

ANGELA JANK CALIXTO

**DIÁLOGOS INTERJUDICIAIS E OS FATORES PARA SUA
PROMOÇÃO NO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS
DIREITOS HUMANOS**

Campo Grande

2017

ANGELA JANK CALIXTO

**DIÁLOGOS INTERJUDICIAIS E OS FATORES PARA SUA
PROMOÇÃO NO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS
DIREITOS HUMANOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direitos Humanos

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Luciani Coimbra de Carvalho

Co-orientador: Prof. Dr. Luiz Guilherme Arcaro Conci

Campo Grande

2017

TERMO DE APROVAÇÃO

Nome: Angela Jank Calixto

Título: Diálogos interjudiciais e os fatores para sua promoção no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul para fins de obtenção do título de mestre em direito.

Aprovada em: ____/____/____

Banca Examinadora

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Luciani Coimbra de Carvalho

Julgamento: _____

Instituição: UFMS

Assinatura: _____

Co-orientador: Prof. Dr. Luiz Guilherme Arcaro Conci

Julgamento: _____

Instituição: PUC-SP

Assinatura: _____

Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira

Julgamento: _____

Instituição: UFMS

Assinatura: _____

Prof. Dr. Flávio Garcia Cabral

Julgamento: _____

Instituição: UFMS

Assinatura: _____

Campo Grande

2017

*A meus irmãos, Carina e André, a quem devo grande parte de quem eu sou,
em quem me espelho e de quem eu tenho mais orgulho nessa vida.
Amo vocês.*

AGRADECIMENTOS

A minha orientadora, Dr^a Luciani Coimbra de Carvalho, e ao meu coorientador, Dr. Luiz Guilherme Arcaro Conci, pela dedicação, pelos conselhos, pelas explicações, pelo apoio, pela confiança em mim depositada e, sobretudo, por procurarem me auxiliar sempre que tive dúvidas e ansiedades.

A todos os professores do curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, cujos ensinamentos, além de me tornaram mais crítica e curiosa, contribuíram imensamente na minha formação acadêmica. Em especial, à Professora Dr^a Livia Gaigher Bósio Campello, sem a qual eu não alcançaria metade de minhas metas: agradeço pela confiança, pelos trabalhos conjuntos, pelos ensinamentos, pela paciência e por me demonstrar que apenas com o trabalho constante e esforço conjunto conseguimos alcançar aquilo que almejamos.

Aos membros da minha banca de qualificação, em especial ao Professor Vladimir Oliveira da Silveira, cujas orientações foram essenciais para a conclusão desse trabalho, e aos membros de minha banca de defesa: agradeço por aceitarem o convite e por se disporem a me auxiliar na finalização dessa dissertação.

Aos professores e colegas de outras instituições de ensino, bem como aos meus colegas de turma desse mestrado, pelo auxílio, pelo esforço, pelos conselhos e, acima de tudo, pela amizade. Em especial, agradeço aos membros da Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito (FEPODI), cuja dedicação e amizade sempre prezarei.

À Dr^a Joseliza Alessandra Vanzela Turine, pela compreensão, pelos conselhos e, em especial, pelo constante incentivo, e aos meus demais colegas de trabalho, por me ouvirem e me ajudarem e ensinarem sempre que precisei.

A minha família, em especial minha mãe, meu pai, meus irmãos e meus avós. Não tenho palavras para agradecer tudo que fizeram por mim: o carinho constante e amor incondicional que sempre me deram, a compreensão que tiveram, os constantes ensinamentos que me foram passados e o auxílio que sempre proporcionaram.

Por fim, mas não menos importantes, aos meus amigos, por estarem presentes não só nos momentos de maior alegria, mas também naqueles de maiores dificuldade, e àquele que esteve comigo nos últimos nove anos, sempre me confortando, me auxiliando, me acalmando e me ajudando a ver a vida de forma positiva: agradeço por ser exatamente do jeito que você é e por sempre estar ao meu lado.

*“Você nunca sabe que resultados virão da sua
ação. Mas se você não fizer nada, não
existirão resultados”.*

Mahatma Gandhi

RESUMO

CALIXTO, Angela Jank. **Diálogos interjudiciais e os fatores para sua promoção no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos**. 2017. 214 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, 2017.

O futuro da proteção dos direitos humanos depende da interação entre distintas ordens jurídicas, interação esta que no atual cenário global de fragmentariedade jurídica e cultural é promovido essencialmente por meio do estabelecimento diálogos interjudiciais. Diante da relevância do estudo do diálogo interjudicial em sentido estrito para a efetiva proteção do indivíduo no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, procura-se neste trabalho, no qual, por meio do método dedutivo, é realizada uma pesquisa de caráter exploratória, bibliográfica, documental e qualitativa, identificar os fatores que permitem e exigem a promoção de tal diálogo entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e as cortes constitucionais dos países que compõem o sistema. A ausência da identificação de mencionados fatores acaba por criar óbices para a aceitação, pelos Estados, da ideia relativa à imprescindibilidade do desenvolvimento de comunicações entre instâncias judiciais para uma maior proteção dos direitos humanos e acaba por levar, ainda, à recusa no empreendimento de esforços nesse sentido. Criam-se, dessa forma, obstáculos à constante evolução da proteção jurídica conferida aos cidadãos interamericanos, fato que no marco do processo confluência entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o direito constitucional dos países da região e do processo de formação de um sistema multinível de proteção do indivíduo, configura um retrocesso e justifica a necessidade do presente estudo, sobretudo ante o fato de serem poucos os teóricos que procuraram até o momento demonstrar a existência de mecanismos que exigem a promoção de diálogos entre referidas cortes judiciais. Detendo tal finalidade, a presente pesquisa insere-se perfeitamente no âmbito da linha de pesquisa “Direitos Humanos, Estado e Fronteira” do Programa de Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, já que discorre acerca de questões relativas ao papel do Estado enquanto garantidor de direitos humanos e acerca de sua inserção em um sistema jurídico não mais limitado por fronteiras territoriais, de forma a exigir a sua constante interação com a corte judicial do sistema regional de proteção dos direitos humanos para, assim, possibilitar a efetiva proteção de tais direitos a todos sob sua jurisdição. Conclui-se que há diversos fatores, sejam eles históricos, normativos ou teóricos, que possibilitam e exigem o estabelecimento de uma relação dialógica no sistema no que se refere à proteção dos direitos humanos, constituindo o diálogo interjudicial um meio essencial para a proteção do indivíduo contra arbitrariedades e violações constantes a seus direitos mais básicos.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Diálogos Interjudiciais; Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos; Corte Interamericana de Proteção dos Direitos Humanos; Constitucionalismo multinível.

ABSTRACT

CALIXTO, Angela Jank. **Interjudicial dialogues and the factors for its promotion in the Inter-American System for the Protection of Human Rights**. 2017. 214 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, 2017.

The future of the protection of human rights depends on the interaction between different legal orders, an interaction that in the present global scenario of legal and cultural fragmentation is promoted essentially through the establishment of inter-judicial dialogues. In view of the relevance of the study of inter-judicial dialogue in the strict sense of its name for the effective protection of the individual in the Inter-American System for the Protection of Human Rights, it is sought to identify through this work, in which an exploratory, bibliographic, documentary and qualitative research is conducted and the deductive method is adopted, the factors that allow and require the promotion of such dialogues between the Inter-American Court of Human Rights and the constitutional courts of the countries that compose the system. The absence of the identification of such factors creates obstacles for States to accept the idea of the indispensability of the development of communications between judicial bodies for a greater protection of human rights and ultimately leads to the refusal to undertake efforts in such sense. This creates obstacles to the constant evolution of the legal protection granted to Inter-American citizens, a fact that in the context of the process of convergence between the International Human Rights Law and the constitutional law of the countries of the region in study and of the formation of a multilevel system designed to protect individuals constitutes a setback and justifies the need of the present study, especially in view of the fact that till this day few theorists have sought to demonstrate the existence of mechanisms that require the promotion of dialogues between said judicial courts. With this purpose in mind, the present research fits perfectly within the “Human Rights, State and Borders” research line of the Master's Program in Human Rights of the Federal University of Mato Grosso do Sul, as it discusses issues related to paper of the State as a guarantor of human rights and its insertion in a legal system no longer limited by territorial borders, in order to require its constant interaction with the judicial court of the regional system of protection of human rights, in order to enable the effective protection of such rights to all under its jurisdiction. It is concluded that there are several factors, be they historical, normative or theoretical, that make possible and require the establishment of a dialogical relationship in the system with regard to the protection of human rights, constituting the inter-judicial dialogue an essential means for the protection of individuals against arbitrariness and constant violations of their most basic rights.

Keywords: Human rights; Inter-judicial Dialogues; Inter-American System for the Protection of Human Rights; Inter-American Court for the Protection of Human Rights; Multilevel constitutionalism.

LISTA DE SIGLAS

CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos

CEDH – Comissão Europeia de Direitos do Homem

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CORTE EDH – Corte Europeia de Direitos Humanos

CORTE IDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

CVDT – Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados

DIDH – Direito Internacional dos Direitos Humanos

SEDH – Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos

SIDH – Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos

TEDH – Tribunal Europeu de Direitos Humanos

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. A CONFLUÊNCIA ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL E AS CONSTITUIÇÕES NACIONAIS NO ÂMBITO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	17
2.1 OS PROCESSOS DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL E DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL	18
2.1.1 Constitucionalização do direito internacional	19
2.1.1.1 Pressupostos para o processo de constitucionalização do direito internacional: a evolução histórica do Direito Internacional dos Direitos Humanos e a juridificação das relações internacionais	24
2.1.1.2 A importância da consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos para a proteção internacional de matérias antes reservadas à tutela constitucional	31
2.1.2 Internacionalização do direito constitucional	37
2.1.2.1 Evolução do constitucionalismo contemporâneo: contribuições para a proteção de direitos humanos pelo ordenamento jurídico interno	39
2.1.2.2 A remodelação das Constituições nacionais a partir da inserção de normas de abertura do direito interno às normas internacionais	43
2.2 FATORES PREPONDERANTES PARA O PROCESSO DE CONFLUÊNCIA	50
2.2.1 Cenário pós-westfaliano: relativização do conceito de soberania	51
2.2.2 Superação de doutrinas clássicas do direito internacional: o relacionamento entre o direito interno e o direito internacional e a primazia da norma mais favorável ao indivíduo	56
2.2.3 Sociedades complexas e globalização: a estruturação de um sistema marcado pela interdependência entre distintos sistemas sociais	64
3. CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL E DIÁLOGOS INTERJUDICIAIS	73
3.1 CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL EM UM CENÁRIO DE PLURALIDADE DE ORDENS JURÍDICAS	75
3.2 ALTERIDADE: PRESSUPOSTO PARA A INTERAÇÃO ENTRE DISTINTAS ORDENS JURÍDICAS	85

3.3 DIÁLOGOS INTERJUDICIAIS: PRESSUPOSTO PARA A ARTICULAÇÃO ENTRE DISTINTOS SISTEMAS JURÍDICOS.....	95
3.3.1 Proposições iniciais: o campo de desenvolvimento e os atores principais do processo de diálogo interjudicial	98
3.3.2 Diálogos interjudiciais e suas diferentes terminologias.....	103
3.3.3 As divergências na caracterização dos diálogos interjudiciais.....	111
3.3.4 O diálogo em sentido estrito como modalidade de diálogo interjudicial: a perspectiva adotada para a caracterização das interações entre diferentes ordens judiciais.....	118
4. O DIÁLOGO EM SENTIDO ESTRITO NO ÂMBITO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....	127
4.1 FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA DO DIÁLOGO	130
4.1.1 A formação de um sistema regional pautado na proteção da pessoa humana: o vínculo jurídico existente no âmbito do SIDH	131
4.1.2 O arcabouço normativo regional e a obrigatoriedade da promoção do diálogo.....	138
4.1.3 Os efeitos produzidos pela jurisprudência da Corte IDH e sua relação com a obrigatoriedade do estabelecimento do diálogo: a “coisa interpretada” e seus efeitos	149
4.2 FERRAMENTAS PARA O DIÁLOGO	161
4.2.1 Controle de Convencionalidade e Interpretação Conforme.....	162
4.2.1.1 O desenvolvimento das ferramentas do controle de convencionalidade e interpretação conforme pela jurisprudência: noções e características essenciais.....	163
4.2.1.2 Modalidades de controle de convencionalidade e interpretação conforme: as formas de utilização das ferramentas no SIDH	175
4.2.2 Técnica da margem de apreciação nacional.....	185
CONCLUSÃO.....	191
REFERÊNCIAS	199

1 INTRODUÇÃO

Desde a segunda metade do século XX, o cenário global tem passado por um processo permanente e acelerado de transformações, tanto nas relações sociais, culturais, políticas e econômicas, como nas relações jurídicas entre órgãos de distintos ordenamentos. As modificações se devem, sobretudo, ao aumento da importância conferida aos direitos humanos após a Segunda Guerra Mundial, visto que a partir de então se vislumbrou a necessidade de tomada de medidas concretas, tanto na ordem jurídica interna quanto no ordenamento jurídico externo, para reforçar a tutela de tais direitos e, assim, prevenir a ocorrência de novas atrocidades.

Nesse cenário em que se percebe a necessidade de a ordem internacional evitar abusos dos Estados para com os particulares, desenvolve-se um novo ramo do direito internacional destinado justamente a assegurar a proteção do indivíduo, qual seja, o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), ao mesmo tempo em que se desenvolvem sistemas regionais de proteção, como o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIDH) e o Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos (SEDH).

Concomitantemente, ante as modificações operadas no âmbito global e a assunção de obrigações pelos Estados no cenário internacional com o intuito de demonstrar seu comprometimento com os objetivos de tutela da pessoa defendidos pela comunidade internacional, operam-se transformações nos ordenamentos jurídicos internos de um grande número países, consagrando-se nas Constituições estatais a proteção dos direitos inerentes à pessoa humana.

As transformações operadas em ambas as ordens repercutem de forma positiva na modificação do relacionamento entre Estados e entre estes e os novos órgãos judiciais e quase-judiciais surgidos na ordem internacional. Isso porque, a partir de tais modificações, superam-se conceitos de soberania absoluta do Estado, de divisão do direito em duas ordens distintas e independentes entre si (de um lado a nacional e, de outro, a internacional) e de regulação pelo direito internacional ou regional de questões atinentes apenas ao relacionamento entre Estados, superação esta que cria meios para um processo de maior articulação entre diferentes sistemas jurídicos.

Ainda, com o desenvolvimento tecnológico operado há cerca de três décadas e que continua em plena expansão, desenvolvimento este que torna a sociedade complexa e global, concretiza-se a tendência em se afirmar que não mais é possível que o direito estatal seja visto

como a primeira e última fonte de referência para a resolução de litígios, até mesmo em razão da formação de um sistema multinível de proteção do indivíduo, ou seja, de um sistema caracterizado pela existência de distintos ordenamentos tutelando basicamente os mesmos direitos. Por conseguinte, firma-se a ideia de que o Estado não é mais totalmente independentemente da tutela jurídica conferida pela ordem internacional.

No marco desse processo de confluência entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o direito constitucional e da formação desse sistema multicêntrico ou multinível de proteção do indivíduo, surgem discussões acerca de como deve ocorrer o relacionamento entre diferentes ordens jurídicas para assegurar a coexistência entre os distintos sistemas. No âmbito de tais discussões, passa-se a defender a necessidade de promoção de uma maior articulação entre o direito interno e o internacional, para o enfrentamento conjunto de questões relativas à proteção dos direitos humanos. Passa-se a ressaltar que o direito constitucional consiste em um espaço de comunicação que exige uma interação com outras ordens, ante o fato de não mais ser possível a referência apenas ao direito nacional quando se versa acerca de questões relativas à proteção da pessoa humana.

Ante a imprescindibilidade de uma maior integração entre diferentes sistemas jurídicos, vários teóricos passam a defender a necessidade de estabelecimento de diálogos interjudiciais entre as diferentes ordens de proteção, para o fim de buscar uma convivência cooperativa entre as diversas perspectivas jurídicas com relação aos direitos humanos e, ao mesmo tempo, evitar a sobreposição de uma ordem, uma perspectiva, sobre as demais. Tais diálogos consistem no objeto de estudo desse trabalho, diante da constatação de sua relevância para a promoção de uma contínua articulação entre sistemas judiciais de diferentes ordens e, em consequência, para criar meios para uma maior proteção dos direitos humanos.

A possibilidade de instituição de diálogos entre cortes constitucionais e órgãos judiciais internacionais ou regionais para a resolução de questões de interesse de mais de um país simultaneamente, sobretudo em matéria de direitos humanos, é um dos principais temas objeto de discussão não somente no Brasil, mas também no exterior. Sua importância reside no fato de se evidenciar que questões envolvendo violações a direitos humanos acabam sendo resolvidas de maneira mais eficiente justamente ante o intercâmbio de conhecimentos promovido pelo diálogo entre os sistemas de proteção de direitos.

Salienta-se que a temática ainda é bastante recente. Embora diversos teóricos estrangeiros discorram acerca do assunto, sob as mais variadas denominações, tais como Slaughter (1994), Walker (2002), Cottier (1998), Knight e Epstein (2003), Peters (2006), Pérez (2011), Ferrarese (2009), Alvarado (2015), Bustos Gisbert (2012), entre outros, no

Brasil o estudo do tema ainda se encontra em fase incipiente. Na doutrina brasileira, o que se vislumbra é que ainda são poucos os autores que procuraram discorrer acerca da temática, destacando-se, entretanto, que todos enfatizam a importância do estabelecimento de uma cooperação judicial para a proteção dos direitos humanos.

Contudo, em que pese a defesa entre teóricos da necessidade de promoção de um diálogo entre diferentes sistemas jurídicos, para, dessa forma, possibilitar uma reconstrução permanente do direito, mediante o aprendizado com as experiências de outras ordens jurídicas interessadas concomitantemente na solução dos mesmos problemas jurídicos, o que se evidencia é que a doutrina não tem delimitado de forma precisa quais os fatores que efetivamente permitem e exigem o estabelecimento de um diálogo entre cortes de distintos sistemas de proteção de direitos.

A ausência de identificação desses fatores consiste em um grande obstáculo para a aceitação, entre os Estados, da ideia da imprescindibilidade de instituição de comunicações entre instâncias decisórias para a efetiva proteção dos direitos humanos. O desconhecimento acerca das normas e ferramentas que possibilitam e exigem a promoção de um diálogo leva à recusa ao empreendimento de esforços no sentido de estabelecer essa interação, mormente ante o fato de o caminho mais fácil ser simplesmente ignorar o decidido por órgãos estrangeiros, ainda que o direito externo seja mais favorável à proteção do indivíduo lesado.

É diante de tal constatação que se torna necessário um estudo mais aprofundado do diálogo interjudicial, para o fim de averiguar quais seriam esses fatores, sejam eles históricos, teóricos ou normativos, que criam meios e acabam por exigir, na atualidade, o estabelecimento e o desenvolvimento de um diálogo entre cortes internacionais ou regionais e cortes constitucionais para, assim, assegurar uma maior proteção dos direitos humanos, mediante a constante evolução da proteção proporcionada pela interação entre distintos sistemas jurídicos. Apenas com a delimitação de tais fatores é que se torna possível vislumbrar se há condições suficientes no cenário atual para exigir a promoção do diálogo interjudicial.

