do direito nacional e do direito internacional na rede de proteção do ser humano na região americana, verificou-se, no capítulo I, que a partir da formatação da soberania estatal de forma absoluta, o fenômeno do constitucionalismo surge como forma de limitar os poderes do próprio Estado, conferindo ao ser humano direitos que decorram diretamente de sua dignidade.

A partir daí, surgem as constituições, as quais materializam direitos fundamentais do ser humano em seus textos, mas, posteriormente, abrem-se para o direito internacional, num fenômeno que veio a culminar no que se denominou transconstitucionalismo, como visto a partir do capítulo II. No continente americano foi firmado o Pacto de San Jose da Costa Rica, dando origem ao Sistema Americano de Direitos Humanos e a sua respectiva Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual formatou o instituto do controle de convencionalidade.

Como visto no capítulo III, entretanto, a este novo instituto proveniente do Sistema Americano de Direitos Humanos uma série de bloqueios foi introduzida, internamente, no Brasil. Sejam bloqueios de ordem legislativa, pela reforma constitucional de 2004, sejam eles pela atuação do próprio Poder Judiciário brasileiro, inclusive por parte de sua Corte constitucional. Essa é uma realidade que se contrapõe ao movimento de diálogos transversais, o qual visa ao desenvolvimento dos direitos humanos, remetendo a uma necessária atuação dos magistrados nacionais em busca da defesa da dignidade da pessoa humana por meio de uma interpretação evolutiva de todas as normas que circundam a matéria.

É um diálogo que remete ao juiz nacional uma série de desafios que tem nos métodos de interpretação e margem de apreciação nacional mecanismos a serem por eles considerados e utilizados, como se demonstrou no presente capítulo IV.

Diante disto, é relevante se ter ciência de que o direito internacional se desenvolveu, através dos tempos, com a construção de princípios gerais, forjados em consensos mínimos sobre as formas de proteção e promoção de direitos e garantias independentemente das fronteiras estatais. Elegeu-se um piso de garantias, especialmente no campo dos direitos

decorrentes da dignidade humana. Como refere Benavides Casals, quando justifica a multiplicidade de documentos internacionais que garantem o carácter universal dos Direitos Humanos:

Esta universalidad representa por tanto parte del consenso al que los estados han llegado en materia de derechos humanos. Consenso que identificaremos en este punto sólo con un acuerdo en torno a la existencia de ciertos derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y cuyo reconocimiento y protección es requisito indispensable para la constitución de una sociedad internacional centrada en el desarrollo material y espiritual de la persona humana.⁵⁹⁸

Diante do que é consensuado internacionalmente – requisito da norma internacional que reconhece os direitos humanos –, portanto, aparentemente não haveria qualquer margem para que um determinado Estado possa vir a regular internamente a matéria internacional de forma contrária. Entretanto, a “ausência de consenso sobre o conteúdo de um determinado direito consideradas as particularidades culturais de cada povo como pressuposto para a aplicação da margem de apreciação”⁵⁹⁹ podem dar fundamento para o tratamento nacional divergente. Ou seja, a consensualidade para reger a utilização interna do direito internacional deve estar presente na norma externa. No entanto, nem sempre é fácil definir o que é consenso internacional a ponto de não deixar margem para que a apreciação nacional ocorra, sendo que, como já referido, deve-se ter redobrada atenção para se evitar a má utilização dela e a relativização dos Direitos Humanos. Além do que:

Pareciera ser contradictorio el permitir que los estados decidan respecto del contenido de ciertos derechos o las posibilidades de restringir su ejercicio si lo que se busca con el establecimiento de normas internacionales y órganos de supervisión es la creación de un orden general y homogéneo en sus resultados, esto es en la efectiva protección de los derechos humanos⁶⁰⁰.

⁵⁹⁸ BENAVIDES CASALS, María Angélica. El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos. *Ius et Praxis*. Talca, v. 15, n. 1. 2009. p. 297. Disponível em: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122009000100009#:~:text=La%20idea%20central%20es%20que,los%20tratados%20sobre%20derechos%20humanos.. Acesso em: 16 jan. 2022.

⁵⁹⁹ LOPES, Ana Maria D’ávila; SANTOS JUNIOR, Luis Haroldo Pereira dos. *Controle de Convencionalidade e Margem de Apreciação Nacional: (in)compatibilidade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. RDU, v. 14, n. 81, p. 41, 2018.

⁶⁰⁰ BENAVIDES CASALS, María Angélica. El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos. *Ius et Praxis*. Talca, v. 15, n. 1. 2009. p. 298. Disponível em: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122009000100009#:~:text=La%20idea%20central%20es%20que,los%20tratados%20sobre%20derechos%20humanos.. Acesso em: 16 jan. 2022.

Também não há de se deixar de lembrar que “a noção de consenso implica reconhecer um determinado grau de concordância entre os atores do cenário internacional, o que, por sua vez, provoca a formação de maiorias – nacionais e internacionais – que, ao final, serão as que determinarão o conteúdo da norma”⁶⁰¹, como alertam Lopes e Santos Junior. E se for pensada a realidade das Américas, em decorrência do desigual desenvolvimento social na região, acordos firmados em consensos das maiorias acabam por trazer alguns desafios na defesa das minorias presentes em cada Estado.

Veja-se que a construção de consensos pela maioria acaba por remeter a um paradoxo quando uma minoria invoca direito antagônico a estes, sendo que uma das funções primordiais do direito internacional é justamente a defesa destas frente àquelas, como já referido. Não é impossível se pensar numa realidade em que uma maioria, em determinado espaço de tempo, acabe por consensuar normas com que uma parcela minoritária fique excluída e impedida de alcançar direitos protetivos. E é por isso que “questiona-se se tal deferência conferida aos Estados não resultaria em uma potencial discricionariedade no momento de aplicação dos dispositivos presentes nos tratados”⁶⁰², como advertem Lopes e Santos Junior.

No Brasil, diante de todas as barreiras que ainda existem em relação a realização do controle de convencionalidade e o exercício desta nova forma de constitucionalismo, agora transversal, como retratadas nos capítulos anteriores, tendo por finalidade a criação de consensos regionais, essencial é o estímulo que os magistrados internos devam dar para que o tema seja realmente enfrentado pelo nosso sistema interno de justiça, especialmente por suas cortes de supremas, STJ e STF. Até porque, como refere Conci, “mesmo argumentos como respeito ao direito nacional, coisa julgada ou, ainda, contrariedade entre a Constituição e o DIDH não assumem *status* de razões passíveis de serem tidas como juridicamente válidas, é dizer, não estão aptas a afastar a aplicação dos tratados internacionais ou da jurisprudência da CIDH a seu respeito”⁶⁰³. Ou seja, não havendo respeito às normas convencionalizadas dentro do Sistema Americano de Direitos Humanos, bem como às decisões proferidas pela Corte IDH, o Brasil sofrerá o constrangimento de reiteradas condenações internacionais como Estado infrator de Direitos Humanos.

⁶⁰¹ LOPES, Ana Maria D’ávila; SANTOS JUNIOR, Luis Haroldo Pereira dos. Controle de Convencionalidade e Margem de Apreciação Nacional: (in)compatibilidade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *RDU*, v. 14, n. 81, p. 41, 2018.

⁶⁰² LOPES, Ana Maria D’ávila; SANTOS JUNIOR, Luis Haroldo Pereira dos. Controle de Convencionalidade e Margem de Apreciação Nacional: (in)compatibilidade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *RDU*, v. 14, n. 81, p. 42, 2018.

⁶⁰³ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O Controle de Convencionalidade como parte de um Constitucionalismo Transnacional fundado na Pessoa Humana. *Revista de Processo*, v. 39, n. 232, p. 369, 2014.

Na solução desse dilema é que se vislumbra uma importante contribuição dos juízes nacionais na defesa das minorias e na consequente defesa integral e efetiva dos Direitos Humanos. A partir da contribuição dos juízes nacionais, seja pelo controle de convencionalidade, seja pelo exercício da margem de apreciação nacional, podem criar, por meio de sua atuação jurisdicional interna, novos paradigmas a nortear consensos que, mais adiante, extrapolem as fronteiras e que afirmem direitos que, se deixados para atuação exclusiva dos demais poderes do Estado, não contemplariam parte significativa de sua população, ficando ela excluída, mesmo que de uma forma não intencional. Para Lopes e Santos Junior,

Nessa busca por um equilíbrio, o papel de guia interpretativo da Corte IDH, que estimula o diálogo entre as Cortes nacionais e internacionais, permitirá que os juízes locais possam, efetivamente, atuar como juízes convencionais ou interamericanos, contribuindo para a legitimidade das decisões tomadas pela Corte IDH, bem como possibilitará estabelecer uma coerência na proteção do ser humano no continente⁶⁰⁴.

Isto vem ao encontro do caráter complementar que os sistemas nacional e internacional possuem na defesa e proteção dos Direitos Humanos, podendo o magistrado interno fazer a exata ponderação entre a soberania estatal e o controle jurisdicional internacional, garantindo, com isto, que haja um equilíbrio entre as normas nacionais e internacionais em prol da pessoa humana. Assim, também se evita que os consensos sejam apenas reconhecidos no campo de atuação das maiorias que estão representadas nos poderes do Estado submetidos ao sufrágio e que participam na confecção e incorporação de documentos internacionais na ordem jurídica interna. A partir disto, “cristaliza-se, pois, a noção de que uma democracia não se define apenas pela ideia de maioria, implicando também o respeito aos direitos humanos, que, inclusive, oferece os limites dentro dos quais a regra majoritária pode atuar”⁶⁰⁵.