Considerando a amplitude da problemática apresentada, contudo, a qual abarca essencialmente o relacionamento entre todas as ordens jurídicas do globo (nacionais, regionais e internacionais), e a necessidade de se delimitar o objeto de estudo, opta-se pelo estudo dos fatores e mecanismos que permitem e exigem o estabelecimento de um diálogo interjudicial no âmbito do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. Em especial, opta-se pela constatação de quais os fatores que exigem a promoção de uma interação entre a Corte IDH e as cortes constitucionais dos países integrantes do sistema.

Justifica-se a opção pelo estudo do SIDH não somente em razão de o Brasil fazer parte de tal sistema, mas também diante da constatação de que entre a maior parte dos países que o compõem há uma identidade constitucional que acaba por aproximá-los, identidade esta derivada da semelhança de questões políticas, sociais, econômicas e culturais e da existência de períodos de violência estatal e desrespeito aos direitos humanos na região. Mencionadas questões acabam por aproximar os Estados e por demonstrar a necessidade de interação jurídica entre eles para a resolução de questões semelhantes no tocante a violações a direitos humanos.

Da mesma forma, o estudo em evidência, desenvolvido no âmbito do Programa de Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, justifica-se em razão de se inserir perfeitamente na linha de pesquisa do programa, qual seja, a linha “Direitos Humanos, Estado e Fronteira”, já que neste trabalho discorre-se essencialmente acerca de questões relativas ao papel do Estado enquanto garantidor de direitos humanos e acerca de sua inserção em um sistema jurídico não mais limitado por fronteiras territoriais, de forma a exigir a sua constante interação com o sistema regional de proteção dos direitos humanos para, assim, possibilitar a efetiva proteção de tais direitos a todos sob sua jurisdição.

Visa-se com esta dissertação, portanto, identificar os fatores que permitem e exigem a promoção de um diálogo entre cortes constitucionais nacionais e a Corte IDH, no âmbito do SIDH. Mais especificamente, busca-se descrever como os sistemas constitucionais se relacionam com a ordem jurídica internacional e regional, destacando os fatores que permitem uma influência recíproca entre os sistemas; explicitar a necessidade de uma maior interação entre cortes constitucionais e cortes internacionais e regionais, como mecanismo estratégico para assegurar uma maior proteção dos direitos humanos; delimitar o que pode ser entendido como diálogo interjudicial; evidenciar as normas e entendimentos que permitem sua concretização no SIDH; e apresentar as principais ferramentas que vem sendo utilizadas pelos países do SIDH para a constante harmonização da proteção conferida aos direitos humanos na região.

Para tanto, divide-se a presente dissertação em três capítulos.

No primeiro, busca-se demonstrar os pressupostos históricos e teóricos que levaram ao processo de confluência entre a ordem internacional e os ordenamentos jurídicos nacionais, para verificar em que sentido é possível efetivamente afirmar que vivemos em um cenário jurídico multinível e interdependente, no que tange à proteção dos direitos humanos, cenário esse que permite uma maior articulação entre distintas ordens. Nesse sentido, se discorrerá acerca dos processos de constitucionalização do direito internacional e de internacionalização

do direito constitucional, bem como dos fatores preponderantes para a ligação entre as distintas ordens jurídicas.

Já no segundo capítulo, objetiva-se evidenciar as transformações promovidas pelo processo de confluência no âmbito do constitucionalismo contemporâneo, traçar a importante contribuição da alteridade para justificar a promoção de diálogos e discorrer acerca do que pode ser entendido como diálogo interjudicial e, mais especificamente, diálogo em sentido estrito, em razão da necessidade de delimitação precisa da espécie de comunicação sobre a qual se discorre nesse trabalho. Para tanto, serão promovidas considerações quanto ao advento do constitucionalismo multinível, quanto à defesa da ideia de alteridade para a promoção da interação entre ordens jurídicas e quanto à definição e às características principais dos diálogos interjudiciais em sentido amplo e em sentido estrito.

Por fim, no terceiro capítulo, procura-se demonstrar quais são os fatores normativos e entendimentos que permitem e exigem o estabelecimento de um diálogo no SIDH e delimitar quais as ferramentas que têm sido utilizadas no SIDH para a promoção de tal diálogo. Desta feita, se discorrerá acerca dos mais variados aspectos que integram o conceito de diálogo na região, tais como o vínculo jurídico existente entre os países que compõem o sistema, a doutrina da “coisa interpretada” e da eficácia *erga omnes* das decisões da Corte IDH e a técnica da margem de apreciação nacional, bem como acerca das duas principais ferramentas existentes pelas quais se possibilita o diálogo, quais sejam, o controle de convencionalidade e a interpretação conforme.

No tocante ao procedimento metodológico, segundo os critérios metodológicos apontados por Gil (2002), será promovida uma pesquisa que, no tocante aos seus objetivos, possui eminente cunho exploratório, tendo em vista que se busca o aprimoramento de ideias relativas à temática do diálogo interjudicial e dos fatores que permitem sua promoção no SIDH, para a proteção de direitos humanos. A pesquisa, de caráter qualitativo, destina-se ao aprofundamento da compreensão e explicação do fenômeno sob análise, partindo de constatações gerais para chegar a conclusões particulares, de forma que será adotado o método dedutivo para a resolução dos objetivos específicos propostos.

Os dados serão coletados por meio da pesquisa bibliográfica e documental, a partir da leitura, fichamento e seleção de livros, artigos científicos, dissertações e teses de doutorado, bem como a partir da análise de normas internacionais, sobretudo a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), a Constituição Federal brasileira e a jurisprudência da Corte IDH no que concerne à interpretação conferida aos direitos humanos. Ainda, para a apresentação e discussão dos dados coletados, será utilizado o método de análise de conteúdo, já que a partir de

procedimentos sistemáticos e objetivos visa-se obter indicadores que permitam a inferência de conhecimentos relativos ao tema proposto (BARDIN, 2011).

A opção por citados procedimentos metodológicos decorre do pouco conhecimento acumulado acerca do fenômeno sob análise e da busca por um maior aprofundamento teórico com relação às ideias já existentes sobre a temática.

2 A CONFLUÊNCIA ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL E AS CONSTITUIÇÕES NACIONAIS NO ÂMBITO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Diante das modificações operadas no cenário internacional e na ordem jurídica interna dos países ocidentais a partir da Segunda Guerra Mundial, os diferentes ordenamentos jurídicos passaram a convergir, já que, com o intuito primordial de assegurar a proteção do indivíduo em todos os âmbitos, passaram eles a tutelar essencialmente os mesmos direitos.

A confluência entre o direito internacional, em especial o Direito Internacional dos Direitos Humanos, e os ordenamentos jurídicos nacionais, decorre essencialmente de dois processos distintos, porém intrinsecamente relacionados, denominados pela doutrina de constitucionalização do direito internacional e de internacionalização do direito constitucional, além de derivar das consequências resultantes de referidos processos, em especial da superação de teorias clássicas do direito, tais como a ideia de soberania absoluta e a discussão acerca da existência de hierarquia ou, em sentido contrário, uma completa separação, entre as normas internacionais e nacionais. Ainda, ressalta-se que mais recentemente o maior inter-relacionamento entre distintas ordens jurídicas também é derivado da formação, na modernidade, de sociedades complexas e do advento e desenvolvimento da globalização, a partir das quais se percebe a impossibilidade de os países isolarem-se dentro de suas fronteiras, diante da permeabilidade das mesmas e da constatação de que os problemas que surgem em um local atingem direta ou indiretamente os demais Estados.

Tendo em vista ser justamente nesse cenário de confluência, de maior interação entre distintas ordens jurídicas, políticas, sociais e econômicas, aquele em que nos encontramos, torna-se necessário que se identifique em que sentido pode-se efetivamente afirmar não ser mais possível, na atualidade, se concluir pela possibilidade de existência de ordens jurídicas totalmente independentes, para, assim, lograr meios para a identificação dessa necessidade de interação entre distintas cortes jurídicas para assegurar em maior grau o devido respeito aos direitos humanos em todos os países do globo e para conter abusos dos governos.

Nesse sentido, objetiva-se, nesse capítulo, demonstrar quais são os pressupostos históricos e teóricos que levaram à identificação da necessidade acima ressaltada, de forma a exigir um maior inter-relacionamento entre as distintas ordens, um diálogo entre elas, no que tange à proteção dos direitos humanos.

Para tanto, serão analisados, em um primeiro momento, os precípuos processos que

permitiram a emergência desse novo sistema, caracterizado pelo inter-relacionamento e confluência entre ordens, quais sejam, os processos de constitucionalização do direito internacional e de internacionalização do direito constitucional. Após, serão fixados os fatores que, de forma definitiva, levaram ao encontro entre ordenamentos, ou seja, será analisado de que modo houve a efetiva superação das teorias clássicas do direito acima referidas e em que sentido a complexidade da sociedade e a globalização promovem meios para a abertura das ordens para um processo de articulação e diálogo e, nesse sentido, para se concretizar os objetivos visados pela comunidade internacional no que concerne à proteção da pessoa humana.

2.1 OS PROCESSOS DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL E DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL

A percepção da existência de um sistema multinível de proteção dos direitos humanos, decorrente do reconhecimento da existência de um pluralismo de ordens jurídicas as quais interagem entre si, é produto de dois fenômenos distintos, porém correlatos: a constitucionalização do direito internacional, sobretudo com sua expansão qualitativa e quantitativa, e a internacionalização do direito constitucional, produto da própria evolução do constitucionalismo contemporâneo e da inserção de normas nas Constituições nacionais que conferem uma maior abertura do ordenamento interno ao internacional (RAMOS, 2012).

É produto, pois, de um processo de mão dupla, caracterizado pela abertura das Constituições nacionais ao direito internacional, ou seja, pela abertura das ordens jurídico-estatais ao ordenamento externo, e pelo concomitante aumento da influência de dispositivos constitucionais relevantes no direito internacional, processo esse que levou à consolidação de um sistema político-jurídico internacional (TOURARD, 2000).

Apenas a partir da compreensão de tais fenômenos é que se torna possível que se entenda a sistemática de proteção dos direitos humanos/fundamentais¹ e que se compreenda o

¹ Não se ignora que direitos humanos e direitos fundamentais são expressões não estritamente idênticas. Contudo, entende-se que os direitos fundamentais, assim como o defendido por Ingo Sarlet, são, em sua essência, direitos humanos, a única diferença residindo no fato de que os primeiros encontram-se positivados no direito interno de um Estado, enquanto os segundos são aqueles previstos em instrumentos internacionais. Consoante o frisado pelo teórico: “Os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos (grupos, povos, nação, Estado). [...] a distinção é de que o termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado

processo de convergência entre as normas derivadas de diferentes ordenamentos jurídicos, característico do estágio hodierno de intercâmbio de ideias constitucionais e de articulação entre os diversos ordenamentos jurídicos para a concretização da efetiva proteção dos direitos humanos.

Desse modo, procurando demonstrar os principais fatores históricos e as principais causas da emergência de um sistema pautado pelo inter-relacionamento entre diferentes ordens que tutelam, essencialmente, os mesmos direitos, mesmo que em graus diferenciados, e que levam à necessidade do estabelecimento de um diálogo entre referidas ordens para a eficácia da proteção dos direitos humanos, discorrer-se-á acerca de supracitados fenômenos, demonstrando-se concomitantemente a evolução da sistemática de tutela dos direitos humanos ao longo dos anos.

2.1.1 Constitucionalização do direito internacional

O processo de constitucionalização do direito internacional decorre da necessidade de adaptação do ordenamento jurídico internacional à realidade histórico-social pela qual passou a humanidade em meados do século XX, período no qual houve uma humanização do direito e uma conseqüente elevação da dignidade humana a um valor básico de fundamentação do direito internacional.

A busca pela definição do que se constitui esse processo de constitucionalização do direito internacional não é de data recente. Há inúmeras teorias que surgiram no decorrer do século passado para explicar essa tendência constitucional no âmago do direito internacional, Bardo Fassbender (1998) ressaltando que o estudo da evolução do discurso constitucional pode ser evidenciado da análise de três escolas principais, quais sejam, a Escola de Viena, *The New Haven School* e a Escola da Comunidade Internacional. Cada uma das escolas em destaque apresenta um discurso constitucional sob uma ótica diferenciada, todas detendo o intuito, entretanto, de demonstrar a possibilidade de reconhecimento, no cenário internacional, de normas de natureza constitucional.

Ante a importância de referidas escolas para a teoria do direito constitucional internacional, cumpre traçar algumas características essenciais de cada uma, de forma a evidenciar os pressupostos teóricos que promoveram meios para evidenciar a

Estado, ao passo que a expressão direitos humanos guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal” (SARLET, 2012, p. 16-18). Desse modo, por se referirem essencialmente aos mesmos direitos, as expressões serão utilizadas, para os fins desse trabalho, como sinônimas.

constitucionalização do direito internacional.

Primeiramente, contudo, insta salientar que não se ignora que a discussão relativa ao conceito de Constituição se desenvolveu desde longa data, sendo tal conceito tratado de diferentes maneiras por importantes pesquisadores, dentre os quais se destacam teóricos clássicos como Hans Kelsen², Rudolf Smend³, Konrad Hesse⁴ e Carl Schmitt⁵, entre outros (FASSBENDER, 1998).

Entretanto, mencionadas discussões, antes do surgimento das escolas acima referidas, centravam-se apenas no conceito de Constituição ligado essencialmente à figura do Estado (conceito moderno de Constituição), rejeitando a possibilidade de ser ele utilizado no contexto internacional. Dessarte, a importância das escolas acima referidas (Escola de Viena, *New Haven School* e Escola da Comunidade Internacional) cinge no fato de que a partir delas se desenvolveu a noção de que o conceito de Constituição pode ser aplicado a outros ordenamentos, não estritamente ligados à figura do Estado, permitindo, pois, o desenvolvimento da ideia de um processo de constitucionalização do direito internacional.

Fassbender (1998) pontua que em que pese o fato de os termos “Constituição” e “Direito Constitucional” no direito internacional não serem infrequentemente utilizados por teóricos e juristas, ora sendo utilizada como um meio de distinguir tratados que estabelecem uma instituição internacional e outros tratados internacionais, de forma a se referir a um instrumento constitutivo de uma instituição, ora sendo utilizado como símbolo de uma mais alta forma de unidade política na esfera internacional, entre outras utilizações, apenas os autores das escolas de direito acima evidenciadas conseguiram explicar de forma sistemática as razões e as consequências da utilização de tais termos quando em referência ao direito internacional.

No tocante à Escola de Viena, destacam-se as ideias lançadas por Alfred Verdross, estudante de Hans Kelsen, o qual desde 1926 procurou utilizar-se do termo Constituição

² Para Kelsen (2000), em sua teoria positiva pura do Direito, a Constituição é concebida como a norma de mais alta hierarquia dentro do direito nacional, à qual todas as outras devem se adequar para serem consideradas válidas.

³ Para o autor, cuja teoria é denominada “Teoria da Integração”, a Constituição, como uma ordem positiva legal de um Estado, possui uma função eminentemente integrativa e conciliatória, ou seja, destina-se eminentemente à promoção da integração da sociedade dentro de determinado Estado (SMEND, 1985).

⁴ Konrad Hesse (1998) descreve a Constituição como uma ordem legal fundamental da comunidade pública, estabelecendo ela um guia de princípios sobre os quais a unidade política deve se pautar e as atividades governamentais devem ser realizadas. A Constituição, assim, estabelece a base legal sobre a qual toda a comunidade de um estado se pauta, preconizando aspectos essenciais do ordenamento legal como um todo.

⁵ Carl Schmitt (1982), apesar de identificar a Constituição como relacionada à noção de Estado, a apresenta sob um enfoque bastante diferenciado dos demais autores, visto que a concebe não como uma norma, mas como uma decisão política fundamental da entidade investida da função de estabelecê-la. Desenvolve o autor, pois, um conceito de Constituição não ligado a seus aspectos formais.

quando em referência às normas internacionais. Apesar de o teórico a princípio entender que a Constituição no direito internacional, em sentido amplo, referia-se apenas às normas mais importantes do direito internacional geral (VERDROSS, 1926), o que limitava sua abrangência (possuindo apenas alcance quase universal), após, alterou seu entendimento, ao aceitar a Carta das Nações Unidas como o texto geral do direito internacional, como a Constituição internacional, em razão de quase todos os Estados a aceitarem como vinculante (VERDROSS; SIMMAS, 1984).

Nesta Escola, desenvolveu-se uma análise normativa do discurso constitucional, a Constituição sendo concebida como um conjunto de normas cuja existência constitui uma precondição para a validade de outras normas do ponto de vista legal e como um documento derivado do acordo entre Estados em determinado período da história, não sendo uma construção puramente teórica (FASSBENDER, 1998).

A Constituição internacional, como referida por Verdross, seria, pois, conformada pelos princípios do direito internacional encarregados de determinar suas fontes, seus sujeitos, sua forma de aplicação e as competências dos Estados (ACOSTA ALVARADO, 2013), sendo seu reconhecimento na esfera internacional um aspecto imprescindível para a aceitação cada vez maior da legitimidade e validade das normas internacionais.

Do mesmo modo, *The New Haven School* também contribuiu significativamente para o desenvolvimento da noção de constitucionalização do direito internacional, mesmo sendo por ela adotada uma perspectiva diametralmente contrária à acima assinalada, já que partiu de uma postura realista do direito, criticando a concepção normativa e positivista do ordenamento internacional.

Sua importância cinge no fato de que, ao partir de uma preocupação com a descrição e a avaliação de todo o processo constitucional e não meramente com a descrição das estruturas formais do governo (como na Escola de Viena), demonstrou a interdependência entre direito e política, salientando que a Constituição internacional deve ser percebida na inter-relação entre direito e o inteiro processo social da comunidade internacional (FASSBENDER, 1998). Ou seja, permitiu ela uma aproximação entre direito e sociedade, afastando o estudo do direito da mera análise das estruturas do sistema, para permitir o entendimento de que a Constituição válida é aquele documento que regula, de forma eficaz, o processo social.

Por fim, salienta Fassbender (1998) a importância da Doutrina da Comunidade Internacional, a qual apresenta uma visão mais extensa e progressiva do discurso constitucional quando em comparação com as duas outras escolas acima assinaladas.

Baseando-se nas ideias de Hermann Mosler e Tomuschat, passou-se a defender, por meio desta Escola de Direito, que a sociedade internacional é uma comunidade legal, ou seja, é governada pelo direito, havendo uma interdependência entre a Constituição internacional e a Comunidade Internacional.

Insta frisar que esta doutrina assinala, do mesmo modo que a Escola de Viena, a existência de normas básicas que condicionam a existência e a validade do direito. Há, contudo, diferenças entre as ideias desenvolvidas, as quais residem no fato de que a Escola de Viena pauta-se em um aspecto voluntário, exigindo o consenso estatal para a afirmação da existência de uma Constituição internacional, além de frisar que sua existência se deve à necessidade de se dar uma estrutura coerente ao sistema jurídico internacional que explique a legitimidade e a validez das normas de tais sistemas, enquanto que a Doutrina da Comunidade Internacional rejeita a necessidade de adesão voluntária, além de afirmar que a existência de uma Constituição internacional se deve à existência de valores comuns no cenário global, que reclamam por uma proteção reforçada e, dessarte, justificam a presença de normas constitucionais no âmbito internacional (ACOSTA ALVARADO, 2013).

De qualquer modo, independentemente da perspectiva adotada, vislumbra-se que todas as escolas evidenciam a possibilidade da utilização do termo “Constituição” ao se fazer referência a algumas normas internacionais, sobretudo ao partir da ideia da existência de normas básicas no direito internacional às quais a comunidade internacional deve observar. Sua compreensão é de suma importância para a análise do processo de constitucionalização do direito internacional, visto que são tais Escolas as que estabeleceram os pressupostos para se admitir o caráter constitucional das normas internacionais.

Tanto assim o é que após o desenvolvimento das doutrinas acima mencionadas houve um aumento significativo no estudo do tema, vislumbrando-se o surgimento de diversas outras teorias destinadas a demonstrar a correlação entre o direito constitucional e o direito internacional. Dentre as principais teorias surgidas, Acosta Alvarado (2013, p. 189) destaca que estas podem ser agrupadas de diversos modos, dependendo da perspectiva adotada para caracterizar o processo de constitucionalização. Como frisado pela teórica:

[...] podría pensarse en una clasificación en atención a su extensión, esto es, en un constitucionalismo global, en uno funcional, en uno regional, en uno multinivel que se estructure atendiendo a uno o a varios de estos matices. También podrían agruparse las ideas constitucionales atendiendo a su alcance en términos normativos, es decir, según si lo que se pretende es la conformación de un solo texto constitucional, el reconocimiento de la naturaliza constitucional de varias normas dispersas o la asunción de una pluralidad de regímenes constitucionales. Igualmente, podría hablarse de un constitucionalismo orgánico, de uno procedimental o de un constitucionalismo fundacional dependiendo de si lo que se

*persigue es la conformación de una estructura constitucional, de la constitucionalización de ciertos procedimientos o si lo que se pretende es que el constitucionalismo funja como fuente legitimadora del derecho internacional.*⁶

Diante dos limites e do foco deste trabalho, entretanto, não se discorrerá acerca de tais doutrinas, mesmo porque são elas muito variadas, não havendo uma unanimidade ou completa coerência na utilização dos termos “Constituição” ou “Constitucionalismo” pelos diferentes teóricos quando em referência ao direito internacional.

Para fins deste trabalho, parte-se da definição apresentada por Paola Acosta Alvarado (2013) quanto ao processo de constitucionalização do direito internacional, visto que ela apresenta uma posição tanto formalista quanto substancial desse processo, demonstrando quais os instrumentos e valores que foram desenvolvidos e positivados no direito internacional que permitem concluir pela evidência de um direito constitucional internacional.

Desta perspectiva, o processo de constitucionalização do direito internacional pode ser evidenciado da mera constatação da emergência de instrumentos e estruturas de caráter constitucional e da consagração de valores e princípios constitucionais no cenário jurídico internacional (ACOSTA ALVARADO, 2013, p. 177-178). Identifica-se, nesse sentido, com base nas ideias de Anne Peters (2006), que o processo de constitucionalização do direito internacional diz respeito à

*[...] corriente de pensamiento o el movimiento político e intelectual (artefacto académico) que pretende dotar al derecho internacional de rasgos constitucionales, esto es, pretende que este derecho sea un ordenamiento que fundamente, organice y limite el ejercicio del poder y que, por lo tanto, sea respetuoso del principio de legalidad, la separación de poderes, el régimen democrático y los derechos humanos.*⁷

Ou seja, refere-se ao processo em que o direito internacional, diante das mudanças do contexto internacional, assume características do direito constitucional, na procura pelo estabelecimento de limites ao poder irrestrito do Estado, pela fixação de parâmetros mínimos de coerência e de proteção internacional e pelo zelo aos interesses da comunidade

⁶ [...] poderia pensar-se em uma classificação em atenção a sua extensão, isto é, em um constitucionalismo global, em um funcional, em um regional, em um multinível que se estruture atendendo a um ou a vários destes matizes. Também poderiam agrupar-se as ideias constitucionais atendendo a seu alcance em termos normativos, ou seja, segundo se o que se pretende é a conformação de um só texto constitucional, o reconhecimento da natureza constitucional de várias normas dispersas ou a assunção de uma pluralidade de regimes constitucionais. Igualmente, poderia se falar de um constitucionalismo orgânico, de um procedimento ou de um constitucionalismo fundacional dependendo de se o que se persegue é a conformação de uma estrutura constitucional, da constitucionalização de certos procedimentos ou se o que se pretende é que o constitucionalismo funja como fonte legitimados do direito internacional (tradução livre).

⁷ [...] corrente de pensamento ou movimento político e intelectual (artefato acadêmico) que pretende dotar o direito internacional de características constitucionais, isto é, pretende que o direito seja um ordenamento que fundamente, organize e limite o exercício de poder e que, portanto, respeite o princípio da legalidade, a separação de poderes, o regime democrático e os direitos humanos.

internacional.

Dessa forma, com o fenômeno da constitucionalização do direito internacional, há a aplicação de princípios constitucionais ao direito internacional, como o *rule of law*, *checks and balances*, proteção dos direitos humanos e democracia, como modo de promover a eficiência da ordem internacional (PETERS, 2006). Desta perspectiva, que na concepção de Pernice (2009) é pós-nacional, inclui-se como Constituição todo instrumento normativo, seja nacional ou supranacional, destinado ao estabelecimento, organização e limitação da autoridade pública e do poder do Executivo, Legislativo e Judiciário pelo povo.

Fixado o marco teórico do processo de constitucionalização, passa-se a demonstrar os fatores que levaram ao surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, de modo a evidenciar em que sentido esse contribuiu para o processo de constitucionalização do direito internacional.

2.1.1.1 Pressupostos para o processo de constitucionalização do direito internacional: a evolução histórica do Direito Internacional dos Direitos Humanos e a juridificação das relações internacionais

A constitucionalização do direito internacional consiste em um fenômeno pelo qual o direito internacional “mimetiza institutos outrora reservados ao Direito Constitucional, como, v.g. criação de tribunais, proteção de direitos fundamentais, *rule of law*, acesso direto de indivíduos, julgamento de indivíduos no campo penal (até com pena de caráter perpétuo), entre outros” (RAMOS, 2012, p. 105).

Segundo Dimoulis (2014, p. 28), há quatro dimensões principais relativas à constitucionalização do direito internacional, as quais podem ser percebidas a partir da análise da contínua expansão do processo de proteção dos direitos humanos no cenário internacional:

- a) riquíssima produção normativa internacional em prol dos direitos humanos (declarações, convenções, pactos, tratados, etc.); b) crescente interesse das organizações internacionais pelos direitos humanos e criação de organizações cuja principal finalidade é promovê-los e tutelá-los; c) criação de mecanismos internacionais de fiscalização de possíveis violações e de responsabilização de Estados ou indivíduos que cometem tais violações (organização e procedimento); d) intensa produção doutrinária em âmbito internacional, incluindo debates de cunho político e filosófico, assim como análises estritamente jurídicas de dogmática geral e especial.

O desenvolvimento inicial da constitucionalização do direito internacional pode ser percebido desde o surgimento do Direito Humanitário, da Liga das Nações e da Organização

Internacional do Trabalho, estes considerados os precedentes históricos da sistemática internacional de proteção dos direitos humanos. Isso porque é a partir do desenvolvimento dos três sistemas que se redefiniu o *status* do indivíduo no cenário internacional, tornando-o verdadeiro sujeito de direito internacional (RAMOS, 2012).

Tais institutos contribuíram para o processo de constitucionalização seja “ao assegurar parâmetros globais mínimos para as condições de trabalho no plano mundial, seja ao fixar como objetivos internacionais a manutenção da paz e segurança internacional, seja ainda ao proteger direitos fundamentais em situações de conflito armado”, todos projetando, pois, o tema dos direitos humanos na ordem internacional (PIOVESAN, 2013, p. 190).

Entretanto, foi somente após a Segunda Guerra Mundial, com o surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que o processo de constitucionalização do direito internacional se consolidou, justamente diante do fato de que a partir de tal período, ante as atrocidades cometidas e o conseqüente surgimento da crença de que novas atrocidades deveriam ser prevenidas, criou-se uma sistemática internacional de proteção dos direitos humanos, tornando possível a responsabilização do Estado internacionalmente quando este se mostrasse falho na proteção dos direitos humanos. A partir de então o direito internacional deixou de limitar-se à regulação das relações entre Estados, estes não mais sendo concebidos como os únicos sujeitos do direito internacional, admitindo a intervenção no plano nacional em função da proteção dos indivíduos.⁸

Pedro Luño (2004, *apud* CARVALHO, 2011) bem esclarece que esse processo de constitucionalização do direito internacional, pelo teórico tratado como um processo de “internacionalização dos direitos fundamentais”, é decorrente, em sua essência, de uma série de acontecimentos lesivos à liberdade dos homens, que levaram ao empreendimento de lutas para assegurar a todos um catálogo básico de direitos a serem protegidos na esfera internacional.⁹

⁸ Até o processo de transformação do direito internacional a partir da Segunda Guerra Mundial, imperava o entendimento, na doutrina tradicional do direito internacional, que este se trava de um ramo do direito destinado exclusivamente à regulação das relações entre Estados, somente estes sendo concebidos como sujeitos de direito internacional. Nesse sentido destaca Thomas Buergenthal, citado por Piovesan, ao salientar que “O Direito Internacional tradicional é definido como o Direito que regula exclusivamente relações entre Estados-nações. Logo, sob este enfoque, apenas Estados eram sujeitos de Direito Internacional e apenas Estados podiam possuir direitos legais à luz deste Direito. Era inconcebível que os indivíduos detivessem direitos internacionais. Eles eram vistos como objetos, e não como sujeitos do Direito Internacional. Conseqüentemente, os direitos humanos eram concebidos como matéria concernente apenas à jurisdição doméstica de cada Estado. Este princípio negava aos outros Estados o direito de interceder ou intervir em hipóteses em que nacionais de um Estado tinham seus direitos por ele violados” (BUERGENTHAL, 1988; *apud* PIOVESAN, 2013, p. 219).

⁹ Destacam-se, nesse aspecto, as buscas pela autodeterminação e descolonização dos povos, os movimentos de afirmação dos direitos da mulher, as lutas contra sistemas totalitários de governo, a escravidão, os trabalhos

Do mesmo modo, na concepção de Richard Pierre Claude e Burns H. Weston (1989, p. 04), a constitucionalização internacional e a consequente utilização da expressão “direitos humanos internacionais” decorre essencialmente de um programa multidimensional de lutas legais e políticas para a devida observância dos direitos humanos. Decorre, nesse sentido, de iniciativas expansivas e aceleradas que partem de quatro pontos principais, quais sejam:

a) an attack upon the concept of state sovereignty as traditionally conceived; b) a goal-setting agenda for global policy; c) a standard for assessing national behavior and therefor for judging political legitimacy; and d) a spirited movement of concerned private individuals and groups that transcends political boundaries (an increasingly significant factor in international relations)¹⁰.

Por conseguinte, é apenas após a Segunda Guerra Mundial, depois da qual há o empreendimento de lutas para a efetiva proteção dos direitos humanos, que a comunidade internacional conscientiza-se quanto à necessidade de uma proteção internacional de direitos tidos como fundamentais ao homem, em decorrência dos horrores cometidos durante a guerra (TAIAR, 2009).

Somente então a tutela de tais direitos passa a constituir um tema de legítimo interesse e preocupação internacional, percebendo-se que um Estado isolado não possui condições de fazer frente a todos os desafios postos (RAMOS, 2012), os direitos humanos devendo transcender da competência nacional exclusiva, para serem protegidos mediante ação comum internacional e local (PIOVESAN, 2013).

O sofrimento decorrente das atrocidades cometidas veio a aprofundar a afirmação histórica dos direitos humanos, com o assentamento de direitos individuais, de natureza civil e política, e direitos de conteúdo econômico e social como objeto de tutela, com a consequente afirmação da existência de novas espécies de direitos humanos: os direitos dos povos e os direitos da humanidade (COMPARATO, 2010). Cabe transcrever a explicação conferida por Piovesan (2013, p. 191):

No momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do direito. Diante dessa ruptura, emerge a necessidade de reconstruir os direitos humanos, como referencial e paradigma ético

forçados e a procura pela prevenção da ocorrência de situações de terrorismo, sequestro de pessoas, crimes cibernéticos, entre outros.

¹⁰ [...] a) um ataque ao conceito de soberania de Estado como tradicionalmente concebido; b) uma agenda de definição de metas para a política global; c) um padrão para avaliar o comportamento nacional e, portanto, para julgar a legitimidade política; e d) um movimento de indivíduos e grupos privados que transcende as fronteiras políticas (um fator cada vez mais significativo nas relações internacionais) (tradução livre).

que aproxime o direito da moral.

O desenvolvimento do DIDH, destinado à proteção dos direitos mais básicos do homem, contribuiu de forma decisiva para o processo de constitucionalização, já que a partir dele ocorre, adotando-se a nomenclatura conferida por Ramos (2012), a “juridificação das relações internacionais”, pela qual há a expansão do direito internacional: uma expansão quantitativa, decorrente da intensiva produção de normas internacionais sobre os mais diversos campos de conduta social, e uma expansão qualitativa, decorrente do fortalecimento de procedimentos internacionais de interpretação e cumprimento de normas (com a criação de diversos tribunais internacionais¹¹ e órgãos quase-judiciais), superando a descentralização e a fragilidade na execução de normas internacionais¹² (RAMOS, 2012).

Nesse aspecto, é justamente ante a contínua produção de normas internacionais relativas à proteção dos direitos humanos, normas essas com alto grau de adesão por diferentes Estados, bem como com a instituição de um sistema de monitoramento e fiscalização no cenário internacional, destinado a garantir a proteção do indivíduo (PIOVESAN, 2013), que se pode afirmar que o direito internacional constitucionalizou-se no decorrer do século passado.

Insta destacar que a sistemática de proteção internacional começou a ser construída com a criação das Nações Unidas e de seus principais órgãos, quais sejam, a Assembleia Geral, o Conselho de Segurança, a Corte Internacional de Justiça, o Conselho Econômico e Social, o Conselho de Tutela, o Secretariado e a Comissão de Direitos Humanos da ONU. Considera-se como marco inicial do processo de constitucionalização do direito internacional, pois, a edição da Carta das Nações Unidas, em 1945, a qual é inclusive considerada por

¹¹ Nos últimos trinta anos, vislumbra-se a criação de diversos tribunais: o Tribunal do Mar, a Corte do Espaço Econômico Europeu, a Corte Centro-Americana de Justiça, a Corte da Comunidade de Estados Independentes, a Corte de Justiça do Mercado Comum do Sudeste e Leste Africano, o Tribunal Penal Internacional, o Tribunal de Justiça da Comunidade Econômica da África Ocidental, o Tribunal de Justiça do Mercado Comum do Caribe e a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos, quando anteriormente a 1990 apenas existiam seis tribunais, quais sejam, a Corte Internacional de Justiça, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, o Tribunal de Justiça do Paco Andino, o Tribunal de Justiça do Benelux, a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

¹² Essa descentralização e fragilidade eram decorrentes, em especial, do fato de que havia o entendimento de que o Estado era o produtor, destinatário e intérprete primário das normas internacionais, de modo que poderia ele comprometer-se ao direito internacional ao mesmo tempo em que violava repetidamente as normas internacionais, utilizando como defesa a alegação de que estava cumprindo as normas de acordo com sua interpretação peculiar do tratado. Com o alargamento normativo do direito internacional, por outro lado, houve o surgimento de obrigações cada vez mais invasivas e reguladoras das mais variadas facetas da vida social doméstica, estabelecendo-se, ainda, em face da desconfiança com a adoção de falsos comprometimentos por alguns Estados, procedimentos internacionais que assegurassem a interpretação e implementação das normas produzidas. Obtém-se, dessa forma, uma interpretação internacionalista das normas, como mecanismo de assegurar que os Estados, ao aderirem a tratados internacionais, não deixem de cumprir suas disposições, sob o pretexto de deterem uma ótica peculiar com relação ao assunto (RAMOS, 2012).

alguns teóricos, incluindo Sloboda e Tavares (2014, p. 504), como a Constituição material da sociedade internacional, visto que “gera direitos e obrigações para terceiros Estados, instituiu hierarquia normativa em direito internacional e, por meio de normas secundárias de reconhecimento, de julgamento e de alteração, confere a seus órgãos poderes legislativos e jurisdicionais”.

A partir da Carta das Nações Unidas houve a redefinição dos valores fundamentais da comunidade internacional e a instituição de marcos jurídico-institucionais de limitação do poder estatal. Por meio de sua edição dá-se início, pois, a uma nova ordem internacional, caracterizada pela contínua integração sistêmica do direito internacional com o direito interno dos Estados (PIOVESAN, 2013). A consequência fundamental de sua edição é essencialmente a promoção da internacionalização dos direitos humanos que, desde então, deixam de ser matéria exclusiva da jurisdição interna dos Estados (CASTILLO DAUDÍ, 2006).

Após, em 1948, editou-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, esta vista como código e plataforma comum de ação dos Estados, a qual foi elaborada com o intuito principal de definir o elenco de direitos humanos previsto na Carta das Nações Unidas. A Declaração introduziu no cenário internacional a concepção contemporânea de Direitos Humanos, os quais passaram a ser tidos como uma unidade interdependente e indivisível, todos os direitos, sejam eles civis e políticos ou econômicos, sociais e culturais, detendo o mesmo valor e importância (PIOVESAN, 2013).

Desde então, com a crescente valorização internacional dos direitos humanos, passou a haver uma intensa produção de tratados e órgãos internacionais para garantir a implementação dos direitos humanos conceituados na Declaração Universal de Direitos Humanos, já que tal Declaração, ainda que constitua um código comum de conduta dos Estados, não possui força jurídica obrigatória e vinculante.

Criou-se, ante tal constatação, para o fim de assegurar o respeito por todos os Estados dos direitos humanos, uma sistemática internacional de monitoramento e controle (*international accountability*) (PIOVESAN, 2013), a qual, como destacado, revela o caráter qualitativo da juridificação do direito internacional.

Esse processo foi iniciado a partir da juridicização da Declaração, a qual culminou na elaboração de dois tratados internacionais distintos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, os quais, em conjunto com a Declaração Universal de Direitos Humanos, formam o *International Bill of Rights*, e inauguram o sistema global de proteção dos Direitos Humanos, o qual

posteriormente passou a ser ampliado com o advento de diversos tratados multilaterais de direitos humanos, relacionados a temas específicos.

Dessarte, no decorrer dos anos, passam a ser adotados novos instrumentos no cenário internacional, todos destinados a assegurar a proteção internacional dos direitos humanos e reafirmar a necessidade primordial dos Estados em assegurar essa proteção. Adota-se nesse aspecto a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (1948), a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1965), a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (1979), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias (1990), a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2006), todas instituídas com a finalidade de garantir a todos os indivíduos o exercício de seus direitos e liberdades fundamentais.

Referidos tratados e seus Protocolos Facultativos adicionam sistemática importante à *accountability* internacional, com a instituição dos sistemas dos relatórios e das comunicações internacionais, bem como, em alguns casos, do sistema de petições individuais, para que os indivíduos possam denunciar as violações de direitos enunciados nos tratados (PIOVESAN, 2013).

Ainda com vistas à maior proteção internacional dos direitos humanos, são criados órgãos com o intuito principal de garantir a responsabilização dos Estados pelas violações de direitos humanos em seu território. Nesse sentido, destaca-se a criação do Tribunal Penal Internacional (1998), responsável pelo julgamento de casos de crimes contra a humanidade, crimes de guerra, crimes de genocídio e crimes de agressão, atuando como jurisdição complementar às cortes nacionais, bem como a instituição, em 2006, do Conselho Internacional de Direitos Humanos, em substituição à antiga Comissão de Direitos Humanos da ONU¹³, principal órgão do sistema internacional responsável pelo combate às violações de direitos humanos.