Há de se considerar, ainda, que “estas minorias no se identifican únicamente con la situación particular de un grupo de personas al interior de una nación sino también la particularidad de una sociedad entera organizada como estado que entiende y aplica los

⁶⁰⁴ LOPES, Ana Maria D’ávila; SANTOS JUNIOR, Luís Haroldo Pereira dos Santos. A Corte Interamericana de Direitos Humanos como guia interpretativo: superando o modelo impositivo do controle de convencionalidade para o resgate do modelo dialógico. In.: LOPES, Ana Maria D’ávila; PAREDES, Felipe Paredes; LAZARTE, Renata Bregaglio. *Tendências Jurisprudenciais da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 23.

⁶⁰⁵ LOPES, Ana Maria D’ávila; SANTOS JUNIOR, Luís Haroldo Pereira dos Santos. A Corte Interamericana de Direitos Humanos como guia interpretativo: superando o modelo impositivo do controle de convencionalidade para o resgate do modelo dialógico. In.: LOPES, Ana Maria D’ávila; PAREDES, Felipe Paredes; LAZARTE, Renata Bregaglio. *Tendências Jurisprudenciais da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 19.

derechos humanos desde su específica identidad cultural y jurídica”⁶⁰⁶. E nisto revela-se de suma importância a atuação muitas vezes contra-majoritária do Poder Judiciário na garantia de direitos.

A Corte Europeia de Direitos Humanos, como já se teve oportunidade de mencionar, foi a precursora na tentativa de achar um ponto de equilíbrio entre as diversidades jurídicas e realidades sociais dos países europeus, pois, onde não há formado o consenso entre eles, a margem de apreciação exerceu este papel limitador. A Corte Interamericana, por sua vez, ainda está a alguns passos deste desenvolvimento testemunhado no órgão europeu. Conforme Benavides Casals, “la realidad es que atendida quizás la escasa jurisprudencia de la CIADH, ésta no há tenido oportunidad de desarrollar en profundidad la teoría del margen de apreciación y tampoco un acabado concepto de consenso interamericano”⁶⁰⁷.

Esta realidade é outro ponto a ensinar a participação dos juízes nacionais neste processo para a efetivação dos Direitos Humanos no ambiente americano, seja a qual grau de jurisdição pertençam, pois, com isto, podem colaborar para a harmonia interna e externa, notadamente, neste último caso, pelo consenso que pacifica toda uma região, criando um ambiente mais justo, harmônico e protetivo a partir de decisões internas. Até porque, como alertam Lopes e Santos Junior, “o cenário de entrecruzamento de várias ordens jurídicas, principalmente em torno de problemas comuns, como os representados pelos direitos humanos, exige uma aproximação entre seus atores para oferecer respostas coerentes e harmônicas para tais dificuldades partilhadas”⁶⁰⁸. Portanto, a busca de consensos regionais também é missão dada ao magistrado brasileiro.

A harmonia entre os países integrantes do Sistema Americano de Direitos Humanos, portanto, também passa a ser uma responsabilidade dos juízes nacionais, com a observância das normas decorrentes dos tratados e convenções de Direitos Humanos e das manifestações da

⁶⁰⁶ BENAVIDES CASALS, María Angélica. El consenso y el margen de apreciación em la protección de los derechos humanos. *Ius et Praxis*. Talca, v. 15, n. 1. 2009. p. 299. Disponível em: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122009000100009#:~:text=La%20idea%20central%20es%20que,los%20tratados%20sobre%20derechos%20h%20umanos. Acesso em: 16 jan. 2022.

⁶⁰⁷ BENAVIDES CASALS, María Angélica. El consenso y el margen de apreciación em la protección de los derechos humanos. *Ius et Praxis*. Talca, v. 15, n. 1. 2009. p. 309. Disponível em: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122009000100009#:~:text=La%20idea%20central%20es%20que,los%20tratados%20sobre%20derechos%20h%20umanos. Acesso em: 16 jan. 2022.

⁶⁰⁸ LOPES, Ana Maria D’ávila; SANTOS JUNIOR, Luís Haroldo Pereira dos Santos. A Corte Interamericana de Direitos Humanos como guia interpretativo: superando o modelo impositivo do controle de convencionalidade para o resgate do modelo dialógico. In.: LOPES, Ana Maria D’ávila; PAREDES, Felipe Paredes; LAZARTE, Renata Bregaglio. *Tendências Jurisprudenciais da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 15.

Corte IDH, mas sempre com a ponderação das realidades internas e imbuídos do espírito colaborativo regional em busca do consenso que venha a formar um *ius commune* americano nesta temática. E se deve ter ciência de que, assim como acontece na ordem interna, este desenvolvimento é paulatino e não forçado, pois só assim será cumprido e respeitado pelos países, criando um desenvolvimento harmônico e uniforme para todos. Como refere, neste campo, Benavides Casals, apontando a experiência europeia:

La teoría del margen de apreciación nos indica en definitiva que allí donde no existe um mínimo común europeo para entender de una determinada manera el contenido de un derecho, se abre para el estado un margen de acción que le permite fijar de acuerdo a circunstancias jurídicas, sociales y culturales el contenido y alcance de ciertos derechos, a la espera por parte del TEDH de poder encontrar elementos nuevos que le permitan establecer contenidos que se integrarán al orden público europeo y serán por tanto aplicables a todos los estados miembros del Consejo de Europa por igual⁶⁰⁹.

Sem adentrar no debate entre as teorias do relativismo ou do universalismo cultural em termos de Direitos Humanos, pois não se justifica neste ponto, é necessário se ter em mente o que refere Piovesan:

Na medida em que todas as culturas possuem concepções distintas de dignidade humana, mas são incompletas, haver-se-ia que aumentar a consciência dessas incompletudes culturais mútuas, como pressuposto para um diálogo intercultural. A construção de uma concepção multicultural dos direitos humanos decorreria desse diálogo intercultural⁶¹⁰.

Ou seja, a participação dos sistemas de justiça nacionais possui papel de extrema importância neste diálogo intercultural, pois com a atuação dos magistrados nacionais de forma colaborativa na busca da harmonia normativa regional acaba-se por desenvolver valores a serem consensuados na região com vista ao progressivo desenvolvimento dos Direitos Humanos.

Mais uma vez é necessário realçar, portanto, a importância dos juízes nacionais americanos nesse processo, pois devem tomar as normas da CADH e decisões da Corte IDH como parâmetros mínimos para aplicação, em casos concretos, dos direitos e liberdades conferidos pelo Sistema Americanos de Direitos Humanos, dentro da obrigação que assumem

⁶⁰⁹ BENAVIDES CASALS, María Angélica. El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos. *Ius et Praxis*. Talca, v. 15, n. 1. 2009. p. 301. Disponível em: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122009000100009#:~:text=La%20idea%20central%20es%20que,los%20tratados%20sobre%20derechos%20humanos. Acesso em: 16 jan. 2022.

⁶¹⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 18.

juntamente com o Estado do qual sejam provenientes, os quais assumem o compromisso de cumprir o que acordaram de boa-fé e soberanamente na comunidade internacional.

E para tanto, não se deve olvidar do alto grau de proximidade dos juízes nacionais com os problemas locais, o que é fundamental para a melhor compreensão e reparação de infrações aos Direitos Humanos no país. E como primeiro responsável em fazer com que os direitos fundamentais sejam respeitados, devem valerem-se de todo o arcabouço jurídico proveniente do Direito Internacional dos Direitos Humanos e das interpretações a ele dadas pelas cortes internacionais criadas para esta finalidade.

Isto sem nunca perder a consciência de sua colaboração externa, quando agem como se juízes internacionais fossem, para a construção de consensos interamericanos. Além disso, a atuação comprometida do juiz nacional com o direito nacional e o direito internacional pode ser responsável por afastar consensos externos que acabem por retirar ou dificultar direitos protetivos, pois poderá demonstrar que, dentro da realidade local, uma decisão diferente se justifica e se impõe. Com apontam Lopes e Santos Junior,

Mesmo reconhecendo a inexistência de direitos absolutos, deve-se proceder com cautela quando da mitigação de bens jurídicos – preocupação latente, dado que uma das razões para a limitação de aplicabilidade de certas normas é a preservação de outros bens considerados socialmente mais importantes. Não se desconhece a existência de uma pluralidade de ordens jurídicas nacionais com seus valores e expressões culturais próprias; entretanto, a pluralidade não deve servir como justificativa para a denegação de direitos, principalmente quando estão em jogo os direitos das minorias. A universalidade destas normas é uma garantia contra retrocessos estatais, figurando como salvaguarda em caso de negligência estatal⁶¹¹.

E não é demais, mais uma vez, relembrar o caráter complementar e subsidiário desta relação entre direito internacional e direito nacional, mas que devem ser harmonizados sempre em favor do ser humano.