Ao mesmo tempo em que há a criação de órgãos e a produção de tratados globais de

¹³ A Comissão de Direitos Humanos foi transformada, em 2006, no Conselho de Direitos Humanos da ONU, com o intuito de se conferir à proteção da pessoa humana a devida prioridade, ressaltando a visão de que a paz, a segurança e os direitos humanos constituem os três pilares do sistema da ONU. A criação do Conselho de Direitos Humanos se destaca como mais um processo decorrente da importância conferida à proteção internacional dos Direitos Humanos, sendo o conselho responsável, entre outros aspectos, pela coordenação das atividades de direitos humanos da ONU, por responder às violações a referidos direitos e por procurar estabelecer um diálogo construtivo com outros órgãos e organizações para a promoção e proteção dos direitos humanos (PIOVESAN, 2013).

proteção de direitos humanos destinados a todos os Estados da comunidade internacional, vislumbra-se a criação de sistemas regionais de proteção desses mesmos direitos, em virtude das especificidades de cada região do globo, destacando-se, em especial, o Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos, o Sistema Africano de Proteção dos Direitos Humanos e o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.

Tais sistemas foram criados justamente para complementar o sistema global, levando em consideração as particularidades e valores históricos semelhantes nos diferentes blocos regionais e implicando uma aceitação mais espontânea dos Estados no tocante às normas fixadas em âmbito regional e uma maior potencialidade de os Estados envolvidos exercerem pressões para que haja o devido cumprimento de tais normas, ante a proximidade geográfica (HEYNS; VILJOEN, 1999).

Referida sistemática criada no cenário regional, cumulada com a sistemática internacional, contribuiu imensamente para o processo de proteção internacional dos direitos humanos. Consoante pontuado por Acosta Alvarado (2013, p.204), a criação de normas e instrumentos internacionais e regionais veio a trazer inúmeros benefícios ao desenvolvimento dos direitos humanos, já que

[...] ellas llenan los vacíos que dejan las cartas de derechos a nivel constitucional nacional, así mismo gracias a ellas se puede lograr la protección extraterritorial de los individuos y la protección de los no ciudadanos. De igual forma, las normas internacionales de derechos humanos adhieren una nueva capa de límites al poder del Estado cuya ejecución no compete, como tradicionalmente, sólo al derecho nacional, sino que ahora también le incumbe a otros actores internacionales. En general las normas del derecho internacional de los derechos humanos ayudan a establecer los estándares mínimos de protección y elevar los parámetros de salvaguarda, facilitan la comunicación entre los diversos escenarios de tutela, permiten alcanzar cierto grado de coherencia entre los diversos componentes del derecho internacional y entre este y los ordenamientos nacionales, finalmente, sirven como parámetro de validez de las normas, tanto constitucionales, como internacionales y en ese sentido se erigen como un derrotero para el legislador y, en general, como parámetro de conducta para el ejercicio del poder¹⁴.

A intensa produção de documentos internacionais e regionais contribuiu, pois, para o desenvolvimento da ideia de que a proteção dos direitos humanos deve ultrapassar as

¹⁴ [...] elas preenchem as lacunas deixadas pelas cartas de direito a nível constitucional e também, graças a elas, se pode lograr a proteção extraterritorial dos indivíduos e a proteção dos não-cidadãos. Da mesma forma, as normas internacionais de direitos humanos atribuem uma nova camada de limites ao poder do Estado cuja execução não compete, como ocorria tradicionalmente, somente ao direito nacional, mas também, agora, a outros atores internacionais. Em geral, as normas do direito internacional dos direitos humanos ajudam a estabelecer os padrões mínimos de proteção e elevar os parâmetros de salvaguarda, facilitam a comunicação entre os diversos cenários de tutela, permitem alcançar certo grau de coerência entre os diversos componentes do direito internacional e entre este e os ordenamentos nacionais, finalmente, servem como parâmetro de validade das normas, tanto constitucionais como internacionais e, nesse sentido, se apresentam como um guia para o legislador e, em geral, como parâmetro de conduta para o exercício do poder (tradução livre).

fronteiras estatais, bem como para erigir os indivíduos à posição de sujeitos do direito internacional, de modo a lhe conferir mecanismos eficazes para salvaguardar direitos protegidos pelo sistema internacional (RAMOS, 2012).

É nesse aspecto, diante da disseminação de normas internacionais de proteção dos direitos humanos no cenário internacional e de criação de órgãos destinados a assegurar a *accountability* internacional, ou seja, destinados a fiscalizar e monitorar a devida tutela dos direitos humanos em todas as partes do globo, cumulados com a admissão do indivíduo como objeto de primordial importância, processos estes que se consolidam com o surgimento e expansão do DIDH, que se vislumbra a formação de um processo de constitucionalização do direito internacional.

2.1.1.2 A importância da consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos para a proteção internacional de matérias antes reservadas à tutela constitucional

Como visto, a admissão da emergência e da existência de um interesse comum da comunidade global na proteção dos direitos humanos constitui o principal elemento que leva ao processo de constitucionalização do direito internacional, com a elaboração de normas e a introdução de mecanismos para assegurar a implementação desses valores e direitos de caráter fundamental.

Nesse sentido destaca Peters (2006, p. 589), ao acentuar que “*constitutionalization of public international law means recognition of interests of the community of states and the introduction of mechanisms for their implementation*”,¹⁵ do mesmo modo que esclarece Acosta Alvarado (2013) que a constitucionalização do direito internacional opera-se a partir da admissão de valores fundamentais que possam servir de norte e base para o direito internacional, como a democracia, a paz, a dignidade humana, entre outros, e a construção de um marco normativo para a limitação do poder e a devida tutela de referidos valores.

A percepção da imprescindibilidade de se dar proteção e efetividade aos direitos humanos leva, segundo já demonstrado, à consolidação do denominado Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), ramo este do direito internacional cuja importância deriva não apenas do fato de a partir dele haver uma juridificação das relações internacionais, ou seja, de haver a criação de normas e órgãos destinados a assegurar a proteção dos direitos humanos, mas também, e sobretudo, diante do fato de a partir dele se consagrar a tutela de tais direitos

¹⁵ [...] constitucionalização do direito internacional público significa o reconhecimento de interesses da comunidade de estados e a introdução de mecanismos para sua implementação (tradução livre).

como o principal objetivo visado pela comunidade internacional. A constitucionalização, pois, ocorre a partir da consolidação do DIDH, já que por meio dele há, como salienta Trindade (2006, p. 412), a fixação de um

[...] *corpus juris* de salvaguarda do ser humano, conformado, no plano substantivo, por normas, princípios e conceitos elaborados e definidos em tratados e convenções, e resoluções de organismos internacionais, consagrando direitos e garantias que têm por propósito comum a proteção do ser humano em todas e quaisquer circunstâncias, sobretudo em suas relações com o poder público, e, no plano processual, por mecanismos de proteção dotados de base convencional ou extra convencional, que operam essencialmente mediante os sistemas de petições, relatórios e investigações, nos planos tanto global como regional. Emanado do Direito Internacional, este *corpus juris* de proteção adquire autonomia, na medida em que regula relações jurídicas dotadas de especificidade, imbuído de hermenêutica e metodologia próprias.

Referido movimento apresenta um caráter específico e especial que acaba por distingui-lo do direito internacional público, já que enquanto este visa o interesse dos próprios Estados, disciplinando as relações de reciprocidade e o equilíbrio entre eles, por meio de negociações e concessões recíprocas, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, por outro lado, objetiva garantir o pleno desenvolvimento e a proteção dos direitos individuais e sociais garantidos à pessoa humana (PIOVESAN, 2013).

O DIDH, pois, ao sustentar a necessidade de se conferir eficácia plena a tais direitos, por meio da instituição de normas que tutelam a vida, a dignidade humana, a liberdade, a igualdade, entre outros aspectos, e ao prever instrumentos jurídicos e políticos para a implementação dos direitos humanos (TAIAR, 2009), assenta-se, nesse sentido, como ramo especializado na tutela de valores essenciais à adequada tutela da pessoa. Referido ramo do direito internacional, aliado às sistemáticas regionais de proteção dos direitos, promoveu condições para uma reconstrução e unificação ética fundada na dignidade humana após a Segunda Guerra Mundial, por meio da criação de normas jurídicas e de um sistema de fiscalização da aplicação das mesmas para a proteção da pessoa humana e por meio da consagração da necessidade de respeito aos direitos humanos como forma de limitação do uso abusivo do poder (AMARAL JÚNIOR; JUBILUT, 2009).

Destaca-se que surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos provocou grandes alterações, sobretudo ante o fato de elevar o ser humano à condição de sujeito de direito internacional. A fim de assegurar a proteção efetiva desse novo sujeito, foram estabelecidos nos âmbitos internacional e regional padrões mínimos a serem respeitados pelos Estados e foi desenvolvido um sistema internacional de proteção da pessoa humana, sistema este destinado a funcionar de forma complementar aos sistemas internos de proteção, nos

casos em que esses se mostram ineficazes ou inexistentes (AMARAL JÚNIOR; JUBILUT, 2009).

A consolidação desse novo ramo especializado, destinado exclusivamente à proteção da dignidade da pessoa humana, constitui, dessa maneira, uma das maiores conquistas do processo de humanização ou constitucionalização do direito internacional, já que permitiu a criação de complexos mecanismos dirigidos à proteção do indivíduo no contexto internacional (ACOSTA ALVARADO, 2013).

O ser humano deixa, então, de ser reduzido a um mero objeto da proteção internacional, sendo identificado como sujeito titular de direitos emanados do ordenamento jurídico internacional, constituindo essa, nas palavras de Trindade (2006, p. 413), a “grande revolução jurídica operada pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos ao longo da segunda metade do século XX, e hoje consolidada de modo irreversível”. Por meio da consolidação do DIDH, dessa forma, conseguiu-se estabelecer normas e mecanismos internacionais para a proteção dos direitos humanos como valores fundamentais da humanidade, levando à consolidação de uma comunidade internacional com políticas dirigidas à proteção desses indivíduos (ACOSTA ALVARADO, 2013).

Possuindo como objetivo primordial a proteção do ser humano contra todas as formas de dominação ou do poder arbitrário (TRINDADE, 2006), por meio do reconhecimento de que os indivíduos possuem direitos protegidos não somente pelos Estados, mas também pelo direito internacional, de modo a impor que o descumprimento às normas protetivas internacionais implicaria a responsabilização internacional do Estado violador, o DIDH concretizou o processo de constitucionalização do direito internacional.

Esse novo ramo do direito internacional acabou por colocar em xeque a visão tradicional de um relacionamento binário entre o Estado e o indivíduo no tocante à proteção dos direitos humanos. Verificam-se, nesse cenário, diversas modificações, com a ampliação dos titulares de direitos, a instituição de mecanismos que possibilitam a responsabilização do Estado no cenário internacional e o fortalecimento da politização da matéria, ante a necessidade de continuamente se realizarem compromissos entre os Estados e atores internacionais, para se conferir efetividade aos direitos humanos no cenário internacional, mesmo sem a presença de um poder estatal e instituições que promovam a execução direta das normas internacionais (DIMOULIS, 2014).

Percebe-se, pois, que, ao concentrar-se na tutela nos direitos da pessoa humana, o DIDH passou a tratar de assuntos que tradicionalmente eram vistos como sendo de conteúdo materialmente constitucional, já que os direitos destinados à proteção do indivíduo em face de

abusos eram comumente considerados de competência exclusivamente interna.

Ante a instituição de um sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos, por meio da criação de um complexo *corpus juris*, como se viu no tópico anterior, e a assunção pelo direito internacional de características inerentes do direito constitucional, inclusive com o trato de questões consideradas materialmente constitucionais, operou-se uma conversão dos interesses da comunidade internacional e uma redefinição do que é matéria de exclusiva jurisdição doméstica dos Estados (TAIAR, 2009). Como bem esclarece Peters (2006, p. 591):

*States are no longer a black box for international law, because international organizations, treaty bodies, foreign states, officials of foreign state organs, and transnational non-governmental organizations (NGOs) scrutinize and assess national constitutional systems, and impose material standards of governance relating, inter alia, to the protection of human rights and democracy. This also means that both spheres (the international and the national) can no longer be neatly separated. They already complement each other and should do so even more in the future*¹⁶.

Do mesmo modo salienta Antonios Tzanakopoulos (2011, p. 138), o qual ressalta que o que se evidencia hodiernamente é um processo de regulação pela jurisdição internacional de matérias anteriormente reservadas ao plano interno, justamente para o fim de regular a conduta estatal dentro de sua jurisdição doméstica e evitar violações a direitos humanos. Como destacado pelo teórico:

*Not only is there a proliferation of regulation taking place at the international level, but also a great number of norms adopted at that level is characterized by a distinct and peculiar "directionality." Many international norms are no longer traditional, almost exclusively "extrovert" or "outward-looking" obligations imposed on States with respect to their interaction with other States on the international plane. Rather, most are increasingly "introvert" or "inward-looking" norms; that is to say, norms that aim to regulate State conduct within the domestic jurisdiction (or, to put it another way, norms whose intended operation is through—direct or indirect—implementation within the domestic jurisdiction)*¹⁷.

¹⁶ Os Estados não são mais uma caixa preta para o direito internacional, porque organizações internacionais, comitês, Estados estrangeiros, oficiais de órgãos estatais estrangeiros e organizações não-governamentais transnacionais (ONGs) examinam e avaliam sistemas constitucionais nacionais e impõem padrões materiais de governança relacionados, *inter alia*, à proteção dos direitos humanos e da democracia. Isso também significa que ambas as esferas (internacional e nacional) não mais podem ser separadas. Eles já se complementam e devem fazê-lo ainda mais no futuro (tradução livre).

¹⁷ Não somente há uma proliferação da regulamentação a nível internacional, mas também um grande número de normas adotadas àquele nível são caracterizadas por uma "direcionalidade" distinta e peculiar. Muitas normas internacionais já não são mais tradicionais, obrigações quase exclusivamente "extrovertidas" ou "dirigidas para o exterior" impostas aos Estados quando de se sua interação com outros Estados no plano internacional. EM sentido contrário, a maioria é cada vez mais "introvertida" ou "voltada para interior"; ou seja, são normas que visam regulamentar o comportamento do Estado *dentro* da jurisdição interna (ou, em outras palavras, normas cuja operação pretendida seja – direta ou indiretamente – a implementação dentro da jurisdição doméstica) (tradução livre).

Nesse contexto em que se percebe que os Estados não são mais os únicos protagonistas do direito internacional, que seus direitos não são os únicos tutelados e que sua vontade não é a única fonte de legitimidade, a observância dos direitos humanos deixa de ser um assunto de interesse particular do Estado no plano interno para passar a ser matéria de interesse internacional, e, desta feita, objeto também de regulamentação pelo direito internacional (HENKIN, 1990).

Tal percepção é o núcleo central do processo de constitucionalização, pois implica a percepção de que as soluções aos diferentes desafios lançados à humanidade não mais podem ser resolvidas por meio do balanço entre interesses estatais, somente podendo ser encontradas no interesse comum do homem (BRYDE, 2005). Nesse sentido, estabelecem-se os pressupostos para a afirmação da existência de um processo de convergência entre o direito internacional e o direito constitucional, já que a partir da existência de valores comuns tutelados tanto pelo direito constitucional quanto pelo direito internacional, sedimenta-se a ideia de que se destinam a um mesmo fim, devendo atuar em conjunto para atingirem os mesmos objetivos.

Insta frisar que não se ignora a reticência de alguns teóricos e Estados em aceitar a existência de uma universalidade e valores comuns objeto de proteção dos direitos humanos, já que, ao basearem-se na tese do relativismo cultural¹⁸, defendem ser impossível a identificação de uma moral universal, de modo que não poderia a comunidade internacional impor uma concepção única de direitos humanos para todos os países do globo.

No entanto, não obstante os embates ainda existentes, ressalta-se que, sobretudo ante a ratificação pela maioria dos Estados de uma grande variedade de instrumentos normativos internacionais referentes à proteção dos direitos humanos, há de se admitir que existe, no mínimo, um núcleo comum de valores que são considerados universais, ou seja, protegidos pela grande variedade de Constituições nacionais.

Destaca Cottier (2009, p. 663), ao tratar desses valores, que eles são “*essential coordinates. Today, they amount to the most deeply anchors principles in law. Nobody*

¹⁸ Para os relativistas, o direito encontra-se estritamente atrelado ao sistema político, econômico, cultural, social e moral vigente em determinada sociedade, de modo que cada cultura individual possui uma interpretação própria acerca dos direitos humanos e fundamentais, estes estando relacionados às específicas circunstâncias culturais e históricas de cada sociedade. Diante de tal constatação, o pluralismo cultural impediria a formação de uma moral universal, o conceito de moral e de direito devendo ser compreendido levando-se em consideração o contexto cultural em que o indivíduo se situa. Como destacado por R.J. Vincent, citado por Piovesan, para os relativistas “não há moral universal, já que a história do mundo é a história de uma pluralidade de culturas e, neste sentido, buscar uma universalidade, ou até mesmo o princípio de universalidade clamado por Kant, como critério para toda a moralidade, é uma versão imperialista de tentar fazer com que valores de uma determinada cultura sejam gerais” (VICENT *apud* PIOVESAN, 2013, p. 212).

*seriously argues against them, and the concept is widely accepted, at least as a core. No government can afford to challenge human rights as an ideal*¹⁹, de forma que para o autor não há dúvidas de que a comunidade global considera um determinado núcleo de direitos humanos como ideais, valores e objetivos comuns, como a proteção da vida, da dignidade da pessoa humana e do direito de liberdade.

A diversidade e, nesse sentido, o pensamento relativista, é evidenciado não no tocante ao núcleo de valores comuns defendidos pela comunidade, mas sim nas formas de operação e tutela de tais valores, ante a existência de divergências no tocante ao peso dado a um direito humano em face do outro pelos diferentes países.

Diante de tal fato é que se defende a necessidade de adoção de uma política voltada à coordenação e inter-relacionamento entre ordens para o aprendizado recíproco e, conseqüentemente, para a concreta eficácia da proteção conferida pelas normas internacionais aos direitos humanos em geral, questão esta que será melhor tratada no item 3.2 desta dissertação, quando do estudo da questão da alteridade como pressuposto para o inter-relacionamento entre diferentes ordens jurídicas.

Basta, por ora, frisar a existência de uma base comum de valores universalmente aceitos. O fato de alguns direitos não serem completamente protegidos por alguns países não significa que eles não são ideais e aspirações comuns da comunidade global, sobre os quais estruturas comuns para sua proteção devem ser construídas (COTTIER, 2009).

Noutro norte, ressalta-se que também não se ignora o fato de que as Constituições nacionais democráticas também preveem uma série de direitos concomitantemente protegidos por esse novo ramo do direito internacional. Nesse sentido, há de se esclarecer que a emergência dessa nova sistemática internacional não visou substituir a proteção garantida pelos Estados a seus cidadãos, mas sim pretendeu se constituir como parâmetro protetivo mínimo a ser observado pelos Estados e se configurar como instância de proteção dos direitos humanos, nos casos em que as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas no dever de sua proteção (PIOVESAN, 2013).

Destina-se apenas a impedir que as deficiências do sistema nacional impeçam o pleno exercício de direitos pelo indivíduo.

Logo, caberia aos Estados a responsabilidade primária de assegurar os direitos da pessoa e ao sistema internacional a atuação complementar, permitindo-se sua atuação apenas

¹⁹ [...] coordenadas essenciais. Hoje, são os princípios mais profundamente ancorados na lei. Ninguém discute seriamente contra eles e o conceito é amplamente aceito, pelo menos como um núcleo. Nenhum governo pode dar-se ao luxo de desafiar os direitos humanos como um ideal (tradução livre).

quando a proteção estatal se mostrasse inexistente ou ineficaz (AMARAL JÚNIOR; JUBILUT, 2009). Assim esclarece Piovesan (2013, p. 241):

No sistema internacional de proteção dos direitos humanos, o Estado tem a responsabilidade primária pela proteção desses direitos, ao passo que a comunidade internacional tem a responsabilidade subsidiária. Os procedimentos internacionais têm, assim, natureza subsidiária, constituindo garantia adicional de proteção dos direitos humanos, quando falham as instituições nacionais. Os tratados de proteção dos direitos humanos consagram, ademais, parâmetros protetivos mínimos, cabendo ao Estado, em sua ordem doméstica, estar além de tais parâmetros, mas jamais aquém deles.

A consagração dos direitos humanos no plano internacional não visou impor uma forma certa e determinada de organização social dos Estados ou estabelecer políticas uniformes para todos os Estados, mas sim buscar incentivar que estes, não obstante suas diferenças, procurem se comportar de forma convergente com os valores e preceitos básicos, ou melhor, mínimos, instituídos nos tratados internacionais de proteção dos Direitos Humanos (TRINDADE, 2006).

Os dois sistemas buscam atingir um mesmo objetivo, já que compartilham de idêntico fundamento, qual seja, a primazia do valor da dignidade humana. São, pois, “duas faces de um mesmo processo de valorização do ser humano, na hierarquia axiológica da comunidade internacional, estabelecidos a partir dos mesmos eventos históricos” (AMARAL JÚNIOR; JUBILUT, 2009, p. 33), de tal forma que se exige complementariedade, como modo de se garantir a adequada proteção dos direitos humanos. A complementariedade decorre justamente da constatação de que grande parte das fontes de aplicação do direito encontra-se fora do texto constitucional (BALAGUER CALLEJÓN, 2003), exigindo a convergência entre tais fontes internas e externas para a adequada e integral proteção dos direitos humanos.

O processo de constitucionalização do direito internacional, desta feita, acaba por reforçar os próprios direitos constitucionalmente assegurados, fortalecendo os mecanismos de proteção dos direitos da pessoa humana, implicando um processo de convergência do direito internacional com o direito constitucional na tutela de valores comuns a ambos os sistemas.

2.1.2 Internacionalização do direito constitucional

A constitucionalização do direito internacional não é um caminho de mão única. Do mesmo modo que houve a assunção pelo direito internacional de características próprias do direito constitucional, aquele exerceu imensas influências no direito doméstico, sobretudo por

erigir os direitos fundamentais a um valor máximo a ser protegido no âmbito interno. Como destaca Bryde (2005, p. 120), “*constitutionalization of international law and internationalization of national constitutional law work together to create a world constitutional law based on human right and the rule of law*”²⁰.

A assunção de características do direito internacional no plano interno diz respeito a um processo designado de internacionalização do direito constitucional, também impulsionado pela nova configuração conferida ao direito interno após a Segunda Guerra Mundial. Nesse período, é inaugurada uma nova fase do processo de constitucionalismo, marcada pela primazia dos princípios e do postulado de justiça em detrimento da observância cega à lei escrita, bem como a partir da consequente inserção nas Constituições nacionais de normas que conferem uma maior abertura do direito interno às normas internacionais.

Referido processo de internacionalização é decorrente, pois, da própria evolução do constitucionalismo, ou seja, do movimento político-jurídico-social voltado à limitação do poder e à proteção dos direitos fundamentais pelo ordenamento jurídico (TAVARES, 2012), e das tentativas dos Estados de adequarem sua legislação interna aos ditames internacionais, no processo de democratização do direito.

Para que se possa compreender mencionado processo de internacionalização, é necessário, pois, que se discorra brevemente acerca da evolução do constitucionalismo, para averiguar como essa constante evolução levou ao reconhecimento da imprescindibilidade de tutela, pelo Estado, de direitos humanos fundamentais, e serviu, ainda, para legitimar e reforçar os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos que foram sendo desenvolvidos concomitantemente com esse movimento constitucional.

Ainda, o entendimento de referido movimento do constitucionalismo é estritamente necessário para que se compreendam as modificações operadas no ordenamento jurídico nacional que permitiram um encontro entre o direito constitucional e o direito internacional, modificações estas que inclusive promoveram meios para o reconhecimento da emergência de uma nova fase do constitucionalismo, caracterizada pela maior articulação entre os diferentes níveis de proteção de direitos existentes, qual seja, a fase de constitucionalismo multinível, que será melhor tratada no próximo capítulo.

Do mesmo modo, ainda é necessário que se discorra acerca da abertura do direito interno ao direito internacional e regional com a inserção de cláusulas de abertura nas

²⁰ [...] constitucionalização do direito internacional e internacionalização do direito constitucional nacional trabalham em conjunto para criar uma lei constitucional mundial baseada no direito humano e no Estado de Direito (tradução livre).

Constituições domésticas, as quais evidenciam o processo de aproximação do direito interno ao internacional, no âmbito da proteção dos direitos humanos.

2.1.2.1 Evolução do constitucionalismo contemporâneo: contribuições para a proteção de direitos humanos pelo ordenamento jurídico interno

A posição atribuída à Constituição e aos princípios e valores nela consagrados nem sempre foi a mesma. A Constituição, tal como é hoje concebida, passou por um longo processo de mutação histórica para ser identificada como a norma suprema que rege o ordenamento jurídico nacional e na qual se encontram sedimentados os direitos fundamentais, considerados de primordial importância para a sociedade.

O constitucionalismo, denominação atribuída ao movimento político-jurídico-social que causou a evolução do conceito de Constituição e de seu conteúdo, é marcado por um processo evolutivo composto de três fases principais. A primeira fase, do *constitucionalismo liberal*, era marcada pela defesa do Estado de Direito, ou seja, da preeminência da lei sobre a vontade dos indivíduos e governantes, defesa esta destinada ao enfrentamento das monarquias absolutistas existentes e a qual acabou por realçar a importância da lei e do legislador em seu papel de limitação ao abuso de poder. Em contrapartida, a segunda fase, do *constitucionalismo social* era marcada pelo fato de se acentuar o papel do Estado na transformação da realidade social, por meio da promoção da saúde, educação e previdência social, de forma a defender os interesses da coletividade (CONCI, 2012).

O que se evidencia, como pontuado por Conci (2012), é que as duas fases acima mencionadas eram basicamente voltadas para o âmbito nacional, fato que implica a consideração de que não eram as Constituições limitadas por qualquer força externa, de modo que havia grande possibilidade de manipulação dos valores defendidos em cada fase pelos integrantes do Estado.

É diante dessa consideração que a discussão acerca da legitimidade do governo ganha espaço, fato que culmina no surgimento de uma nova etapa do processo de constitucionalismo, fase na qual há uma mudança de paradigma, a partir da qual se cria uma nova percepção da Constituição e de seu papel na proteção dos direitos e na interpretação jurídica em geral. Como destaca Figueiredo (2008, p. 219), a Constituição passa a deter posição privilegiada, de modo a limitar o poder irrestrito do Estado:

La supremacía de la Constitución y la jurisdicción constitucional son mecanismos por los cuales determinados principios y derechos, considerados inalienables por el

*poder constituyente originario, son substraídos de la esfera decisoria ordinaria de los agentes políticos electos por el pueblo, quedando protegidos por los instrumentos de control de constitucionalidad de las leyes y actos del poder público.*²¹

Essa nova fase do constitucionalismo contemporâneo surgiu, essencialmente, após a Segunda Guerra Mundial, visto que se percebeu que o constitucionalismo clássico, caracterizado pelo aspecto absentéista da Constituição e pela supremacia do Parlamento, era insuficiente para a garantia da observância dos preceitos consagrados pelas Constituições e para se assegurar a proteção dos direitos tidos como fundamentais para todos os homens.

Surge ela, pois, conjuntamente com a emergência do Direito Internacional dos Direitos Humanos, em resposta às atrocidades cometidas no período e como forma de assegurar a proteção desses direitos pelas Constituições nacionais. É justamente sob o prisma da reconstrução dos direitos humanos que “no âmbito do Direito Constitucional ocidental são adotados Textos Constitucionais abertos a princípios, dotados de elevada carga axiológica, com destaque para o valor da dignidade humana” (PIOVESAN, 2013, p. 87), de modo a implicar a necessidade de coexistência entre a normatividade nacional e a internacional, em função da proteção dos direitos humanos.

Como frisado por Conci (2012, p. 12),

O final das duas grandes guerras ocorridas na primeira metade do século XX proporcionou um reavivamento da teoria constitucional, fruto de equívocos e excessos ocorridos em um período marcado por violentas projeções autoritárias contra a dignidade humana, marcadas pela sólida construção de ordenamentos jurídicos habilitantes, fundados em um positivista normativista que apelava demasiadamente para uma análise meramente formal do direito em detrimento de uma percepção prevalentemente substancialista do fenômeno jurídico.

Além disso, surge em razão do advento e disseminação de teorias pós-positivistas²² do direito no mesmo período, em contraposição às teorias positivistas²³ que imperavam

²¹ A supremacia da Constituição e a jurisdição constitucional são mecanismos pelos quais certos princípios e direitos, considerados inalienáveis pelo poder constituinte original, são subtraídos da esfera de decisão ordinária dos agentes políticos eleitos pelo povo, sendo protegidos pelos instrumentos de controle de constitucionalidade das leis e atos de poder público (tradução livre).

²² Como principais teóricos desse novo movimento, temos Ronald Dworkin (*Taking rights seriously*, 1977), John Rawls (*A theory of justice*, 1980), Gustavo Zagrebelsky (*El derecho ductil*, 1992) e Robert Alexy (*Teoria de los derechos fundamentales*, 1985). Destaca-se o posicionamento de Dworkin, um dos percussores do novo movimento, o qual, em sua teoria do direito passa a reinserir os princípios como normas jurídicas vinculantes do Direito. Desse modo, para o autor e pós-positivistas em geral, a moralidade encontra-se evidente no direito, ante o fato de os princípios possuírem força normativa, princípios estes que devem ser observados por uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade (DWORKIN, 2002).

²³ O positivismo jurídico, modernamente, originou-se dos pensamentos de Augusto Comte, este considerado por muitos como o fundador do positivismo jurídico, tendo em Hans Kelsen e em Herbert Hart seu apogeu. Kelsen, considerado um dos principais positivistas existente, entendia que para uma norma ser considerada válida apenas seria necessário que ela fosse criada de acordo com os procedimentos formais de criação previstos no ordenamento jurídico. Nesse sentido, a norma não se submeteria a qualquer juízo valorativo, havendo uma estrita

durante o período do constitucionalismo clássico, defendendo a atribuição de caráter normativo aos princípios e a reinserção de valores morais no direito, como exigência da consagração dos ideais de justiça e para se evitar a ocorrência de novas atrocidades, como as ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial.

Logo, sob tal prisma, promoveu-se uma abertura das Constituições para o cenário internacional de proteção dos direitos humanos, para o fim de proteger a pessoa por meio de um direito que não se limita ao território nacional, bem como uma multiplicação de direitos em prol da pessoa e o entrelaçamento de ordens jurídicas para assegurar essa proteção do indivíduo em face de novas violações a seus direitos (CONCI, 2012).

É nesse sentido que se lançam as bases para a conformação de um novo paradigma de interpretação constitucional no período pós-guerra, não mais somente ligado à ideia de limitação do poder do Estado, mas também e essencialmente ligado à busca da defesa do conteúdo material da Constituição. Como destacado por Carbonell (2013), no âmbito do constitucionalismo do século XXI, ganha extrema relevância a questão interpretativa, a qual passa a constituir o centro de qualquer questão relativa ao tema de direitos fundamentais.

Essa nova fase encontra-se associada a um “efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”, de modo que a partir desse novo movimento do direito constitucional os valores e comportamentos contemplados nos princípios e regras constitucionais passam a condicionar a validade de todas as demais normas do direito infraconstitucional (BARROSO, 2005, p. 12-13).

A partir de então, há uma ruptura com o constitucionalismo liberal de previsão meramente formal do direito, objetivando-se a garantia material de direitos fundamentais a todos (VALE, 2009) e uma convergência normativo-axiológica entre o direito e a moral.

Faralli (2006) ressalta que essa abordagem constitucionalista do direito é caracterizada por três aspectos principais: a) a inclusão de conteúdos morais no direito (os quais passam ter posição de destaque), expressos nos princípios e nos direitos invioláveis dos indivíduos; b) a atribuição de uma maior importância aos processos de aplicação do direito; e c) a vinculação do legislador aos princípios e aos direitos constitucionais, bem como a atribuição de papel decisivo dos juízes para sua execução, mesmo que em contraste com as decisões legislativas e com a lei.

separação entre o direito e a moral, a moral devendo ser tida como extrínseca ao ordenamento jurídico (KELSEN, 1998).

Por meio da defesa de tais aspectos, passa-se a se vislumbrar a Constituição como norma jurídica fundamental, dotada de supremacia e carga axiológica; passa a haver a incorporação, no texto constitucional, de valores e opções políticas fundamentais para a promoção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais; e passam os valores constitucionais a deter uma eficácia expansiva, irradiando-se por todo o sistema jurídico e condicionando a interpretação e aplicação do direito infraconstitucional à realização e concretização de programas constitucionais necessários à garantia de condições de existência mínima e digna das pessoas (CUNHA JÚNIOR, 2008).

Dessa forma, operam-se algumas mudanças fundamentais no âmbito do constitucionalismo. Como apontado por Ávila, há

[...] princípios em vez de regras (ou mais princípios do que regras); ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação que subsunção); justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que geral e abstrata); Poder Judiciário em vez dos Poderes Legislativo ou Executivo (ou mais Poder Judiciário e menos Poderes Legislativo e Executivo); Constituição em substituição à lei (ou maior, ou direta, aplicação da Constituição em vez da lei) (ÁVILA, 2009, p. 02).

Importante contribuição desse novo modelo de Estado constitucional, e que acaba por diferenciar as novas Constituições das anteriores, decorre justamente do fato de se encerrar princípios em seu interior, atribuindo a eles importância primordial. A importância conferida aos princípios corrobora a tendência irresistível que conduz à valoração e eficácia dos princípios como normas-chaves de todo o sistema jurídico (BONAVIDES, 2009). Desse modo, os valores ingressam no sistema jurídico a partir dos princípios, deixando eles de deter caráter supletivo, para ocupar posição de destaque no ordenamento jurídico, visto que ligados a valores morais.

Como ressaltado por Bonavides (2009), a partir do novo movimento do direito constitucional, os princípios passam da especulação metafísica para o campo concreto de direito positivo; deixam de ser previstos apenas nos Códigos para ingressarem nas Constituições (passagem da esfera jusprivatista para a esfera juspublicística); passam à esfera da Ciência Jurídica, deixando de ser tratados apenas na esfera jusfilosófica; ganham caráter normativo; e passam a deter total hegemonia e preeminência nas Constituições.

Há, então, um evidente processo de internacionalização do direito constitucional, por meio da positivação dos direitos fundamentais na norma de mais alto escalão do ordenamento jurídico interno.

No âmbito do direito constitucional brasileiro, por exemplo, esse processo opera-se a partir do advento da Constituição Federal de 1988 e da redemocratização do governo do país

no período. Isso porque a partir de então há um indiscutível avanço na consolidação de direitos e garantias fundamentais na carta constitucional e na proteção de setores vulneráveis da população brasileira. Após tal período, acentua-se a preocupação da Constituição brasileira em assegurar a dignidade e o bem-estar da pessoa humana, como um imperativo para a justiça social, de modo que se percebe a importância conferida pela Constituição de 1988 aos direitos humanos (PIOVESAN, 2013).

Além de pregar a interpretação da Constituição vinculada aos princípios, defender a irradiação das normas constitucionais para todo o ordenamento (constitucionalização do Direito), sugerir ativismo judicial (em especial da jurisdição constitucional) para fazer valer os valores constitucionais, as modificações operadas também acabaram por levar à abertura da Constituição aos direitos humanos, para fazer frente aos desafios sociais, econômicos, ambientais e políticos pelos quais passa o Estado (RAMOS, 2012), já que, ao inserir princípios, a moralidade e aspectos materiais no âmbito do direito constitucional, positiva tais direitos e reforça a necessidade de sua completa observância por todos.

Nesse novo momento do constitucionalismo, os direitos constantes das Declarações de Direitos passam, pois, a ser inseridos nas Constituições dos Estados, referidas declarações passando, por conseguinte, a se incorporar à história do constitucionalismo (PIOVESAN, 2013), consagrando, definitivamente, a exigência da efetiva proteção dos direitos fundamentais pelas Constituições.

É diante de tal fato que as evoluções promovidas no âmbito do constitucionalismo contemporâneo permitiram, pois, um avanço no processo de proteção dos direitos humanos em um texto constitucional aberto a uma nova interpretação e dotado de supremacia, avanço esse que consolida o processo de internacionalização do direito constitucional.

2.1.2.2 A remodelação das Constituições nacionais a partir da inserção de normas de abertura do direito interno às normas internacionais

A perspectiva jurídico-internacional vai além da mera coordenação entre Estados para a defesa dos direitos humanos no plano internacional, sendo possível se vislumbrar uma tendência no campo do direito constitucional de diluição dos esquemas de separação completa dos ordenamentos jurídicos internos e externos para uma abertura ao direito internacional (HÄBERLE, 2007).

A preocupação global com a proteção dos direitos humanos, cumulada com o incremento da preocupação nacional em instituir mecanismos para assegurar essa proteção,

levou a um processo de recepção, pela ordem interna, de influências das normas internacionais e de abertura das Constituições ao exterior, para acoplar-se com as normas domésticas (HERDEGEN, 2010). É nesse sentido que Cottier (2009) afirma que as Constituições domésticas e as ordens legais têm sido continuamente influenciadas e remodeladas pelo direito internacional.

A partir da readaptação do constitucionalismo em praticamente todos os países democráticos e a consequente difusão da ideia de que os Estados detêm como fim primordial a proteção do indivíduo, verifica-se que houve uma abertura das Constituições nacionais às normas internacionais de tutela de referidos direitos.

Além da tendência das Constituições nacionais em adotar princípios do ordenamento jurídico internacional relacionados à proteção dos direitos humanos, evidencia-se uma tendência de vincular de modo mais concreto o direito nacional às normas internacionais, em muitas Constituições tendo sido incorporadas regras do direito internacional. Tal fato pode ser observado em diversos ordenamentos jurídicos, Herdegen (2010) citando como exemplo o fato de a maioria dos países estipular condições para a validação interna dos tratados internacionais, consagrarem, em âmbito constitucional, o postulado da primazia da proteção dos direitos humanos previstos em convenções internacionais, bem como, em especial, concederem validade e hierarquia privilegiada aos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica interna.