Nesta importante tarefa, no entanto, todo magistrado deve agir com critérios e métodos pré-estabelecidos, pois não pode simplesmente utilizar-se de precedente internacional que melhor servir para a simples finalidade de reforço teórico da sua decisão,

Sem que exista um esforço de argumentação para demonstrar a semelhança entre os fatos e as situações jurídicas existentes em cada um dos casos, nem de quaisquer outros critérios que possam demonstrar de que forma o

⁶¹¹ LOPES, Ana Maria D'ávila; SANTOS JUNIOR, Luis Haroldo Pereira dos. Controle de Convencionalidade e Margem de Apreciação Nacional: (in)compatibilidade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *RDU*, v. 14, n. 81, p. 44, 2018.

precedente internacional contribui para a solução do caso *sub judice*⁶¹².

Deste diálogo que deve existir entre os organismos nacionais e internacionais o que se espera é a utilização racional das normas e decisões advindas do Sistema Americano de Direitos Humanos pelo magistrado nacional, retirando da *ratio decidendi* internacional fundamentos, na comparação exaustiva dos fatos trazidos ao processo, para o seu afastamento ou superação com o intuito de trazer uma maior proteção ao ser humano e colaborando para o desenvolvimento dos direitos de proteção. Ao realizar este mister, estará o juiz nacional colaborando para o desenvolvimento de novos consensos internacionais em prol do direito das gentes. Ou seja, o juiz nacional deve conhecer criticamente a jurisprudência da Corte IDH,

Indo além da mera citação irrefletida de atos normativos (...) estrangeiros ou supranacionais, sem levar em conta que o seu conteúdo se encontra diretamente ligado às realidades sociais, econômicas, religiosas, políticas e jurídicas do local em que foram criados, o que exige uma compreensão mais aprofundada do seu significado, sob pena de realizar-se uma espécie de *bricolagem jurídica*⁶¹³.

Esta postura do juiz nacional para além de fortalecer o sistema de proteção dos Direitos Humanos regional, com a definitiva colaboração para a sedimentação de consensos regionais espelhados nas realidades locais, ainda colabora para o célere e eficaz desenvolvimento do trabalho da Corte IDH, pois impede que ela tenha que repetir decisões em outros casos semelhantes, os quais podem ser resolvidos internamente, pelos sistemas jurídicos nacionais, o que também deixa de expor o país a condenações internacionais. Ou seja, “por esta razão adquire relevância o papel exercido pelo juiz nacional, que começa por uma tarefa básica para a aplicação dos padrões de Direitos Humanos, que é conhecer criticamente as decisões da Corte”⁶¹⁴.

Diante de sua limitação física, deve ficar a cargo da Corte IDH somente aquilo que ainda não fora por ela interpretado ou julgado, diante de seu caráter subsidiário na proteção dos Direitos Humanos, o qual é dever primeiro dos magistrados nacionais.

⁶¹² SCHÄFER, Gilberto; RIOS, Roger Raupp; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; GOMES, Jesus Tupã Silveira. Diálogo entre o Supremo Tribunal Federal brasileiro e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma realidade nos dias atuais? *Revista da Ajuris*, v. 44, n. 143, p. 214, 2017.

⁶¹³ SCHÄFER, Gilberto; GOMES, Jesus Tupã Silveira. Controle de Convencionalidade: reflexões para uma praxes brasileira. In. *O Conteúdo jurídico dos Direitos Humanos: Direitos civis e políticos nos instrumentos internacionais*. Fernanda Frizzo Bragato (editora). Brasília, 2022. p. 84.

⁶¹⁴ SCHÄFER, Gilberto; GOMES, Jesus Tupã Silveira. Controle de Convencionalidade: reflexões para uma praxes brasileira. In. *O Conteúdo jurídico dos Direitos Humanos: Direitos civis e políticos nos instrumentos internacionais*. Brasília: Fernanda Frizzo Bragato (editora), 2022. p. 84.

Neste campo, portanto, uma grande tarefa se apresenta aos juízes brasileiros, pois agora também passam a ser juízes interamericanos, responsáveis pela produção de uma jurisprudência transformadora em matéria de Direitos Humanos, colaborando decisivamente para a paz social regional com a construção de consensos mínimos que formam o *ius commune* americano.

Diante disso, os juízes brasileiros, como se imagina estar defendendo de forma inédita, precisam ter a consciência de que seu papel não é apenas de garantidor de direitos no território do Estado brasileiro. Seu papel atual vai muito além, pois, por suas decisões internas, quando proferidas no controle de convencionalidade, especialmente, passa a construir consensos que efetivam garantias e liberdades regionais dentro do Sistema Americano de Direitos Humanos. Colaboram, portanto, definitivamente para a evolução da proteção da pessoa humana não apenas no Brasil, mas em todo o continente americano. Tem eles, portanto, o papel de fazer com que a relação entre o direito internacional e nacional se harmonize em prol da dignidade da pessoa humana, com uma integração coerente entre eles e em vista de uma interpretação evolutiva das normas afetas aos direitos humanos.

4.7.2 A interpretação evolutiva dos direitos humanos pelo juiz brasileiro

Como visto, a busca pela coerência entre o direito nacional e internacional deve ser uma meta perene dos juízes nacionais. E esta coerência, para ser verdadeiramente alcançada, deve ter sempre em conta a interpretação evolutiva dos Direitos Humanos.

A necessidade de se realizar uma interpretação evolutiva dos Direitos Humanos tem sido objeto de atenção da Corte IDH há pelo menos três décadas. Este tema já fora enfrentado pela Corte quando, em resposta à Opinião Consultiva nº 16, de 1 de outubro de 1999, fora dito:

Esta orientación adquiere particular relevancia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que ha avanzado mucho mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados consagradas en la Convención de Viena de 1969. (...) los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales⁶¹⁵.

A atuação do órgão máximo do Sistema Americano de Direitos Humanos, portanto, aponta para a necessidade de ser feita uma interpretação das normas relativas ao tema de forma

⁶¹⁵ CORTE IDH Opinião Consultiva OC-16/99. § 114. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/opiniones_consultivas.cfm. Acesso em: 11 fev. 2024.

criativa e dinâmica, tendo por fundamento o art. 29, b, da CADH, que estabelece que nenhuma disposição da Convenção pode ser interpretada no sentido de: “limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados”.

Pela interpretação feita pela Corte IDH pode-se constatar que o conteúdo e o alcance das normas decorrentes da CADH aumentaram consideravelmente, criando novos direitos, ou como defende Burgorgue-Lasen, “podríamos hablar de una ‘revelación’ de derechos que estarían consagrados implícitamente en el texto convencional y que la Corte simplemente ‘desvela’ publicamente”⁶¹⁶.

Ademais disso, como refere Magalhães:

A convenção americana, imbuída de seu ideal integracionista e de uma visão naturalista de Direitos Humanos, deve ser interpretada como um acordo internacional que serve à finalidade de criar padrões de direitos decorrentes de inúmeras fontes, internacionais, regionais ou nacionais para melhor proteger as pessoas⁶¹⁷.

Esta abertura para que os tratados tenham uma interpretação evolutiva, conectados com as realidades políticas e sociais da atualidade em que são provocadas, reforça a necessidade de diálogo entre as normas nacionais e internacionais, sempre em favor do indivíduo, buscando a norma que mais o favoreça ou que menos lhe restrinja direitos. E, como refere Magalhães, “a lógica, nessas hipóteses, não é criar um direito não expresso na CADH ou alterar um padrão fixado previamente pela Corte IDH ou tradicionalmente assegurado pelos Estados, mas lançar mão de diversas fontes para detalhar prescrições abstratas do tratado”⁶¹⁸. E nisto, também se abre campo para que o magistrado nacional, com base na reserva que lhe deve ser dada para demonstrar as particularidades nacionais, sejam elas sociais, culturais ou econômicas, possa contribuir para a evolução dos Direitos Humanos, com a sua interpretação emitida.

Diante disso, por meio da interpretação evolutiva a ser realizada também pelos magistrados brasileiros é possível que se faça uma extensão dos Direitos Humanos em todo o continente americano, contribuindo para o seu aprimoramento. Ademais, como alerta Burgorge-Larsen, “la interpretación evolutiva es una manera de mantenerse al día con las

⁶¹⁶ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. El Contexto, Las Técnicas y Las Consecuencias de la Interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, v. 12, n.º 01, 2014. p. 125.

⁶¹⁷ MAGALHÃES, Breno Baía. A interpretação evolutiva dos Direitos Humanos: uma revisão documental do período de 1988 a 2018. *Revista de Direito Internacional*. Brasília. v. 17, n. 3. 2020. p. 587.

⁶¹⁸ MAGALHÃES, Breno Baía. A interpretação evolutiva dos Direitos Humanos: uma revisão documental do período de 1988 a 2018. *Revista de Direito Internacional*, v. 17, n. 3, p. 585, 2020.

tendencias convergentes a escala internacional. Se trata, de alguna manera, de mantener viva la universalidad de los derechos”⁶¹⁹.

Por meio de uma atuação jurisdiccional com vista a uma interpretação evolutiva, o magistrado pode decidir de forma criativa e contributiva para o desenvolvimento regional nos Direitos Humanos. Até porque, “identificar el alcance de un derecho es la otra faceta de la interpretación evolutiva y se caracteriza por la toma en consideración de ciertos contextos específicos del continente latinoamericano”⁶²⁰.