No âmbito do SIDH, foco deste trabalho, diante do processo de redemocratização e remodelação constitucional pelo qual passaram grande parte dos países que compõem o sistema a partir da década de 1980, pondo fim aos regimes ditatoriais até então imperantes, foram inseridas cláusulas constitucionais abertas nas Constituições dos países da região, as quais passaram a permitir uma maior integração entre as ordens constitucionais e a ordem internacional no campo dos direitos humanos.

Isso porque, a partir da década de 1980, instalou-se, sobretudo na região latino-americana, uma tendência no sentido de aprofundar elementos democráticos nas Constituições dos Estados nacionais, o que ocorreu justamente ante a reforma e a abertura das Constituições para o direito internacional dos direitos humanos e a consequente instalação de um sistema continental de proteção de tais direitos e de contenção de excessos dos Estados nacionais integrantes do sistema (CONCI, 2012).

O que se observa, nesse período, é que se opera o fortalecimento de mecanismos de participação democrática direta do povo, a criação de instrumentos judiciais de proteção de direitos fundamentais, a ampliação do catálogo de tais direitos, os quais passam a ser

previstos nas próprias Cartas Constitucionais, além do fortalecimento da independência judicial para o controle das arbitrariedades dos demais órgãos (CONCI, 2012). Tais renovações trazidas pelas novas Constituições nacionais dos países que compõem o SIDH criam meios para a uma maior articulação entre os países da região e entre estes e o sistema regional de proteção dos direitos humanos.

Essa integração entre as Constituições nacionais e a ordem internacional diante desse processo de abertura se vê ainda mais reforçada no SIDH quando em comparação com outras regiões do globo, sobretudo diante da forte inter-relação entre direitos humanos e Constituição na maior parte dos países que compõem o sistema, já que os direitos fundamentais aparecem claramente conformados e garantidos tanto pela fonte constitucional como pelas fontes do direito internacional, havendo uma verdadeira fusão e um único sistema de direitos, com fonte interna e internacional (ORTIZ TORRICOS, 2014). Nesse aspecto, facilita-se, na região, o estabelecimento de um diálogo, em razão de os Estados compartilharem de um mesmo reconhecimento dos direitos humanos e dos instrumentos que os contêm, os quais, em regra geral, são considerados partes do próprio sistema jurídico, formando um verdadeiro *ius commune* latino-americano.

Piovesan (2016) bem apresenta, de forma resumida, de que forma houve essa abertura constitucional em alguns países pertencentes ao SIDH.

Como frisado pela autora, percebe-se a abertura: a) na Constituição Argentina, a qual após a reforma constitucional de 1994 passa a prever que os tratados de direitos humanos possuem hierarquia constitucional, complementando outros direitos e garantias previstos constitucionalmente; b) na Constituição Brasileira de 1988, pela qual se estabelece o §2º do art. 5º da CF, prevendo que os direitos expressos na CF não excluem outros direitos fundamentais decorrentes de tratados internacionais ratificados pelo Brasil, bem como o §3º do art. 5º da CF, incluído em 2004 (EC 45/04), que passa a conferir hierarquia constitucional a tratados de direitos humanos aprovados segundo o rito especial previsto em referida disposição legal; c) na Constituição Peruana de 1993, pela qual se consagra que os direitos constitucionalmente previstos devem ser interpretados em conformidade com a Declaração Universal de Direitos Humanos e com os tratados de direitos humanos pelo país ratificados. Ainda, destaca-se que em 2005 o Tribunal Constitucional do Peru também aceitou a hierarquia constitucional de tais tratados de direitos humanos; d) na Constituição da Colômbia de 1991, na qual se confere hierarquia especial aos tratados de direitos humanos (indicando, em seu art. 93, que tais tratados prevalecem na ordem interna) e se estabelece que os direitos humanos constitucionalmente reconhecidos pelo país devem ser sempre interpretados em

conformidade com os tratados de direitos humanos ratificados pelo país; e e) na Constituição do Chile de 1980, a qual após a reforma constitucional de 1989 passou a consagrar o dever de os órgãos estatais respeitarem os direitos garantidos pelos tratados pelo país ratificados.

Ainda, além dos Estados citados por Piovesan, destacam-se as Constituições da Venezuela e do México, já que a primeira, em seu art. 23, atribui hierarquia constitucional aos tratados, pactos e convenções de direitos humanos, aduzindo que eles prevalecem sobre o direito interno se mais favoráveis à pessoa humana que as leis constitucionais, enquanto a segunda, desde sua reforma em 2011, prevê em seu art. 1º a aplicação do princípio *pro homine* para a resolução de conflitos entre o direito interno e o internacional (CONCI, 2012).

Denota-se, pois, que a abertura das Constituições nacionais encontra-se relacionada, em sua essência, ao processo de inserção de normas tendentes a conferir uma posição privilegiada aos tratados de direitos humanos e ao estabelecimento da necessidade de sua observância obrigatória em todas as instâncias, para assegurar a devida tutela de tais direitos, mesmo que não previstos expressamente nas Constituições domésticas, mas sim em normas internacionais. Nesse sentido dispõe Fix-Zamudio (1995, p. 64), ao acentuar que

*[...] en los ordenamientos constitucionales latinoamericanos se observa una evolución dirigida a otorga jerarquía superior, así sea con ciertas limitaciones, a las normas de derecho internacional, particularmente las de carácter convencional, sobre los preceptos de carácter interno, inspirándose de alguna manera en la evolución que se observa en los países de Europa continental con a posterioridad a la Segunda Guerra Mundial.*²⁴

É nesse cenário, em que os países passam a assegurar um tratamento especial aos direitos e garantias previstos em instrumentos internacionais (mesmo que de forma diferenciada, já que alguns conferem hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos enquanto outros apenas conferem hierarquia supralegal), que se percebe um processo de internacionalização do direito constitucional e, como frisado por Nogueira Alcalá (2011, p. 25), de formação de um sistema em que há dois diferentes níveis de proteção dos direitos humanos, quais sejam, o nacional (constitucional) e o internacional (convencional), fato que

[...] requiere que los jueces nacionales e interamericanos se muevan en la misma dirección, en una perspectiva de cooperación coordinada y constructiva, especialmente, cuando dicha perspectiva viene exigida desde los mismos textos constitucionales, produciéndose el doble movimiento de constitucionalización de los derechos asegurados en el sistema americano e, en muchos casos, de los tratados

²⁴ [...] nos ordenamentos constitucionais latino-americanos se observa uma evolução dirigida à outorga de hierarquia superior, assim seja com certas limitações, às normas de direito internacional, particularmente as de caráter convencional, sobre os preceitos de caráter interno, inspirando-se de alguma maneira na evolução que se observa nos países da Europa Continental após a Segunda Guerra Mundial (tradução livre).

*que lo conforman, los cuales sin dejar de ser derecho internacional, son, a la vez, derecho interno; como asimismo, una internacionalización del derecho constitucional.*²⁵

No caso brasileiro, mais especificamente, é a partir da Carta de 1988, como destacado, que se institucionaliza e instaura um regime político democrático no país, a Constituição avançando indiscutivelmente na consolidação de direitos e garantias fundamentais e os direitos humanos ganhando relevo extraordinário (PIOVESAN, 2013). A Constituição de 1988 inaugurou uma nova era do constitucionalismo brasileiro, encerrando o ciclo autoritário que dominou o país até meados da década de oitenta (FIGUEIREDO, 2008).

Contribuição essencial, como destacado, é a inserção dos §§2º e 3º (este último por meio da EC nº 45/2004), no art. 5º, da CF²⁶, de forma a conferir maior primazia aos tratados de direitos humanos no direito interno. Neste ponto, insta salientar que não se ignoram as divergências doutrinárias surgidas com relação à hierarquia dos tratados de direitos humanos no direito brasileiro a partir da inserção de tais normas, discussões estas não completamente solucionadas, alguns teóricos ainda defendendo a hierarquia constitucional, enquanto outros defendem a hierarquia meramente supralegal de tais tratados. Entretanto, considerando o foco deste trabalho, não se discorrerá sobre a questão, bastando destacar que tais cláusulas, de uma forma ou outra evidenciam uma abertura do direito interno ao internacional.²⁷

Frisa-se, contudo, que a inserção de tais parágrafos no art. 5º da Carta Constitucional brasileira não corresponde ao único avanço existente na CF que acaba por aproximar o direito

²⁵ [...] requer que os juízes nacionais e interamericanos se movam na mesma direção, em uma perspectiva de cooperação coordenada e construtiva, especialmente, quando dita perspectiva vem exigida desde os mesmos textos constitucionais, produzindo-se o duplo movimento de constitucionalização dos direitos assegurados no sistema americano e, em muitos casos, dos tratados que o conformam, os quais, sem deixar de ser direitos internacional, são, a sua vez, direito interno; como, do mesmo modo, uma internacionalização do direito constitucional (tradução livre).

²⁶ Art. 5º (...).§ 2º 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. § 3º 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.

²⁷ A discussão referente à hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil constitui um dos assuntos mais discutidos no país no tocante ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. Evidencia-se, em síntese, a existência de quatro posições diversas: a) a hierarquia meramente legal de todos os tratados, posição esta defendida a princípio pelo STF a partir da decisão tomada no RE 80.004, de 1977; b) a hierarquia supralegal, porém infraconstitucional, dos tratados de direitos humanos, atual posicionamento do STF; c) a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, ante a aplicação irrestrita do §2º do art. 5º da CF, posicionamento este defendido por importantes teóricos como Antônio Cançado Trindade e Flávia Piovesan e que é adotado por inúmeros estudiosos de direitos humanos; e d) a hierarquia supraconstitucional dos tratados de direitos humanos, por se considerar serem as normas internacionais hierarquicamente superiores às normas internas e se considerar redundante o §2º do art. 5º da CF, posicionamento esse defendido por Celso de Albuquerque. Ainda, após a introdução do §3º do art. 5º da CF por meio da Emenda Constitucional nº 45/2003 iniciaram-se novos debates, estes relativos à existência de diferenças no tocante à posição hierárquica dos tratados aprovados anteriormente a sua promulgação e à existência de tratados meramente formais ou materialmente constitucionais.

constitucional do direito internacional. Destaca-se, nesse tocante, que outras contribuições essenciais dizem respeito ao alargamento do campo dos direitos e garantias fundamentais (produto da evolução do constitucionalismo acima mencionada), o que se percebe da mera análise do preâmbulo da carta constitucional²⁸, e ao fato de se estabelecer, dentre os fundamentos e objetivos visados pelo Estado Democrático de Direito, a proteção de direitos fundamentais de essencial importância, como a dignidade da pessoa humana e a cidadania, e o fim de concretizar políticas destinadas a assegurar, na prática, essa dignidade (art. 1º a 3º da CF/1988)²⁹. Tais previsões demonstram a preocupação do Estado brasileiro em assegurar o bem-estar da pessoa humana, como forma de se garantir justiça social, preocupação esta ainda reafirmada ao se elevar tais direitos e garantias à categoria de cláusulas pétreas³⁰.

Além disso, no tocante à internacionalização constitucional, percebe-se que a Constituição de 1988 é a primeira a estabelecer uma série de princípios destinados a guiar o país nas relações internacionais (art. 4º, da CF)³¹, sendo, inclusive, a primeira a positivar a prevalência dos direitos humanos como princípio fundamental regulador das relações internacionais do Estado brasileiro (IENSUE; CARVALHO, 2015). Nesse tocante, consagra-se definitivamente no ordenamento jurídico brasileiro o respeito aos direitos humanos como paradigma e a implicar uma abertura da ordem interna aos sistemas internacionais e regionais de proteção dos direitos humanos (PIOVESAN, 2013).

Ainda, outro importante avanço se deu a partir da constitucionalização de remédios

²⁸ Preâmbulo: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

²⁹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

³⁰ Art. 60, §4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...)IV - os direitos e garantias individuais.

³¹ Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político. Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

constitucionais (mandado de segurança, *habeas data*, *habeas corpus* e mandado de injunção), além de mecanismos de controle de constitucionalidade, os quais permitiram um incremento da atividade judicial no controle de omissões e ações da Administração Pública e do Poder Legislativo, como forma de assegurar a concretização de direitos fundamentais. O aumento do papel dos juízes nacionais a partir das reformas constitucionais promoveu, dessarte, meios para a consolidação do Estado Democrático de Direito no Brasil, já que cria óbices à tomada de medidas que promovam retrocessos no campo de direitos fundamentais (CONCI, 2012).

A prevalência conferida aos direitos humanos pela Constituição brasileira contribuiu para a reinserção do país na agenda global, sobretudo ante o fato de conduzir à ratificação, pelo país, de inúmeros instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos³² e ante o fato de levar à adesão do país a alguns mecanismos de controle de sua atuação na proteção de tais direitos, mecanismos estes destinados a conferir aplicabilidade às normas de proteção internacionais e internas existentes.

Como destacado por Ramos (2016), até o momento constata-se, no tocante a tais mecanismos de controle, que o Brasil: a) reconheceu a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos (1998); b) ao aderir ao Protocolo Facultativo da Convenção para a eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher conferiu a seu Comitê o poder de receber petições individuais de vítimas aos direitos na Convenção previstos (2002); c) reconheceu o poder do Comitê para a Eliminação de Todas as formas de Discriminação Racial de receber denúncias (2002); d) reconheceu a competência do Comitê contra a Tortura e do Comitê dos Direitos das Pessoas com Deficiência de receber e analisar petições de vítimas contra o Brasil (2006 e 2007, respectivamente); e, por fim, e) permitiu a apresentação de petições individuais, contra o Brasil, pelas vítimas de direitos civis e políticos, ao aderir, em 2009, ao Protocolo Facultativo de Direitos Civis e Políticos.

Com a inserção de cláusulas de abertura na Constituição brasileira e nas

³² Há nesse período, a adesão do Brasil à Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1989), à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1989), à Convenção sobre os Direitos da Criança (1990), ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1992), ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1992), à Convenção Americana de Direitos Humanos (1992), à Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1995), ao Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte (1996), ao Protocolo de San Salvador (1996), à Convenção Interamericana para Eliminação de todas as formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência (2001), ao Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional (2002), ao Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (2002), ao Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre o Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados (2004), ao Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre Venda, Prostituição e Pornografia Infantil (2004), ao Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura (2007) e ao Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (2009).

Constituições nacionais dos países pertencentes ao SIDH, seguindo as tendências europeias, e com a conseqüente ratificação de diversos instrumentos e mecanismos de controle pelos países da região, concretiza-se o processo de internacionalização do direito constitucional, implicando uma aproximação das legislações nacionais ao direito internacional.

Ainda, promove-se nesse sentido uma ampliação da proteção interna dos direitos humanos, com vistas à consolidação de um sistema no qual estes são protegidos em todas as esferas, independentemente se previstos nas Constituições internas ou nas normas internacionais que regem a matéria.

De todo modo, o que há de se apreender é que a partir da segunda metade do século XX consolida-se um sistema em que o direito internacional e o direito interno convergem para a proteção de direitos fundamentais ao indivíduo, a relação entre tais ordens constituindo, como frisado por Balaguer Callejón (2003), uma consequência natural do pluralismo ordimental.

Assim, evidenciado o encontro entre distintas ordens jurídicas, exige-se o estabelecimento de pontes de comunicação entre elas, havendo a necessidade do estabelecimento de procedimentos específicos para essa interação entre os distintos sistemas jurídicos, procedimentos esses que serão apresentados no capítulo 4 deste trabalho.

2.2 FATORES PREPONDERANTES PARA O PROCESSO DE CONFLUÊNCIA

Os processos de constitucionalização do direito internacional e de internacionalização do direito constitucional acima apresentados acabam por possibilitar e, ao mesmo tempo, exigir um maior inter-relacionamento entre o plano internacional e os planos domésticos. Isso porque levam à tutela de direitos semelhantes em ambos os planos, justamente para evitar a ocorrência de atrocidades e para assegurar a devida tutela do homem em todos os âmbitos.

A busca pela efetiva proteção da dignidade humana, seja por meio de normas nacionais seja por meio de normas de cunho internacional ou regional, implica a necessidade de reformulação do sistema até então vigente, caracterizado pela completa separação entre o direito internacional e os direitos nacionais. Nesse novo momento, iniciado e possibilitado pelos processos de internacionalização dos direitos humanos e de constitucionalização do direito internacional, evidencia-se um encontro entre diferentes ordens jurídicas, de modo a superar ideias retrógradas até então preponderantes na definição desse relacionamento entre o

direito internacional e os diferentes órgãos internacionais e o direito interno e seus respectivos órgãos jurisdicionais.

O processo de fortalecimento dos direitos humanos no cenário global e de fortalecimento da proteção de tais direitos também pelas ordens jurídicas nacionais ocidentais possibilita, dessa maneira, uma progressiva superação de determinadas concepções antes adotadas como primordiais pelo Estado e como de observância obrigatória nas relações internacionais, dentre elas destacando-se o conceito de Estado Soberano e as discussões relativas às teorias monistas-dualistas de relacionamento entre o ordenamento jurídico interno e a ordem internacional.

Com a superação de tais concepções há o “sepultamento definitivo da ideia de que o Estado é o titular do monopólio da produção de normas jurídicas” (SARMENTO, 1999, p. 24), o que leva à necessidade de se levar em consideração as experiências de outros Estados e órgãos internacionais para a efetiva proteção dos direitos humanos.

A compreensão da superação de tais conceitos é de essencial importância para que se entenda em que sentido pode-se afirmar haver uma ligação estreita entre o direito externo e o direito doméstico. Isso porque é somente a partir da aceitação da ideia de que os Estados não são absolutamente soberanos e do fato de que vivemos em um cenário marcado por uma pluralidade de ordens jurídicas, não havendo hierarquia ou uma completa separação entre os diferentes sistemas, é que se torna possível entender o momento jurídico em que nos encontramos, marcado por um constitucionalismo multinível caracterizado pela necessidade de um diálogo constante entre as diferentes ordens jurídicas para uma maior proteção dos direitos humanos.

Por conseguinte, passa-se à análise das principais modificações promovidas pelo processo de constitucionalização de direito internacional e de internacionalização do direito interno, já que tais processos abalaram as estruturas do direito até então predominantes, bem como das inovações trazidas mais recentemente pelo aumento da complexidade da sociedade e pela globalização, que também possuem um papel essencial na promoção de uma maior interação entre as distintas ordens jurídicas.

2.2.1 Cenário pós-westfaliano: relativização do conceito de soberania

A primeira modificação promovida pela constante evolução da sistemática de proteção dos direitos humanos no âmbito internacional e nos ordenamentos jurídicos internos é a relativização do conceito de soberania, conceito este caracterizado por se constituir, até o

advento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, como principal elemento a regular o relacionamento entre diferentes Estados no cenário internacional.

A ideia de soberania absoluta centra-se na noção de igualdade e independência de todo e qualquer Estado relativamente aos demais Estados ou organismos internacionais (IENSUE; CARVALHO, 2015), de forma a preconizar a impossibilidade de um Estado intervir no outro, ou de interferir no modo de condução de sua política interna, inclusive nas hipóteses de violações maciças aos direitos humanos dentro de seus limites territoriais.