O ex-juiz brasileiro da Corte IDH, Cançado Trindades, já em 1998 sentenciara:

Urge que el derecho de los tratados se reconsidere a sí mismo, para acompañar y regir, con la precisión que le es propia, esta evolución, de modo a atender a las nuevas necesidades de salvaguardia - en cualesquiera circunstancias - del ser humano, titular último de los derechos de protección. Hay que desmitificar la presentación, frecuente e indebida, de ciertos postulados como verdades eternas e inmutables, cuando son, más bien, producto de su tiempo, o sea, soluciones jurídicas encontradas en determinada etapa de la evolución del derecho, conforme a las ideas prevalecientes en la época⁶²¹.

Portanto, assim como a jurisprudência da Corte IDH é reconhecidamente evolutiva, a atuação do juiz nacional também deve pautar-se pela interpretação evolutiva de todo o arcabouço jurídico disponível em matéria de Direitos Humanos. E para tanto, diante de seu caráter integrativo e universalista, pode nutrir-se de todas as fontes normativas que estejam a sua disposição, desde as normas convencionais até as normas constitucionais.

Até porque, como refere Burgorgue-Larsen é bem possível que “algunos Estados utilicen como parte de su política jurídica exterior las disidencias de los jueces, sobre todo cuando critican posiciones marcadas por el progresismo evolutivo de la Corte, para continuar debilitando las garantías regionales”⁶²². Para que isto não ocorra, a atuação do magistrado é de fundamental importância, quando prestem sua jurisdição de forma comprometida com a defesa dos Direitos Humanos. Devem os juízes nacionais atuar como ponte para que o sistema jurídico nacional entre em coerência com o sistema jurídico internacional, e vice-versa, de maneira de que a evolução interpretativa seja sentida não apenas internamente, mas para além-fronteiras,

⁶¹⁹ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. El Contexto, Las Técnicas y Las Consecuencias de la Interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, v. 12, n. 1, p. 131, 2014.

⁶²⁰ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. El Contexto, Las Técnicas y Las Consecuencias de la Interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, v. 12, n. 1, p. 123, 2014.

⁶²¹ Voto Razonado del Juez A. A. Cançado Trindade. Corte IDH. Caso Blake Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C, n.º 36. § 29.

⁶²² BURGORGUE-LARSEN, Laurence. El Contexto, Las Técnicas y Las Consecuencias de la Interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, v. 12, n. 1, p. 138, 2014.

contaminando todo o sistema regional.

4.8 Conclusão Parcial

A partir da evolução histórica da soberania e da passagem do constitucionalismo para um transconstitucionalismo, assuntos tratados nos capítulos I e II, assim como pela identificação dos bloqueios brasileiros ao controle de convencionalidade, em dissonância com a nova ordem mundial, firmada em diálogos transversais como forma de ampliação de direitos, com visto no capítulo III, buscou-se demonstrar, neste capítulo IV, que aos magistrados brasileiros foi conferida a tarefa de construtores de consensos dentro do Sistema Americano de Direitos Humanos. E, para tanto, devem buscar dialogar com os demais juízes de países da região, bem como com a Corte IDH, fazendo uma leitura das normas internas de acordo com a convencionalidade. Até porque, “a temática comum dos direitos humanos viabiliza tais diálogos, na medida em que uma nova cultura jurídica de proteção aos mesmos vem se consolidando em nível internacional, estabelecendo um padrão comunicativo mínimo que propicia essa interação”⁶²³, como referem Lopes e Santos Junior.

Como se verificou, o Sistema Americano de Direitos Humanos, assim como todos os acordos regionais firmados por países, é embasado em consensos, neste caso, na matéria referente aos Direitos Humanos. Da atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos desenvolveu-se o instituto do controle de convencionalidade, instrumento criado para propiciar um ambiente a formatar um *ius commune* americano. O qual tem por traço característico a superação do horizonte estritamente estatal: ele interrelaciona o direito constitucional e o direito internacional público e atribui às instituições internacionais uma grande medida de autonomia⁶²⁴.

Nesta tarefa, a própria Corte IDH fez questão de demonstrar o seu caráter subsidiário e chamou a atenção para o papel dos juízes e das cortes nacionais, primeiros responsáveis pela garantia interna dos direitos decorrentes da dignidade da pessoa humana, pois “enquanto ‘juízes naturais’ do *corpus juris* interamericano, serão responsáveis pela aplicação do controle de

⁶²³ LOPES, Ana Maria D’ávila; SANTOS JUNIOR, Luís Haroldo Pereira dos Santos. A Corte Interamericana de Direitos Humanos como guia interpretativo: superando o modelo impositivo do controle de convencionalidade para o resgate do modelo dialógico. In.: LOPES, Ana Maria D’ávila; PAREDES, Felipe Paredes; LAZARTE, Renata Bregaglio. *Tendências Jurisprudenciais da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 16.

⁶²⁴ BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale commune* na América Latina. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. In.: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (coords.). *Ius Constitutionale commune na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2016. v. 1. p. 30.

convencionalidade e pela ampliação da base argumentativa da própria Corte IDH, devendo fazer uso de uma interpretação evolutiva, dinâmica e finalística"⁶²⁵.

Embora se acuse a Corte IDH de agir de forma autoritária, pois em suas manifestações sempre reforça a necessidade de vinculação dos Estados às suas decisões, a observância a elas é uma nova obrigação da magistratura nacional. Ou seja, não há como se deixar de considerar os pronunciamentos da Corte IDH como balizas da interpretação da CADH, embora se possa afirmar que “a observância dessa interpretação não é estanque, pois é possível seu desenvolvimento interno, considerando a função teleológica de melhor proteção”⁶²⁶.

A partir disso é preciso se perceber que o contato entre os sistemas nacional e internacional de direitos humanos gera um parâmetro superior de controle de constitucionalidade ou convencionalidade, no qual não mais uma constituição nacional poderia permanecer sendo vista com supremacia, mas sim devem os sistemas de justiça internos, por seus juízes, atentar para este novo conceito de transconstitucionalismo.

Diante disto, mais uma vez o crucial papel do juiz nacional se revela, pois, na sua atribuição de solucionar conflitos internos, também precisa agir com vistas a criar um ambiente favorável à harmonização regional em matéria de Direitos Humanos. E, para tanto, deve valer-se da interpretação conforme a Convenção Americana de Direitos Humanos, com a necessária ponderação das normas externas e dos precedentes gerados pela Corte IDH. Até porque, como refere Duque, “os direitos fundamentais têm que ser atualizados periodicamente, a fim de que correspondam aos valores dominantes na sociedade, porém, sempre dentro do marco de respeito à dignidade humana”⁶²⁷.

Em que pese o princípio da margem de apreciação nacional ainda seja pouco explorado no Sistema Americano de Direitos Humanos, a sua própria Corte passa a ter um olhar mais cuidadoso para ele com fins a legitimar-se.

Neste cenário, o juiz brasileiro pode encontrar campo fértil para que possa trabalhar a inclusão de todos os indivíduos em todas as áreas que os atinjam, sejam elas econômicas, políticas ou sociais, gerando uma “paridade participativa”, dentro de uma democracia participativa e num ambiente que historicamente tem na desigualdade uma de suas grandes

⁶²⁵ LIMA, Luís Carlos Santos. Controle de Convencionalidade e transnacionalidade: limites e potencialidades na relação entre Supremo Tribunal Federal e Corte Interamericana de Direitos Humanos. In.: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (coords.). *Controle de Convencionalidade: temas aprofundados*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 242.

⁶²⁶ CABACINHA, Paulo Máximo de Castro. *O Poder Judiciário nacional e a Corte Interamericana de direitos humanos diálogo ou indiferença?* Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020. p. 54.

⁶²⁷ DUQUE, Marcelo Schenk. A interpretação constitucional: uma reflexão a partir do direito constitucional alemão. In.: GOTTSCHESKY, Hella Isis (org.). *Democracia e Constituição: estudos em homenagem ao ministro José Neri da Silveira*. Porto Alegre: Dom Quixote, 2012. p. 267.

características, como é o caso do continente americano. Até porque, “la garantía de igual autonomía pública, ésta como la igualdad de posibilidades en el acceso a las instancias de toma de decisiones políticas, es probablemente la pretensión más fundamental y a la vez la más audaz que pueda elevar un Estado de derecho”⁶²⁸.

Com isto, através de uma jurisprudência transformadora, deve o juiz brasileiro colaborar com a formação de consensos mínimos mais evoluídos em matéria de Direitos Humanos, os quais irão ensejar a evolução regional, na busca da criação de um *ius commune* americano focado na ampla defesa do ser humano e na cooperação entre os Estados. E o faz com a realização do controle de convencionalidade interno, embora sempre podendo ponderar as peculiaridades internas, mas tendo por finalidade a evolução dos Direitos Humanos no país e na região americana.

Numa sociedade pós-moderna, não há mais espaço para o *estatocentrismo*, que leva a um constitucionalismo nacional, contrariando a tendência mundial⁶²⁹. Até porque, a própria ordem jurídica interna é impactada por esta nova ordem, sendo que é necessário se ter ciência de que o que nela está estabelecido, inclusive na Constituição, “sempre dependerá do contínuo reconhecimento da população como legítima”⁶³⁰. E este cuidado é papel do magistrado nacional.

⁶²⁸ CLÉRICO, Laura; ALDAO, Martín. Sobre la igualdad como pilar del derecho constitucional latino-americano. In.: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.) *Ius Constitutionale en América Latina*. Instituto de Estudio Constitucionales del Estado de Querétaro. México, 2017. p. 255.

⁶²⁹ LOPES, Ana Maria D’ávila; SANTOS JUNIOR, Luís Haroldo Pereira dos Santos. A Corte Interamericana de Direitos Humanos como guia interpretativo: superando o modelo impositivo do controle de convencionalidade para o resgate do modelo dialógico. In.: LOPES, Ana Maria D’ávila; PAREDES, Felipe Paredes; LAZARTE, Renata Bregaglio. *Tendências Jurisprudenciais da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 16.

⁶³⁰ CABACINHA, Paulo Máximo de Castro. *O Poder Judiciário nacional e a Corte Interamericana de direitos humanos diálogo ou indiferença?* Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020. p. 35

CONCLUSÃO

Este trabalho pretendeu demonstrar, de forma inédita, que aos magistrados brasileiros, independentemente do grau de exercício de sua jurisdição, foi dada a tarefa de construtores de dos direitos humanos dentro do país e do Sistema Americano de Direitos Humanos, devendo buscarem a coerência entre as normas internacionais e nacionais, contribuindo, com isto, decisivamente para a evolução dos direitos humanos na região, por meio de um ambiente dialógico entre eles e o Sistema Americano de Direitos Humanos, especialmente com a Corte IDH, propiciando a máxima eficácia e efetividade às referidas normas. Teve-se como norte a dignidade da pessoa humana e a evolução da sua rede de proteção regional.

A pergunta investigativa foi:

Possuem os juízes brasileiros a obrigação de atuar na busca da coerência entre os sistemas internacional e nacional, realizando uma interpretação evolutiva, por meio de um ambiente dialógico entre eles e o Sistema Americano de Direitos Humanos, para o desenvolvimento da rede de proteção e dos direitos humanos no plano nacional e regional?

Para respondê-la, o estudo foi dividido em quatro capítulos.

No capítulo I, foi visto que a soberania como pensada, absoluta, passou a ser um fator a dificultar a busca pela paz mundial na medida em que se verificou que a guerra, como única forma de solução de conflitos, levou a humanidade a eventos traumáticos que culminaram com os dois grandes confrontos armados mundiais do século XX. Além disso, ao indivíduo, internamente, surgiu a necessidade de criação de mecanismos de proteção contra o próprio Estado, pelo que se formou um constitucionalismo garantidor dos Direitos Humanos. Paralelamente a isto, nasceram os sistemas internacionais e regionais de defesa do ser humano, os quais editaram normas e criaram cortes encarregadas de verificar a conduta estatal no respeito aos consensos criados nesta temática. Nas Américas, a Corte IDH, por ser o órgão que vincula a todos os países americanos que aderiram à sua jurisdição, como é o caso do Brasil, passou a lançar precedentes e a afirmar a obrigatoriedade de que todos os juízes nacionais fossem os primeiros garantidores dos Direitos Humanos, impondo a eles a realização de um controle de convencionalidade interno, sob pena de os Estados, aos quais façam parte, passassem a ser condenados internacionalmente, uma vez que todos devem ser cooperativos na construção de um *ius commune* americano em matéria de Direitos Humanos.

Constatou-se, no capítulo II, que o constitucionalismo, a partir das novas exigências da época e da necessidade de o Estado passar a ser cooperativo, também demandou evolução, pois

transmutou-se para o que se denominou de transconstitucionalismo transformador, o qual somente é capaz de efetivar-se a partir da existência de diálogo entre cortes internacionais e as cortes e juízes nacionais. Se exige, portanto, que o diálogo seja feito em mão dupla, tanto no respeito e consideração pelos sistemas nacionais das normas e decisões decorrentes do Sistema Americano de Direitos Humanos, quanto no respeito e consideração das normas e decisões proferidas internamente pelos sistemas de justiça dos Estados pela Corte IDH. A iniciativa tem que partir das cortes nacionais e internacionais. Este fenômeno decorre da expansão do Sistema Americano de Direitos Humanos e a sua interrelação com os sistemas internos, ensejando uma necessária redefinição de papéis das cortes e juízes nacionais num processo crescente de globalização e de transnacionalização do direito⁶³¹. Isto visto, teve-se que esses diálogos ainda não são uma realidade na maioria dos países do Continente americano, como é o caso do Brasil.

No capítulo III, verificou-se que a assimilação pelo Estado brasileiro desta nova realidade regional advinda do Sistema Americano de Direitos Humanos, o qual, pela atuação de sua corte, impôs aos juízes nacionais a incumbência de realizar o controle de convencionalidade interno, não foi imediata. Uma série de bloqueios foi realizada, como a emenda constitucional nº 45/2004, a qual impõe maiores restrições para que os acordos internacionais de Direitos Humanos façam parte do bloco de constitucionalidade brasileiro. Bloqueios que também ocorreram pela atuação do sistema de justiça brasileiro, o qual, pelo STF, declarou que os acordos internacionais de direitos humanos internalizados pelo Brasil, sem o quórum qualificado do §3º do art. 5º da Constituição Federal, possuem hierarquia supralegal. Sem falar na pouca adesão dos juízes brasileiros ao controle de convencionalidade, como demonstrado na pesquisa do CNJ: *Comportamento judicial em relação a Convenção Americana sobre Direitos Humanos: uma análise empírica do Poder Judiciário brasileiro*. Brasília: CNJ, 2023.

No entanto, já é possível se constatar que diálogos entre estas fontes em seus âmbitos nacional e internacional passaram a existir, propiciando uma ampliação dos direitos fundamentais constitucionais pelo direito internacional. Movimento que sugere um início de desbloqueio interno no Brasil, o que também vem sendo propiciado pela capacitação de seus magistrados pelas normativas da ENFAM, bem como pela exigência do tema nas provas de concursos públicos à carreira da magistratura, como ocorreu em exame nacional da magistratura, introduzido pelo Conselho Nacional de Justiça.

⁶³¹ DIAS, Roberto; MOHALLEM, Michael Freitas. O diálogo jurisdicional sobre direitos humanos e a ascensão da rede global de Cortes Constitucionais. In.: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (coords.). *Ius Constitutionale commune na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2016. v. 3. p. 255.

No capítulo IV, foram apurados os métodos postos à disposição dos juízes nacionais e os limites impostos pela necessidade de que exista uma margem para a apreciação das peculiaridades locais, o que vem a fortalecer até mesmo a atuação da própria corte externa. Há de se ter consciência do papel influenciador que compõem tanto os precedentes internacionais, quanto os nacionais, pois devem se retroalimentar. O continente americano, e muito especialmente o Brasil, é palco de inúmeras desigualdades sociais, culturais e econômicas em que uma boa parcela da população ainda está excluída destes preceitos mínimos decorrentes da sua condição humana. Neste campo é que se buscou trazer, nesta parte do trabalho, que a atuação do magistrado nacional é capaz de construir consensos de inclusão a gerar precedentes transformadores para toda a região americana, colaborando decisivamente para a construção de um *ius commune* americano. Atuação sedimentada na diminuição das desigualdades que assolam o continente e que aproxime as pessoas em direitos e garantias fundantes de suas próprias existências como seres humanos e em razão de sua dignidade.

No que se refere à metodologia do presente trabalho, em seu método de abordagem, foi utilizado, principalmente, o método hipotético-dedutivo, partindo-se de proposições gerais sobre alguns fenômenos, como a soberania, constitucionalismo, transconstitucionalismo e o Sistema Americano de Direitos Humanos, para, ao final, especificar-se uma resposta ao problema de pesquisa, na tentativa de confirmá-lo. Os métodos de procedimento foram o monográfico e o histórico. Como técnica de pesquisa, valeu-se de pesquisa bibliográfica, análise de normas jurídicas nacionais e internacionais, decisões, resoluções e documentação pertinentes ao tema relacionado.

O presente trabalho também foi motivado por pesquisa jurisprudencial realizada pelo CNJ em todos os Tribunais de Justiça brasileiros, a qual apontou que num universo de 24.683.034 de acórdãos proferidos entre os anos de 2009 e 2021, apenas 4.294 foram encontrados tendo por tema a aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos, das decisões da Corte IDH ou do controle de convencionalidade. Portanto, em apenas 0,01% dos casos julgados pelo 2º grau do Poder Judiciário dos Estados brasileiros o tema foi enfrentado pelos tribunais⁶³².