A inclusão da soberania como elemento integrante e irrenunciável do conceito de Estado decorreu de um longo processo evolutivo. Considerando o foco deste trabalho, entretanto, não se discorrerá acerca dos diferentes entendimentos conferidos ao longo do tempo à soberania, bastando esclarecer que foi na França do século XVI, com base nas ideias lançadas por Jean Bodin³³, que se cristalizou a ideia de soberania como o poder absoluto do chefe de Estado dentro de seu território (poder este submetido apenas ao direito natural), e que tal ideia foi fixada documentalmente com os tratados de paz de Westfália assinados entre 1648-1659, pelos quais se reconheceu pela primeira vez na história da humanidade a soberania absoluta dos Estados. Como explica Taiar (2009, p. 70), a Paz de Westfália foi

[...] o texto normativo intergovernamental que reconheceu, pela primeira vez, o princípio da soberania nacional, colocando-o no topo da estrutura da ordem mundial da época. Desse modo, pôs fim às guerras religiosas e ao estreito vínculo que até então se dava às questões do Papado e do Império. As principais regras que coadunam os Estados soberanos expressadas na Paz de Westfália são as seguintes: a igualdade soberana entre os Estados; a prevalência do princípio territorial sobre o pessoal; o respeito aos limites internacionais e a não-intervenção em assuntos internos de outros Estados.

Desde então a concepção de Estado encontra-se eminentemente ligada à soberania, sendo elemento essencial daquele. Na definição de Dalmo de Abreu Dallari (1993, p. 101), o Estado é a “ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”, conceito este que contém implicitamente a noção de soberania como característica inerente da ordem jurídica, reafirmando, consoante afirmado por Iensue e Carvalho (2015), o monopólio absoluto do Estado sobre o direito e sobre sua aplicação dentro de suas fronteiras.

Em que pese a construção histórica do conceito de soberania sedimentado pela Paz de Westfália, salienta-se que hoje, justamente ante os processos de constitucionalização e de internacionalização, não mais é possível se falar em um Estado totalmente soberano, ou seja,

³³ Jean Bodin discorre acerca da soberania como poder absoluto do chefe de Estado em sua obra intitulada *De la Republique*, publicada em 1576, sendo considerado por muitos teóricos como o iniciador da doutrina da soberania, já que sistematiza a teoria da soberania.

que não sofre a ingerência de qualquer organismo estrangeiro. Em especial, consoante o afirmado por Campello e Lopes (2017), destaca-se que por meio de mencionado processo de internacionalização do direito constitucional o próprio Estado limita sua soberania interna ao consagrar o primado de bens jurídicos internacionais, implicando modificações significativas no conceito de soberania estatal.

Nesse sentido, no marco do processo de internacionalização dos direitos humanos e constitucionalização dos direitos fundamentais vislumbra-se, paralelamente, um questionamento aos paradigmas westfalianos, com a conseqüente diminuição do papel da soberania estatal e a humanização do direito internacional (AMARAL JÚNIOR, JUBILUT, 2009).

Isso porque, desde a Segunda Guerra Mundial, os indivíduos se tornaram sujeitos de preocupação internacional, como já destacado, de modo a implicar a imprescindibilidade de o Estado proteger o bem-estar de seu povo e de atender às obrigações fixadas pela comunidade internacional (CLAUDE; WESTON, 1989). Como a soberania atrelada à concepção de poder absoluto do Estado significa que “não existem barreiras para o Estado, nem mesmo jurídicas, negando inclusive a existência do direito internacional público, o que se traduz numa verdadeira anarquia”, o princípio da soberania absoluta precisou ser revisto, ante o entendimento de que este deve ter limites, para o fim de evitar novos abusos de poder (TAIAR, 2009, p. 275).

É diante de tal fato que após a Segunda Guerra a sociedade passa a buscar regular os direitos e deveres dos Estados, o que ocorre, em especial, a partir da edição da Carta da ONU (1945) e da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), pelas quais se buscou veicular compromissos normativos de preservação da paz e da tutela de direitos humanos aos Estados (CAMPELLO; LOPES, 2017). Por meio de tais instrumentos, elege-se o indivíduo como titular do poder soberano e protagonista da proteção na esfera internacional, sendo ele elevado a sujeito de direito internacional, posição esta que era eminentemente dos Estados soberanos (BOBBIO, 2004).

A soberania como poder ilimitado perde lugar, assim, a partir do momento em que a sociedade internacional passa a regular e impor limites nas relações entre Estados (CAMPELLO; LOPES, 2017), até mesmo em razão da antinomia existente entre a ideia de soberania absoluta e direito (FERRAJOLI, 2002).

Como destacado por Celso Lafer (1995, p. 140-141), há, com isso, uma inversão de paradigma, com a passagem do dever do súdito para o direito do cidadão, perspectiva esta que representa uma “legitimação plena da perspectiva dos governados e promove uma

domesticação da perspectiva dos governantes”, limitando os direitos do Estado, já que “o governo é democraticamente para o indivíduo e não o indivíduo para o governo”.

O desenvolvimento do DIDH e a evolução do constitucionalismo contemporâneo acabaram por demonstrar que o respeito aos direitos humanos se configura como um aspecto crucial para a própria legitimação governamental, tanto no plano interno quanto no plano internacional, a soberania não podendo, nesse sentido, constituir um óbice para justificar violações. Há, pois, uma relativização e flexibilização dessa soberania, em prol da proteção dos direitos humanos, de modo que

[...] los órganos supranacionales puedan actuar en la protección de los derechos humanos, posibilitando que, en caso de violación a estos derechos, el sistema pueda reaccionar y prevalezca el derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho interno, siempre en la defensa de la persona humana, haciendo con que la norma más favorable pueda prevalecer (TORRES PÉREZ, 2011, p. 153).³⁴

Portanto, a partir da relativização do conceito de soberania absoluta dos Estados, passa a prevalecer o entendimento ressaltado por Claude e Weston (1989, p. 07), de que “*no longer can it be said, in the early twenty-first century, that the state may treat its own citizens however it may wish, unaccountable to the international community beyond. No longer can it be said internationally that ‘the king can do no wrong’*”³⁵.

Logo, permitiu-se uma elevação da condição da sociedade internacional de uma relação marcada em sua essência por obrigações jurídicas e pela busca, por cada Estado, de seus próprios interesses individuais e egoístas, para a formação de uma comunidade internacional, na qual prevalece o interesse público internacional e o compartilhamento de valores fundamentais comuns entre os Estados para a devida tutela dos direitos humanos (FLOH, 2008). Há, nesse momento, a superação da ideia de supremacia estrita apenas dos interesses internos de cada Estado nação e um caminhar no sentido do estabelecimento de relações harmoniosas e cooperativa entre os distintos Estados (IENSUE; CARVALHO, 2015) para a devida tutela dos direitos dos indivíduos.

Com isso, o Poder Constituinte deixa de ser visto como um sistema autônomo que gravita em torno da soberania absoluta do Estado, já que a abertura ao direito internacional exige do direito interno a observância de princípios materiais da política internacional

³⁴ [...] os órgãos supranacionais podem atuar na proteção dos direitos humanos, possibilitando que, em caso de violação a esses direitos, o sistema possa reagir e prevalecer o direito internacional dos direitos humanos sobre o direito interno, sempre na defesa da pessoa humana, fazendo com que a norma mais favorável possa prevalecer (tradução livre).

³⁵ [...] já não se pode mais dizer, no início do século XXI, que o Estado pode tratar os seus próprios cidadãos como quiser, sem que seja responsabilizado pela comunidade internacional. Já não se pode dizer internacionalmente que “o rei não pode fazer nenhum mal” (tradução livre).

(CANOTILHO, 2000). Como aduz Piovesan (2015), a constatação de que os seres humanos têm direitos protegidos no âmbito internacional conduziu à noção de que no caso de negação desses direitos impõe-se a responsabilidade internacional do Estado violador, o que acaba por limitar a noção tradicional de soberania estatal.

José Soder (1960, p. 167) bem esclarece a necessidade de relativização do conceito em face da interdependência entre os Estados, esta decorrente do desenvolvimento do DIDH e do processo de consagração nas Constituições internas de eminente importância aos direitos fundamentais. Como ressaltado pelo teórico:

Com efeito, a moderna evolução do direito das gentes, a aproximação, sempre maior, entre os Estados, indicam uma evolução necessária no sentido da formação de unidade e comunidade entre povos e Estados. O direito internacional moderno torna-se, sempre mais, o direito da comunidade de nações e povos. Mas tal comunidade com a necessária entrosagem mútua e cessão multilateral de interesses e reivindicação, não seria possível na base de uma soberania de feição absoluta.

Do mesmo modo defende Ramos (2005, p. 78), o qual frisa que, ante o desenvolvimento do DIDH e a ratificação pelos Estados de inúmeros instrumentos internacionais para a tutela dos direitos humanos, não é mais cabível que um Estado alegue, para justificar violações a direitos humanos, que a supervisão desses direitos pelos órgãos internacionais violaria sua soberania, visto que “a crescente aceitação de obrigações internacionais no campo dos direitos humanos consagrou a impossibilidade de se alegar competência exclusiva em tais matérias”.

Dessarte, na realidade contemporânea, o conceito de soberania deve abarcar a cooperação internacional dos Estados em benefício de finalidades comuns. Isso porque, se tanto a ordem interna quanto a internacional, como visto no decorrer deste trabalho, visam a prevalência dos direitos humanos e, conseqüentemente, da dignidade da pessoa humana, não subsistem razões para que a soberania constitua um óbice para a realização dessa finalidade do direito.

Ressalta-se que a soberania encontra-se limitada pelo direito. Nesse sentido, ao se positivar a dignidade humana, estabelecida como princípio universal e inviolável tanto pelo ordenamento jurídico interno quanto pela ordem internacional, realça-se o compromisso do Estado de velar por ela, sua liberdade de ação, sua soberania, sendo pela dignidade limitada, a qual é percebida como verdadeiro princípio de *jus cogens* que fortalece a posição jurídica do indivíduo como sujeito de direitos perante o Estado e, conseqüentemente, estabelece limites ao poder de atuação irrestrita do Estado.

Essa limitação, entretanto, consoante defendido por Taiar (2009, p. 282) não é

sinônima de diminuição: a dignidade não diminui a soberania dos Estados, mas sim reafirma seu conceito enquanto manifestação do poder estatal limitado pelo direito. Isso porque “se o fim maior do direito hoje é a dignidade humana, garantida por meio da proteção dos direitos humanos, e se a soberania decorre do próprio direito, não há como subsistir o argumento de que o exercício da soberania inviabilizaria a proteção dos indivíduos”.

A soberania passa, então, a ser complementada gradualmente por outros princípios-guia, em decorrência da exigência de respeito aos direitos humanos (PETERS, 2006).

É importante frisar que esse processo de evolução do direito internacional, ainda que tenha levado a uma relativização da soberania em prol da proteção dos direitos humanos, não afetou em sua totalidade a primazia dos Estados na solução de disputas internas, como já destacado, visto que o Estado continua sendo a principal força protetora dos direitos humanos em seu território (DIMOULIS, 2014).

Implica apenas a admissão de que soberania não mais pode ser interpretada no sentido de que o Estado pode agir como bem entender na ordem internacional, em inobservância à dignidade humana, já que sua proteção não é de interesse apenas de um Estado isolado, mas sim de toda a comunidade internacional. O direito internacional serve, então, como mecanismo destinado a evitar abusos ou omissões das autoridades estatais, como um direito a ser utilizado subsidiariamente na proteção do indivíduo, no caso de o Estado se revelar incapaz de devidamente tutelar os Direitos Humanos.

2.2.2 Superação de doutrinas clássicas do direito internacional: o relacionamento entre o direito interno e o direito internacional e a primazia da norma mais favorável ao indivíduo

A superação das discussões existentes com relação ao relacionamento entre o direito internacional e o direito interno, ou seja, com relação à adoção de uma perspectiva monista ou dualista do direito, também contribuiu de forma essencial para a aceitação da ideia da existência de um processo de convergência entre o ordenamento interno e o internacional, esta caracterizada pela percepção da existência de um pluralismo de ordens jurídicas regidas pela ideia da prevalência da norma mais favorável ao indivíduo (princípio *pro homine*)³⁶.

³⁶ O princípio *pro homine*, identificado como “um critério hermenêutico que informa todo o direito dos direitos humanos, em virtude do qual se deve acudir à norma mais ampla, ou à interpretação mais extensiva, quando se trata de reconhecer direitos protegidos e, inversamente, à norma ou à interpretação mais restrita quando se trata de estabelecer restrições permanentes ao exercício dos direitos ou sua suspensão extraordinária” (PINTO, 1997, p. 163, tradução livre), na realidade refere-se mais a um princípio destinado a garantir a aplicação da

Insta ressaltar que desde o advento e desenvolvimento do direito internacional clássico, o problema da eficácia e aplicabilidade do direito internacional na ordem jurídica interna dos Estados tem constituído questão bastante debatida no cenário global.

Surgem teorias para explicar o relacionamento entre as diferentes ordens jurídicas, ante a necessidade de se estabelecer a hierarquia existente entre elas e de se determinar, nesse aspecto, qual a solução a ser dada no caso de conflito entre normas, imperar por muitos anos entre os teóricos a doutrina do monismo jurídico, a qual, em suma, defende a existência de uma estreita relação e hierarquia entre a ordem internacional e a interna, e a doutrina do dualismo jurídico, que prevê, basicamente, a completa separação entre os dois sistemas, asseverando não haver qualquer contato entre o sistema internacional e o nacional, as normas sendo totalmente independentes.

Quanto às teorias monistas radicais, destaca-se que estas se subdividem em monismo estatal³⁷, relativa à ideia de que as normas internas devem prevalecer em caso de conflito de normas, e em monismo internacionalista³⁸, relativa à ideia de que em havendo tal conflito são as normas internacionais que devem ser reconhecidas como superiores.

Entre as teorias monistas radicais, a teoria de Hans Kelsen é a que se destaca. Para o teórico, haveria uma hierarquia entre as normas de direito internacional e as de direito interno, as primeiras sendo superiores, de modo que o direito internacional formaria a base da ordem jurídica nacional. A *Grundnorm*, a norma superior, seria, dessa forma, uma norma de direito internacional, representada pela norma consuetudinária *pacta sunt servanda*. Isso porque, ao estimular que um indivíduo ou grupo de indivíduos devem ser considerados autoridades jurídicas legítimas, o direito internacional acaba por delegar as ordens jurídicas nacionais,

norma ou interpretação mais favorável à vítima (*pro vítima*) ou à pessoa lesada (*pro lesado*), não se referindo à necessidade de aplicação da norma mais benéfica ao agente violador. A terminologia empregada (*pro homine* ou *pro personae*) pode conduzir a equívocos de interpretação, podendo levar à conclusão quanto à possibilidade de se conferir maior primazia ao violador do que à vítima. Contudo, considerando que a doutrina em geral utiliza-se das expressões *pro homine* e *pro personae* para identificar a necessidade de aplicação da norma ou interpretação mais benéfica à pessoa, tais terminologias também serão utilizadas neste trabalho, com a ressalva de que deverá ela ser interpretada no sentido de proteção da vítima, da pessoa lesada.

³⁷ As bases filosóficas do monismo nacionalista remontam ao pensamento de Hegel, o qual pondera que o direito internacional seria simplesmente uma consequência do direito interno, devendo ser reconhecido o primado deste sobre aquele. Dá-se especial atenção, pois, à soberania de cada Estado, levando-se em consideração o princípio da supremacia da Constituição estatal, de forma que o direito internacional somente é obrigatório porque o direito interno o reconhece como vinculante.

³⁸ A doutrina do monismo internacionalista foi desenvolvida principalmente pela Escola de Viena, possuindo como maiores expoentes Kelsen, Verdross e Josef Kunz e firmando-se no cenário internacional a partir da Segunda Guerra Mundial. Defende-se por meio de tal teoria, em suma, que o direito interno deriva do direito internacional, ordem esta hierarquicamente superior. Dessa forma, havendo conflito entre uma norma interna e outra internacional, a norma internacional, segundo esta corrente, deve sempre prevalecer, a norma interna devendo ser declarada nula, já que a internacional traça os limites da competência e da jurisdição doméstica estatal.

determinado as esferas de validade das mesmas (KELSEN, 2000).

Já no tocante às teorias dualistas, frisa-se que estas foram desenvolvidas a partir das ideias lançadas por Carl Heirich Triepel, em 1899, na Obra *Volkerrecht und Landesrecht*, pensador este que foi seguido por vários doutrinadores, entre eles Oppenheim, Strupp e Dionízio Anzilotti. Para o teórico, considerando fundador do denominado “dualismo radical”, o direito interno de cada Estado e o direito internacional, embora igualmente válidos, constituiriam dois sistemas independentes e distintos, ou melhor, dois círculos em íntimo contato que jamais se superpõem. A separação entre as ordens jurídicas decorreria do fato de serem diferentes as fontes, os sujeitos e o campo de atuação de cada ordem jurídica, de modo que não haveria qualquer contato ou influência entre as diferentes ordens (TRIEPEL, 1966).

Surgem, ainda, construções teóricas consideradas moderadas que, baseadas no monismo e dualismo radical, buscam conciliar aspectos relevantes de ambas as doutrinas para explicar essa relação entre o direito interno e o direito internacional. Entre as doutrinas conciliatórias, pode-se citar a desenvolvida por Alfred Verdross³⁹, por António Truyol y Serra⁴⁰ e por Gustav Adolf Walz⁴¹, cujas ideias contribuíram para o surgimento da noção de pluralismo jurídico a que se faz referência no item 3.1 desse trabalho, em razão de as teorias, como frisado por Menezes (2007), ressaltarem a existência de uma relação de coordenação entre os dois ordenamentos. Contudo, as doutrinas conciliatórias e o pluralismo não se confundem, como mais a frente será demonstrado.

Em que pese a defesa por diversos teóricos (por vários anos) das doutrinas acima assinaladas, observa-se, entretanto, que ante a intensa produção de normas internacionais de tutela dos direitos humanos e de a positivação de direitos fundamentais nas Constituições nacionais a que anteriormente se fez referência, passa a haver a superação da discussão

³⁹ Alfred Verdross (1963) constrói a ideia de “monismo moderado” com primazia no direito internacional. A doutrina é tida por moderada em razão de predizer que no caso de confronto da norma interna com a internacional, aquela não pode ser imediatamente reputada como nula na ordem interna, devendo ser encontrada uma solução para o contraste entre normas na própria unidade do sistema jurídico.

⁴⁰ António Truyol y Serra (1962) lança as bases para a ideia de “dualismo moderado”. Apesar de considerar haver uma separação entre o direito internacional e o direito interno, salienta o autor haver uma coordenação entre os sistemas, em razão de ambos derivarem do direito natural. Assim como no dualismo radical, defende o autor que o Estado deve ser responsabilizado pelo descumprimento de uma norma internacional, porém, ao contrário da modalidade radical, salienta que a vigência da norma internacional no direito interno não se dá pela transformação daquela em norma interna, mas sim ante a simples recepção pelo Estado da norma internacional.

⁴¹ Walz (1943) parte de uma visão dualista do Direito, defendendo a existência de um sistema em que o direito internacional e o direito interno são independentes (com distintas fontes, sujeitos e objetos), havendo, porém, certa subordinação do segundo ao primeiro, dependendo do caso. Para o teórico, é importante a distinção entre direito internacional originário e direito internacional derivado, apenas havendo a subordinação do direito interno ao direito internacional caso uma norma interna contrarie uma norma do direito internacional originário, o qual possui incidência imediata sobre o Estado e implica a responsabilização do Estado no caso de descumprimento de uma norma internacional. No tocante ao direito internacional derivado, este apenas deteria validade interna se houvesse uma norma estatal que incorporasse tal direito internamente.

relativa à hierarquia entre a ordem interna e a ordem internacional e a como essas ordens se relacionam. Mencionada superação deve-se ao reconhecimento de que a proteção do indivíduo e de seus direitos deve constituir o foco da discussão, reconhecimento este que conduz à noção de que a atuação do sistema jurídico não mais deve ser relacionado a aspectos territoriais ou políticos, mas sim que a aplicação do direito deve ser condicionada à maior ou menor proteção dos direitos humanos.