Diante disso, buscou-se trazer ao trabalho essa nova e importante missão dada aos juízes brasileiros, que é o papel de construtor de direitos humanos regionais a propiciar um ambiente dialógico para o desenvolvimento dos Direitos Humanos nas Américas, independentemente do grau de exercício de sua jurisdição. Ou seja, é tarefa dos juízes brasileiros realizarem a

⁶³² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Comportamento judicial em relação a Convenção Americana sobre Direitos Humanos: uma análise empírica do Poder Judiciário brasileiro*. Brasília: CNJ, 2023. p. 292.

integração entre o direito interno e o direito internacional dos Direitos Humanos, na busca de sua evolução na região do Sistema Americano de Direitos Humanos, por meio de um processo dialógico, especialmente com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, propiciando a máxima eficácia e efetividade às normas de direitos fundamentais. Isto por determinação dos incisos II e IX do art. 4º da Constituição Federal brasileira, os quais estabelecem que o Brasil, em suas relações internacionais, rege-se pelos princípios da “prevalência dos direitos humanos” e da “cooperação entre os povos para o progresso da humanidade”, pela abertura material dada pelo §2º do seu art. 5º aos documentos internacionais de Direitos Humanos internalizados pelo país, bem como por comando do art. 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Assim, concluiu-se que tendo o Brasil aderido ao Sistema Americano de Direitos Humanos, seus juízes internos passam a ser responsáveis pela construção de consensos regionais a propiciar um ambiente de inclusão e respeito à dignidade da pessoa humana, também servindo para a busca de um *ius commune* americano nesta temática, pelo que confirma-se a hipótese de que todos os **juízes brasileiros possuem a obrigação de atuar na busca da coerência entre os sistemas internacional e nacional, realizando uma interpretação evolutiva, por meio de um ambiente dialógico com o Sistema Americano de Direitos Humanos, para o desenvolvimento de sua rede de proteção e dos direitos humanos regionais.**

A originalidade desta abordagem decorreu do fato de que o papel do magistrado brasileiro sempre foi investigado da visão do Sistema Americano de Direitos Humanos para dentro, sob o ângulo da necessidade de o juiz fazer uso das normas convencionadas e respeitar as decisões lançadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. O que aqui se propôs foi um olhar também de dentro para fora, ou seja, o papel do magistrado na construção de direitos humanos que irradiem para toda a região, realizando ele um diálogo propositivo com o Sistema Americano de Direitos Humanos, especialmente com sua corte, contribuindo decisivamente para a progressiva garantia dos Direitos Humanos no continente americano e colaborando para a harmonização jurídica e para o integral respeito à dignidade da pessoa humana na região.

Em razão disso, por fim, também é preciso se ter consciência da necessidade de se trabalhar para que assim como as decisões de juízes interamericanos venham a influenciar internamente os sistemas jurídicos internos dos países do acordo, as decisões dos juízes nacionais também tenham o mesmo efeito na Corte IDH, o que somente ocorrerá com uma atuação firme e comprometida dos juízes brasileiros. É necessário que os juízes brasileiros tenham a plena consciência de que também são juízes interamericanos e de que possuem compromissos com a evolução dos Direitos Humanos no Brasil e no continente americano,

objetivo este que, acredita-se, possa o presente trabalho ter colaborado, tanto no campo acadêmico, quanto numa futura mudança de cultura jurídica dos tribunais e das cortes superiores brasileiras.

REFERÊNCIAS

- ACCIOLY, Elizabeth. **Mercosul e União Europeia: estrutura jurídico-institucional**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2010.
- AGUIAR FILHO, Valfredo de Andrade; LIZIERO, Leonam; DEL MASSO, Fabiano Dolenc. Diálogo entre Cortes e precedentes no processo civil brasileiro: integração da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em Tribunais Superiores e Subnacionais. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 22, n. 2, 2022.
- ALVARADO, Paola Andrea Acosta. **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**. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2015.
- BAGGIO, Roberta Camineiro. Tensionamentos sociais e justiça de transição: contribuições ao constitucionalismo latino-americano. In: TOSI, Giuseppe; FERREIRA, Lúcia de Fátima Guerra; TORELLY, Marcelo D.; ABRÃO, Paulo (orgs.). **Justiça de transição. Direito à justiça, à memória e à verdade**. João Pessoa: UFPB, 2014.
- BAGGIO, Roberta Camineiro; BERNI, Paulo Eduardo. Contribuições da sociologia histórica ao Constitucionalismo Latino-Americano. In: CUNHA, José Ricardo (org.). **Teorias críticas ao direito**. v. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- BARNABÉ, Gabriel Ribeiro. Hugo Grotius e as relações internacionais: entre o direito e a guerra. **Cadernos de Ética e Filosofia Política**, São Paulo, v. 2, n. 15, p. 30-31, 2009. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/cefp/article/view/82606>. Acesso em: 04 nov. 2022.
- BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 369 p.
- BENAVIDES CASALS, María Angélica. El consenso y el margen de apreciación em la protección de los derechos humanos. **Ius et Praxis**, Talca, v. 15, n. 1, p. 297, 2009. Disponível em: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122009000100009#:~:text=La%20idea%20central%20es%20que,los%20tratados%20sobre%20derechos%20humanos.. Acesso em: 16 jan. 2022.
- BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima. A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 115, 2018.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 6. reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- BOGDANDY, Armin Von. Ius Constitutionale Commune na América Latina. Uma reflexão sobre o constitucionalismo transformador. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 269, maio/ago. 2015.
- BONILLA, Haideer Miranda. Diálogo interamericano en derechos humanos. **Rivista do Diretti Comparati**, n. 1, 2017.

BONILLA, Haideer Miranda. El Control de Convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. **Stals Research Paper**, n. 4, p. 39, 2016. Disponível em: <https://www.stals.santannapisa.it/sites/default/files/haideer.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2023.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. Crónica de una teoría de moda em America Latina – Descifrando el discurso doctrinal sobre el control de convencionalidad. In: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (coords.). **Ius Constitutionale Commune na América Latina**. v. 3. Curitiba: Juruá, 2016. p. 11-48.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. El Contexto, Las Técnicas y Las Consecuencias de la Interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos. **Estudios Constitucionales**, v. 12, n. 01, 2014.

CABACINHA, Paulo Máximo de Castro. **O Poder Judiciário nacional e a Corte Interamericana de direitos humanos: diálogo ou indiferença?** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020.

CALETTI, Leandro. O Controle difuso da convencionalidade e os direitos humanos no Brasil. **Revista IIDH**, v. 64, p. 189-214, 2016.

CAMPOS, João Luiz Mota de. **Manual de Direito Comunitário**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

CAMPOS, João Mota de. **Manual de Direito Comunitário**. 2. ed., 2. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A personalidade e capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito de direito internacional. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, v. 3, n. 3, 2002. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cançadotrindade/cançado_ acesso.html. Acesso em: 22 fev. 2017.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A pessoa humana como sujeito de Direito Internacional: A experiência da corte interamericana de Direitos Humanos. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; PEREIRA, Antônio Celso Alves (orgs.). **Novas Perspectivas do direito internacional contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 495-532.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Os tribunais internacionais e a realização da justiça**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2000. p. 1210.

CASELLA, Paulo Borba. **Comunidade Européia e seu ordenamento jurídico**. São Paulo: LTr, 1994.

CLÉRICO, Laura; ALDAO, Martín. Sobre la igualdad como pilar del derecho constitucional latino-americano. In: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MACGREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). **Ius Constitutionale en América Latina. Instituto de Estudio Constitucionales del Estado de Querétaro**. México, 2017.

COLOMBO, Silvana. A relativização do conceito de soberania no plano internacional. **Revista Eletrônica do CEJUR**, v. 1, n. 3, 2008.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O Controle de Convencionalidade como parte de um Constitucionalismo Transnacional fundado na Pessoa Humana. **Revista de Processo**, v. 39, n. 232, jun. 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Comportamento judicial em relação a Convenção Americana sobre Direitos Humanos: uma análise empírica do Poder Judiciário brasileiro**. Brasília: CNJ, 2023.

COSTA, Andréia da Silva. A harmonização entre Direito Interno e Internacional de Proteção dos Direitos Humanos no Sistema Interamericano: margem de apreciação, aderência nacional ou convergência paralelas? In: LOPES, Ana Maria D'Ávila; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (orgs.). **A internalização de tratados internacionais de direitos humanos na América do Sul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. A subjetividade internacional do ser humano: algumas reflexões. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; PEREIRA, Antônio Celso Alves (orgs.). **Novas Perspectivas do direito internacional contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 698-708.

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, jan./jun. 2011.

DIAS, Roberto; MOHALLEM, Michael Freitas. O diálogo jurisdicional sobre direitos humanos e a ascensão da rede global de Cortes Constitucionais. In: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (coords.). **Ius Constitutionale commune na América Latina**. Curitiba: Juruá, 2016. v. 3, p. 249-281.

DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. Soberania e margem nacional de apreciação. **Revista Eletrônica Direito e Política**, v. 6, n. 2, p. 402, 2011.

DUQUE, Marcelo Schenk. A evolução do constitucionalismo e a noção do contrato como ponto de encontro de direitos fundamentais. In: JAEGER JUNIOR, Augusto; MARTINI, Sandra Reguna; REVERBEL, Carlos Eduardo Diener (orgs.). **Movimento entre os saberes: a transdisciplinaridade e o direito**. Porto Alegre: RJR, 2017.

DUQUE, Marcelo Schenk. A interpretação constitucional: uma reflexão a partir do direito constitucional alemão. In: GOTTSCHESKY, Hella Isis (org.). **Democracia e Constituição: estudos em homenagem ao ministro José Neri da Silveira**. Porto Alegre: Dom Quixote, 2012.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora dos Editores, 2019.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FACHIN, Luiz Edson; SILVA, Christine Peter da. Controle de convencionalidade na jurisprudência do STF: excerto de uma década. In: OSORIO, Aline; MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luana Van Brussel (coords.). **Direitos e Democracia: 10 anos do Ministro Luiz Roberto Barros no STF**. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

FACHIN, Melina Rirardi; RIBAS, Ana Carolina; CAVASSIN, Lucas Carli. Perspectivas do Controle de Convencionalidade do sistema interamericano de direitos humanos no Brasil: implicações para um novo constitucionalismo. In: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (coords.). **Ius Constitutionale commune na América Latina**. Curitiba: Juruá, 2016. v. 3, p. 282-298.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. **O controle de convencionalidade e a lei da ficha limpa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GARCIA, Ricardo Alonso. **El juez español y el derecho comunitario: jurisdicciones constitucional y ordinaria frente a su primacía y eficacia**. Valência: Tirant lo Blanch, 2003.

GODINHO, Fabiana de Oliveira. **Coleção pra entender: a proteção internacional dos direitos humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GOMES, Eduardo Biacchi; MATA, Edileny Tomé da. Control de Constitucionalidad/Convencionalidad en la Unión Europea y el Sistema del Reenvío Perjudicial. **Sequência (Florianópolis)**, n. 81, p. 47-76.

GOMES, Luiz Flávio. **Direitos Humanos e a regra interpretativa “pro homine”**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI42806,41046-Direito+dos+direitos+humanos+e+a+regra+interpretativa+pro+homine>. Acesso em: 10 jan. 2017.

GÓNGORA, Manuel Eduardo. Interacciones y convergencias entre la corte interamericana de derechos humanos y los tribunales constitucionales nacionales: un enfoque coevolutivo. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

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 conflicto entre libertad de presa y derecho a la privacidad. In: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (coords.). **Ius constitutionale commune na América Latina: diálogos jurisdicionais e controle de convencionalidade**. Curitiba: Juruá, 2016. v. 3.

GROZIO, Ugo. **Prelegomeni al diritto della guerra e della pace**. 2. ed. Bologna: Nicola Zanichelli Editore, 1961.

GUERRA, Sidney. **Curso de direito internacional público**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GUERRA, Sidney. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Grande Editora, 2023.

HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HÄBERLE, Peter. La Sociedad abierta de los interpretes constitucionales. **Contextos**, n. 5, 2013.

HÄBERLE, Peter. Métodos e princípios de interpretação constitucional: un catálogo de problemas. **ReDCE**, v. 7, n. 13, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Unesp, 2018.

HARDMAN, Antônio Ítalo. Controle de Convencionalidade e a nova constituição: o interconstitucionalismo à luz do Direito Interamericano. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (coords.). **Controle de Convencionalidade: temas aprofundados**. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 207-230.

HOBBS, Thomas. **Leviathan**. London: Penguin Books, 1985.

JACKSON, Vicki. **Constitutional Engagement in a Transnational Era**. New York: Oxford, 2010.

JAEGER JUNIOR, Augusto. Evolução da proteção dos direitos fundamentais na União Europeia: apresentação de casos interessantes. In: **Cidadania e direitos humanos: tutela e efetividade internacional e nacional**. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

JAEGER JUNIOR, Augusto. **Temas de Direito da Integração e Comunitário**. São Paulo: LTr, 2002.

JAYME, Erik. Direito internacional privado e cultura pós-moderna. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 105-114, 2003a.

JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: Le droit Internationale privé postmoderne. In: **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye**, 1995, II.

KANT, Emmanuel. **A paz perpétua: um projeto filosófico**. Tradução e notas de Bruno Cunha. Petrópolis: Vozes, 2020.

KELSEN, Hans. As relações de sistema entre o direito interno e o direito internacional público. **Revista de Direito Internacional**, Brasília: UniCEUB, v. 8, n. 2, 2011.

KELSEN, Hans. **La paz por medio del derecho**. Tradução de Luis Echavarrri. Buenos Aires: Lousada, 1946.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 5 ed. São Paulo: Fontes Martins, 1996.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MORAES, Maria Valentina de. **Margem de apreciação nacional e diálogo institucional na perspectiva do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

LIMA, Alan E. Vargas. **Bloque de Constitucionalidad y desarrollo jurisprudencial del control de convencionalidad en Bolivia.** *Estudios Constitucionales*, v. 17, n. 1, 2019.

LIMA, Fernando Antônio de. **Curso de Hermenêutica dos Direitos Humanos.** São Paulo: JusPodivm, 2024. p. 40.

LIMA, Lucas Carlos. As funções da interpretação de sentença na Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista de Direito Internacional**, v. 20, n. 2, p. 544-559.

LIMA, Luís Carlos Santos. Controle de Convencionalidade e transnacionalidade: limites e potencialidades na relação entre Supremo Tribunal Federal e Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (coords.). **Controle de Convencionalidade: temas aprofundados.** Salvador: Juspodivm, 2018. p. 231-260.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A proteção do direito ao meio ambiente no caso *Nuestra Tierra vs. Argentina*: o ativismo da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista Justiça do Direito**, v. 34, n. 3, 2020, p. 35-57.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; CHEHAB, Isabelle Maria Campos Vasconcelos. Bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade: reforçando a proteção dos Direitos Humanos no Brasil. **Revista Brasileira de Direito**, v. 12, n. 2, 2016.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; SANTOS JUNIOR, Luís Haroldo Pereira dos. A Corte Interamericana de Direitos Humanos como guia interpretativo: superando o modelo impositivo do controle de convencionalidade para o resgate do modelo dialógico. In: LOPES, Ana Maria D'Ávila; PAREDES, Felipe; LAZARTE, Renata Bregaglio. **Tendências Jurisprudenciais da Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 13-26.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; SANTOS JUNIOR, Luís Haroldo Pereira dos. Controle de Convencionalidade e Margem de Apreciação Nacional: (in)compatibilidade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. **RDU**, v. 14, n. 81, 2018.

LORENZO, Sixto A. Sánchez. **Derecho privado europeo.** Granada: Editorial Comares, 2002.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. **A interpretação conforme o direito internacional: uma proposta de aplicação pelos tribunais brasileiros.** Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/andre_lipp_pinto_basto_lupi.pdf. Acesso em: 02 out. 2023.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Internpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano.** Instituto de Investigações Jurídicas. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3033/14.pdf>. Acesso em: 30 set. 2022.

MACHADO, Diego Pereira; DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **Direito da Integração, Direito Comunitário, Mercosul e União Europeia.** Salvador: JusPodivm, 2011.

MAGALHÃES, Breno Baía. A interpretação evolutiva dos Direitos Humanos: uma revisão documental do período de 1988 a 2018. **Revista de Direito Internacional**, v. 17, n. 3, 2020.

MAGALHÃES, Breno Baía. O Controle de Convencionalidade na Argentina. In: MAUÉS, Antonio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía (orgs.). **O Controle de Convencionalidade na América Latina: Experiências comparadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MANGAS MARTÍN, Araceli; LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. **Instituciones y Derecho de la Unión Europea**. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 57-85.

MARINONI, Luiz Guilherme. Da Corte que declara o “sentido exato da lei” para a Corte que institui precedentes. **Revista dos Tribunais**, v. 103, v. 950, 2014.

MARQUES, Cláudia Lima. A Teoria do ‘diálogo das fontes’ hoje no Brasil e seus novos desafios: uma homenagem à magistratura brasileira. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (coords). **Diálogo das Fontes: novos estudos sobre a coordenação e aplicação das normas no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MATHIJSEN, P. S. F. R. **Introdução ao Direito Comunitário**. Coimbra: Coimbra, 1991.

MAUÉS, Antônio Moreira. Brasil: as promessas não cumpridas da supralegalidade. In: MAUÉS, Antônio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía. **O Controle de Convencionalidade na América Latina: experiências comparadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MAUÉS, Antônio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía. A recepção dos Tratados de Direitos Humanos pelos tribunais: sentenças paradigmáticas de Colômbia, Argentina e Brasil. In: LOPES, Ana Maria D’Ávila; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto (orgs.). **A internalização de tratados internacionais de direitos humanos na América do Sul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira; TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. Tutela jurídica do Meio Ambiente na Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. **Impacto das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na jurisprudência do STF**. Salvador: JusPodivm, 2016.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. A supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e a prisão civil do depositário fiel no Brasil. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 213-258.

- MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Internacional Público**. 6. ed. Parede: Principia, 2021.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. **Revista de Informação Legislativa, Brasília**, v. 51, n. 201, 2014.
- NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. Con especial referencia a la esperiencia latino americana. In: BOGNANDI, Armin Von; MC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). **La justicia constitucional y su internacionalización**. Hacia a um ius constitutionale commune en América Latina? Universidade Autônoma de México: México, 2010.
- NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- NUßBERGER, Angelika. **Os Direitos Humanos: história, filosofia, conflitos**. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2022.
- NUSSBERGER, Angelika. **The European Court of Human Rights**. Oxford, 2020.
- PIOVESAN, Flávia. Controle de convencionalidade Direitos Humanos e diálogo entre jurisdições. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 115-145.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7. ed. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007.
- PIOVESAN, Flávia. Diversidade Étnico-Racial, constitucionalismo transformador e impacto do Sistema Interamericano de proteção dos Direitos Humanos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. **Impacto das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na jurisprudência do STF**. Salvador: JusPodivm, 2016.
- PIOVESAN, Flávia. Ius Constitutionale Commune em direitos humanos e constitucionalismo regional transformador: impacto do sistema interamericano. In: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (coords.). **Ius Constitutionale commune na América Latina**. Curitiba: Juruá, 2016. v. 1. p. 75-96.
- PIOVESAN, Flávia. Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: impacto, desafios e perspectivas a luz da experiência brasileira. In: ALVARARO, Paola Andrea Acosta; POBLETE, Manoel Núñez. **El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionale y nacionales**. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2012.

PIOVESAN, Flávia; MAGNANI, Nathercia Cristina Manzano. Diálogos entre o Brasil e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Análise jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (de 1992 a 2007). *Pensar*, v. 26, n. 1, p. 2-10, 2021.

QUIROGA, Cecilia Medina; ROJAS, Claudio Nash. **Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Introducción a sus Mecanismos de Protección**. Santiago: Andros Impresores, 2007. p. 34-35. Disponível em: https://libros.uchile.cl/files/presses/1/monographs/390/submission/proof/files/assets/common/downloads_f9f12250/CDH_025.pdf. Acesso em: 01 fev. 2023.

RAMIRES, Maurício. **Diálogo judicial internacional: o uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen, 2016.

RAMÍREZ, Sérgio Garcia. La “navegación americana” de los derechos humanos: hacia un ius commune. In: FIZ FIERRO, Héctor; BOGDANDY, Armin Von; ANTONIAZZI, Mariela Morales. **Ius Constitutionale commune en America Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos**. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2014.

RAMOS, André de Carvalho. O impacto da Convenção Americana de Direitos Humanos na relação do direito internacional e o direito interno. *Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União*, v. 1, n. 4, 2002.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

ROSSI, Julieta; OLIVERA, Martina; FERNÁNDEZ, Alejandro. La Corte Suprema argentina y la aplicación de estándares Internacionales en el ámbito de la igualdad, la no discriminación y los derechos sociales. In: MAUÉS, Antonio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía (orgs.). **O Controle de Convencionalidade na América Latina: Experiências comparadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social ou princípios do direito público**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017.

RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. **Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1989.

SABA, Roberto. El Principio de Igualdad en el Diálogo en el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional. In: CAPALDO, Griselda; CLÉRICO, Laura.; SIECKMANN, Jaon-Reinald (ed.). **Internacionalización del Derecho Constitucional-Constitucionalización del Derecho Internacional**. EUDEBA, Buenos Aires, 2012.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. El control de convencionalidad internacional y nacional. In: COSTA, Pablo Henrique Hubner de Lanna (org.). **Controle de Convencionalidade. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Valerio de Oliveira Mazzuoli**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Cooperação Jurisdicional. Reenvio Prejudicial: Um Mecanismo de Direito Processual a Serviço do Direito Comunitário. Perspectiva para sua Adoção no Mercosul.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SANGÜÉS, Néstor Pedro. El Control de Convencionalidad en Argentina. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

SANGÜÉS, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidade. **Estudios Constitucionales**, v. 8, n. 1, p. 118, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 6. ed.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. 13. ed.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. **Impacto das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na jurisprudência do STF.** Salvador: JusPodivm, 2016. p. 49-78.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos na perspectiva do assim chamado Controle de Convencionalidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 87-114.

SARLET, Ingo Wolfgang. **O Supremo Tribunal Federal e o Controle Interno de Convencionalidade na base dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos aos Trinta Anos da Constituição Federal.** Disponível em: https://aje.tre-ba.jus.br/pluginfile.php/13668/mod_label/intro/art%20%20-%20Ingo%20Wolfgang%20Sarlet%20-%20Revista%20Populus%20N%C3%BAmero%205%20-%20dez.%202018.pdf. Acesso em: 03 abr. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang; SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. O posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do controle de convencionalidade em face dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. In: LOPES, Ana Maria D'ávila; PAREDES, Felipe Paredes; LAZARTE, Renata Bregaglio (orgs.). **Tendências jurisprudenciais da Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 107-128.

SARLET, Ingo; WEDY, Gabriel Tedesco; FENSTERSEIFER, Tiago. A equiparação dos tratados ambientais aos tratados de direitos humanos. **Consultor Jurídico.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-15/direitos-fundamentais-equiparacao-tratados-ambientais-aos-direitos-humanos/>. Acesso em: 11 jan. 2024.

SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais, Constituição e Direito Internacional: diálogo e fricções. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (orgs.). **Impacto das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na jurisprudência do STF.** Salvador: JusPodivm, 2016.

SCHÄFER, Gilberto; GOMES, Jesus Tupã Silveira. Controle de convencionalidade: reflexões para uma praxes brasileira. In: BRAGATO, Fernanda Frizzo (org.). **O Conteúdo jurídico dos Direitos Humanos: Direitos civis e políticos nos instrumentos internacionais**. Brasília: 2022. p. 79-97.

SCHÄFER, Gilberto; PRIVADELLI, José Eduardo Aidikaitis; GOMES, Jesus Tupã Silveira. A margem nacional de apreciação na Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista de Direito Internacional**, v. 15, n. 2, 2018.

SCHÄFER, Gilberto; RIOS, Roger Raupp; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; GOMES, Jesus Tupã Silveira. Diálogo entre o Supremo Tribunal Federal brasileiro e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma realidade nos dias atuais? **Revista da Ajuris**, v. 44, n. 143, 2017. p. 207-232.

SERRANO, Sandra. Igualdad y no discriminación en el Sistema Interamericano de derechos humanos. In: HUERTA, Daniel Antônio García (coord.). **Construir la igualdad. Reflexiones en clave judicial**. Centro de Estudios Constitucionales, p. 387-424. Disponível em: <https://bibliotecacorteidh.winkel.la/Product/ViewerProduct/2067#page=>. Acesso em: 18 jul. 2023.

SILVA, Carla Ribeiro Volpini; LELIS, Henrique Rodrigues. O controle de convencionalidade e a proteção dos direitos humanos. In: COSTA, Pablo Henrique Hubner de Lanna (org.). **Controle de convencionalidade. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Valerio de Oliveira Mazzuoli**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019.

SILVA, Karine de Souza. **Direito da comunidade europeia: fontes, princípios e procedimentos**. Ijuí: Unijuí, 2005.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. A função dos tribunais superiores. In: **STJ 10 anos: obra comemorativa 1989 – 1999**. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999. p. 145-165.

SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (orgs.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SODRÉ DE OLIVEIRA, Fernando Antônio. **A seletividade penal racial estruturada e estruturante e o condicionamento das ações de segurança pública: uma análise a partir da Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul**. Tese de doutorado, 2024. disponível em: [https://virtual.unijui.edu.br/Portal/Modulos/modeloInformacoes/?RH5sv44knZhFMK3qARF6zZdE0eF6wpdiPnmCIBzvbRq9qPELegtGv2XgnCx68NlqqZfA68sj3j6_SLA_r_PLS_u aSYc4g_IGL_](https://virtual.unijui.edu.br/Portal/Modulos/modeloInformacoes/?RH5sv44knZhFMK3qARF6zZdE0eF6wpdiPnmCIBzvbRq9qPELegtGv2XgnCx68NlqqZfA68sj3j6_SLA_r_PLS_u aSYc4g_IGL_=). Acesso em 29.08.24.

SOUSA, Denise Silva de. **O indivíduo como sujeito de direito internacional**. Curitiba: Juruá, 2004.

SQUEFF, Tatiana Cardoso; SILVA, Bianca Guimarães; OLIVEIRA, Laura Marques de. Existe uma troca efetiva entre as cortes internacionais? Um estudo a partir dos casos de asilo diplomático perante a Corte Europeia e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: SQUEFF, Tatiana Cardoso; MOREIRA, Thiago Oliveira (orgs.). **Direito Internacional dos**

Direitos Humanos e as pessoas em situação de vulnerabilidade. v. 4. Tomo I. Natal: Polimatia, 2023.

STELGES, Isabela Hathrin. **A cidadania da União Europeia: uma sugestão para o Mercosul.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TOMUSCHAT, Christian. **The effects of the judgments of the European Court of Human Rights according to the German Constitutional Court.** Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/effects-of-the-judgments-of-the-european-court-of-human-rights-according-to-the-german-constitutional-court/A5B4C7767C9528DE81945807C3C82E32>. Acesso em: 23 ago. 2021.

TRIEPEL, Karl Heinrich. As relações entre direito interno e direito internacional. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, n. 6, 1966.

URBANO, Francisco Castilla. Francisco de Vitória. In: DAL RI JR., Arno; VELOSO, Paulo Potiara de Ancântara; LIMA, Lucas Carlos (orgs.). **A formação da ciência do direito internacional.** Ijuí: Ed. Unijuí, 2014. p. 129-150.

VIEIRA, Luciane Klein. **Interpretação e aplicação uniforme do direito da integração. União Europeia, Comunidade Andina, Sistema da Integração Centro-Americana e Mercosul.** Curitiba: Juruá, 2013.