A polêmica clássica entre monistas e dualistas, consoante frisado por Cançado Trindade (1999), revela-se, diante de tal reconhecimento, baseada em falsas premissas, não mais cabendo insistir na primazia das normas de direito internacional ou de direito interno, já que a primazia deverá ser a da norma, seja internacional ou nacional, que melhor proteja os direitos humanos.

Assim, essa superação da dicotomia monista/dualista decorre da própria mudança de perspectiva a que se fez referência no tópico anterior, qual seja, da passagem da ótica do Estado para a ótica do indivíduo, a partir da consagração deste como sujeito não somente do direito interno mas também do direito internacional (TRINDADE, 2006). Como pontua Lora Alarcón (2012, p. 63), “a dicotomia clássica entre monismo e dualismo se revela improcedente e carente de qualquer visagem de utilidade, se observarmos o assunto em perspectiva de satisfação dos mais elementares direitos humanos”.

A centralidade do constitucionalismo baseado na pessoa humana, inaugurado no período pós-guerra, fez com que o Estado e as instituições internacionais deixassem de se focar na análise das estruturas de aplicação do direito, passando a entender que a pessoa humana deve ser o objeto central da proteção, independentemente da origem das normas para sua proteção (CONCI, 2015). Isso porque a afirmação dos direitos do homem deriva de uma inversão de perspectiva na sociedade, a relação política passando a ser encarada cada vez mais do ponto de vista dos direitos dos cidadãos e não mais segundo o ponto de vista do Estado soberano (BOBBIO, 2004).

Os monistas e dualistas, na perspectiva de Trindade (2006, p. 37) deixam, por conseguinte, de contribuir para o processo de emancipação do homem de seu próprio Estado, a partir da insistência na personificação do Estado como único sujeito de direito internacional. Como destacado, os primeiros “descartam todo o antropomorfismo, afirmando a subjetividade internacional do Estado por uma análise da pessoa jurídica; e os dualistas [...] não se contiveram em seus excessos de caracterização dos Estados como sujeitos únicos do direito internacional”, razão pela qual não há mais como se entender que essas teorias são suficientes para explicar a relação entre o direito interno e o internacional, visto que deixam de

considerar fator de suma importância: a consagração do indivíduo como razão última de ambos os ordenamentos.

No mesmo sentido defende Carlos Weis (2006, p. 31):

O texto legal internacional avança também para a superação da concepção dualista da relação entre o direito internacional e o direito interno, inovando ao prever a interação dos dois sistemas, tendo em vista assegurar a projeção mais eficaz do ser humano. Assim, no âmbito dos direitos humanos o critério interpretativo adotado é, portanto, aquele que entende como aplicável a norma que confere maior proteção ao ser humano, ampliando os direitos que protegem e promovem sua dignidade, seja a derivada das normas internas, seja a proveniente do direito internacional.

Contribuição essencial do Direito Internacional dos Direitos Humanos foi o desenvolvimento de um princípio destinado, em sua essência, a solucionar eventual conflito de normas, qual seja, o princípio da primazia da norma mais favorável ao indivíduo (princípio *pro homine*), por meio do qual se consagra a ideia de que deve ser aplicada pelo intérprete, em todo e qualquer caso, a norma que mais favoreça o indivíduo, seja esta de origem interna ou de origem internacional (RAMOS, 2016).

A consagração de tal princípio no âmbito do DIDH decorre, sobretudo, da busca pela manutenção de uma unidade do sistema jurídico como um todo, em um cenário em que as normas internacionais e internas, em razão de disciplinarem basicamente os mesmos direitos e agirem sobre o mesmo espaço, por vezes colidem, exigindo a adoção de uma solução para que apenas uma norma seja aplicável. Nesse sentido destaca Balaguer Callejón (2003, p. 188):

*Pues bien, los rasgos considerados tradicionalmente como característicos del ordenamiento jurídico (unidad, plenitud, coherencia) se intentan mantener en una situación en la cual hay una diversidad de ordenamientos que existen sobre un mismo territorio, cuyas normas confluyen y a veces colisionan y en la cual hay que resolver necesariamente los conflictos de normas para que sólo una norma sea la aplicable, dentro de la pluralidad de normas que coexisten em ese territorio y que proceden de diversos ordenamientos.*⁴²

Referido princípio passa a reger as relações potencialmente conflituosas entre distintos ordenamentos jurídicos, visto que, ao contrário do pregado pelas teorias monistas e dualistas do direito, salienta a importância de, no caso de conflito, não se conferir importância a elementos estruturais, mas sim de buscar, em todo e qualquer caso, a aplicação da norma que mais proteja os direitos da pessoa humana.

Esse posicionamento respeita a perspectiva de que não há qualquer relação vertical

⁴² Pois então, os traços tradicionalmente considerados como característicos do sistema jurídico (unidade, plenitude, coerência) procuram manter-se em uma situação em que existe uma diversidade de ordenamentos que existem sobre um mesmo território, cujas normas convergem e às vezes colidem, e na qual devm os conflitos de normas necessariamente serem resolvidos, para que apenas uma norma seja a aplicável, dentro da pluralidade de normas que coexistem nesse território e que procedem de diversos ordenamentos (tradução livre).

entre distintos ordenamentos, mas sim uma prevalência da norma jurídica, seja esta nacional ou internacional, que mais visa proteger o indivíduo. Como afirma Conci (2014, p. 09), referido princípio “exige que se interpretem os direitos humanos de modo mais extensivo, quando a se falar em proteção, participação ou provisão, e, de outro lado, de modo mais restritivo, quando se trate de eventuais restrições a direitos”, de modo a preconizar que as normas devem ser aplicadas, pois, sempre a favor do homem.

Tal princípio encontra-se evidente em diversas normas internacionais, sendo expressa no art. 5.2 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos⁴³, no art. 5.2 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁴⁴, no art. 60 da Convenção Europeia de Direitos Humanos⁴⁵ e, ainda, no art. 29.b da Convenção Americana de Direitos Humanos⁴⁶, sendo ele decorrente da importância atribuída a pessoa, que, como visto, passa a ser o foco tanto da proteção interna quanto internacional ou regional.

Diante de tal fato, não há mais como dissociar o direito interno do direito internacional, sobretudo porque a essência de ambos está na proteção do indivíduo. A consagração de valores comuns cuja proteção incumbe a toda a comunidade internacional, bem como a identificação de todos os indivíduos como o foco da proteção internacional, destacam a necessidade de coordenação entre os diversos ordenamentos com o fim primordial de concretização da salvaguarda aos direitos humanos.

Modifica-se, pois, a visão que o ordenamento internacional tinha do direito nacional e vice-versa, ressaltando a necessidade de articulação entre os regimes para a consecução de objetivos comuns (ACOSTA ALVARADO, 2013). É nesse sentido que há a superação as discussões acerca das teorias monistas e dualistas para a resolução de conflitos entre o direito internacional e o direito interno, já que ao se admitir que tanto uma ordem quanto a outra veicula conteúdos referentes à proteção dos direitos humanos, preconiza-se a possibilidade de resolução de eventuais conflitos entre as duas ordens não através da supremacia de uma ordem sobre a outra, mas sim a partir do diálogo entre as duas fontes do direito e a aplicação

⁴³ Artigo 5.2. Não pode ser admitida nenhuma restrição ou derrogação aos direitos fundamentais do homem reconhecidos ou em vigor em todo o Estado Parte no presente Pacto em aplicação de leis, de convenções, de regulamentos ou de costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconhece ou reconhece-os em menor grau.

⁴⁴ Art. 5.2. Não pode ser admitida nenhuma restrição ou derrogação aos direitos fundamentais do homem reconhecidos ou em vigor, em qualquer país, em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob o pretexto de que o presente Pacto não os reconhece ou reconhece-os em menor grau.

⁴⁵ Art. 60. Nenhuma das disposições da presente Convenção será interpretada no sentido de limitar ou prejudicar os direitos do homem e as liberdades fundamentais que tiverem sido reconhecidos de acordo com as leis de qualquer Alta Parte Contratante ou de qualquer outra Convenção em que aquela seja parte.

⁴⁶ Art. 29. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: b. 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.

da norma que mais proteja o sujeito (AGUIAR, 2014).

Supera-se, pois, o monismo kelsiano, admitindo-se que ao invés de uma relação hierarquizada e da supremacia de um ordenamento sobre o outro, deve haver uma mútua consideração e cooperação, para o fim de se atender objetivos constitucionais comuns. Do mesmo modo, supera-se a teoria do dualismo, já que prega a imprescindibilidade de coordenação e harmonia entre os ordenamentos jurídicos e não sua completa separação, bem como salienta a identidade de fontes e sujeitos entre as distintas ordens. Nesse sentido, bem esclarece Ferrajoli (2011, p. 475):

Esto hace ciertamente insostenible a tenor del derecho vigente, y quizá también indeseable, cualquier forma de monismo, no solo estatal sino también internacional. Pero, después de la institución de las Naciones Unidas y de la aprobación y ratificación de pactos y convenciones de derechos humanos por parte de un número creciente de Estados, es igualmente insostenible la concepción dualista conforme a la cual el derecho internacional y los diversos derechos estatales se configurarían como ordenamientos separados, cada uno único y exclusivo respecto de los demás. La imagen del derecho internacional que expresa el pluralismo de los ordenamientos que lo componen es, por el contrario, la de una red compleja y diversamente integrada por instituciones u sistemas jurídicos, articulada en distintos niveles normativos.⁴⁷

No mesmo sentido defende Paola Alvarado (2013, p. 282-283), ao tratar do processo de formação de uma rede judicial interamericana de proteção dos direitos humanos:

La conformación de la red es, a su vez, causa y consecuencia de la mutación que experimenta la relación entre estos dos ordenamientos. Ella da cuenta, ante todo, de su mutua permeabilidad e interdependencia y de la necesidad de que sus actores interactúen y se reconozcan como agentes de un mismo cometido cuya efectividad depende de la armonización de los dos sistemas. Así, la articulación de la red judicial a través del diálogo demuestra que ante que compartimentos estancos (dualismo) o que estructuras jerárquicamente consolidadas (monismo), derecho internacional de los derechos humanos y derecho constitucional son parte de un pluriverso normativo que permite la articulación de la estructura multinivel de protección.⁴⁸

⁴⁷ Isto faz certamente insustentável o teor do direito vigente, e quiçá também indesejável, qualquer forma de monismo, não só estatal, mas também internacional. Porém, depois da instituição das Nações Unidas e da aprovação e ratificação de pactos e convenções de direitos humanos por parte de um número crescente de Estados, é igualmente insustentável a concepção dualista conforme a qual o direito internacional e os diversos direitos estatais se configurariam como ordenamentos separados, cada um único e exclusivo a respeito dos demais. A imagem do direito internacional que expressa o *pluralismo dos ordenamentos* que o compõem é, pelo contrário, a de uma rede complexa e diversamente integrada por instituições ou sistemas jurídicos, articulada em distintos níveis normativos (tradução livre).

⁴⁸ A conformação da rede é, por sua vez, causa e consequência da mutação que experimenta a relação entre estes dois ordenamentos. Ela dá conta, ante tudo, de sua mútua permeabilidade e interdependência e da necessidade de que seus atores interatuem e se reconheçam como agentes de um mesmo cometido cuja efetividade depende da harmonização dos sistemas. Assim, a articulação da rede judicial através do diálogo demonstra que antes de compartimentos estancos (dualismo) ou de estruturas hierarquicamente consolidadas (monismo), o direito internacional dos direitos humanos e o direito constitucional são partes de um pluriverso normativo que permite a articulação da estrutura multinível de proteção (tradução livre).

Do mesmo modo, apesar da relevância das doutrinas moderadas a que anteriormente se fez referência, denota-se que tais teorias também são superadas, para se reconhecer a existência de um sistema caracterizado por ser pluralista, exigindo a interação entre as distintas ordens jurídicas existentes, doutrina esta melhor evidenciada no item 3.1 desse trabalho. Insta frisar, por ora, que apesar de decorrer das doutrinas moderadas do dualismo e monismo jurídicos, com essas não se confundem, já que tais doutrinas conciliatórias, em dissonância com as ideias trazidas pela doutrina do pluralismo, acabam de toda e qualquer forma por dar certa primazia às normas internacionais, deixam de ressaltar o papel da pluralidade de atores no cenário internacional e da multiplicidade de inter-relações jurídicas no processo de produção e evolução do direito como um todo (MENEZES, 2007), bem como deixam de ressaltar as influências que o direito interno exerce sobre o internacional.

Ainda, embora se assemelhe com o dualismo moderado, salienta-se que além das distinções acima indicadas há uma diferença essencial entre tal teoria conciliatória e a doutrina do pluralismo, qual seja, a de que apesar de o dualismo moderado evidenciar a existência de uma coordenação entre o direito interno e o internacional por derivarem eles de um mesmo ponto (que na teoria de Truyol y Serra corresponde ao direito natural), ao mesmo tempo continua a salientar a existência de uma diversidade de fontes, de sujeitos e de campos de atuação, ideia que é afastada pelo pluralismo. Na doutrina do pluralismo, ressalta-se a ideia de que, ante os processos de constitucionalização e internacionalização antes referidos, além de haver a atuação conjunta de diversos centros de produção jurídica (não mais só limitados pela figura do Estado e da ordem internacional), estes atuam basicamente sobre o mesmo campo e possuem basicamente os mesmos sujeitos, já que disciplinam questões atinentes à proteção do indivíduo, campo este reservado, anteriormente, apenas à atuação do Estado.

De todo modo, o que há de se entender é que devido às constantes transformações no cenário jurídico global torna-se cada vez mais evidente a interdependência entre todos os ordenamentos jurídicos existentes. Este vínculo é particularmente relevante no campo dos direitos humanos, no qual, devido à crescente interação entre juízes nacionais e internacionais ou regionais, pode-se falar não em sistemas nacionais, internacionais ou regionais de proteção, mas sim de modelos multiníveis de tutela, cujo êxito depende da articulação do direito constitucional com o DIDH e com os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos (ACOSTA ALVARADO, 2015) e, ainda, com os sistemas constitucionais de outros países. É diante de tal constatação que se denota a superação de ideias até então preponderantes no estudo do direito, justamente para afirmar a imprescindibilidade de coordenação em um sistema multinível de tutela, para a proteção dos direitos mais básicos da

pessoa humana.

Como pontuado por Häberle (2007), não mais se reconhece a primazia do direito constitucional ou do direito internacional, mas sim que deve ser observada a reciprocidade existente entre eles, visto que se desenvolvem conjuntamente, como um todo, ante a necessidade de cooperação.

Nesse sentido, os agentes internos e externos não atuam de forma independente, mas se inserem em um cenário muito mais complexo de coordenação e complementaridade, no qual não existe hierarquia, mas sim no qual se busca a cooperação e o diálogo para assegurar a aplicação da norma mais favorável à proteção da pessoa humana. Como afirma Pernice (2009, p. 34) *“instead of monism there is constitutional pluralism, instead of hierarchy and supremacy of federal law there is functional primacy, based upon mutual consideration, recognition and cooperation between the courts”*⁴⁹.

Nesse cenário surge, pois, a afirmação da existência de uma pluralidade de ordens jurídicas que se influenciam mutuamente e, ainda, de diversas teorias que buscam demonstrar como deve ocorrer esse inter-relacionamento, diante da necessidade cada vez mais evidente de se articular o trabalho dos juízes de diversos ordenamentos para a consecução de um objetivo comum, qual seja, a proteção dos direitos humanos, seja em nível local, nacional, regional, ou internacional.

2.2.3 Sociedades complexas e globalização: a estruturação de um sistema marcado pela interdependência entre distintos sistemas sociais

Além da evolução promovida por meio da relativização do conceito de soberania e da superação de doutrinas antes preponderantes no estudo do direito, destaca-se que questão de essencial importância para a estruturação desse novo sistema de interdependência entre distintas ordens jurídicas diz respeito às modificações que têm sido operadas na própria estrutura da sociedade, a partir da segunda metade do século passado.

Não se pode ignorar que os avanços no constitucionalismo e no processo de confluência encontram-se relacionados com as transformações estruturais operadas com o surgimento da sociedade moderna (NEVES, 2009), até mesmo porque o direito encontra-se eminentemente relacionado às mudanças dos sistemas sociais, destinando-se justamente a

⁴⁹ [...] ao invés de monismo existe pluralismo constitucional, ao invés de hierarquia e supremacia da lei federal há uma primazia funcional, baseada na consideração mútua, no reconhecimento e na cooperação entre os Tribunais (tradução livre).

atender e regular a sociedade. Logo, diante de tal constatação, as modificações e evoluções pelas quais passa a sociedade moderna influenciam precipuamente na compreensão dos sistemas jurídicos como um todo.

Para se demonstrar em que sentido as recentes modificações nos sistemas sociais contribuem de forma direta para o processo de aumento da interdependência entre jurisdições pertencentes a distintos sistemas jurídicos, adota-se a *Teoria dos Sistemas* de Niklas Luhmann. Isso porque o pensamento apresentado pelo renomado teórico alemão contribuiu imensamente para a compreensão do estágio atual de evolução da sociedade, a qual exige interações recíprocas em todos os âmbitos. Como frisado por Arnaut (2013), o doutrinador, por meio de suas premissas teóricas, conseguiu, diferentemente de seus contemporâneos, perceber os indícios e elementos fundadores de uma sociedade em transformação, tendo ele imaginado, muito antes de sua ocorrência, o fenômeno da globalização, esta reputada como a principal causa da percepção da necessidade de modificação das estruturas sociais existentes.

Assim, considerando as contribuições trazidas por sua teoria, torna-se necessário que se discorra brevemente sobre seu pensamento. Salienta-se, contudo, que ante a complexidade do pensamento de Luhmann, apenas se procura apresentar os principais aspectos de sua doutrina, de forma a demonstrar em que sentido suas ideias auxiliam na compreensão da ideia de necessidade de convergência entre distintos sistemas jurídicos.

Luhmann é conhecido entre teóricos do direito por ter, mediante a formulação de uma teoria dos sistemas autopoieticos, operacionalmente fechados e funcionalmente diferenciados, logrado êxito em demonstrar a complexidade dos sistemas existentes, lançando as bases para a conformação da ideia de globalização e, conseqüentemente, de não limitação da sociedade por fronteiras territoriais.

O tema da complexidade social foi tratado por Luhmann em diversas obras⁵⁰, sendo necessário que se destaque algumas premissas básicas da doutrina elaborada pelo autor para se compreender tal complexidade, quais sejam: a) para o autor, há quatro tipos de sistemas: os não-vivos, vivos, psíquicos e sociais; b) no tocante aos sistemas sociais, de maior importância para este estudo, destaca-se que o autor, em sua teoria dos sistemas, assume o mundo (*Welt*) como a mais alta unidade de referência, a sociedade social global, a qual é única, correspondendo ao sistema último em sua doutrina, ao sistema total (*omni System*) que engloba, entretanto, outros sistemas e ambientes; c) esses outros sistemas (*Systeme*) se

⁵⁰ Niklas Luhmann escreveu mais de trinta livros sobre variados temas, destacando-se, entre eles, as obras “Sociologia do Direito” (1972), “A Economia e a Sociedade” (1988), “Sociologia do Risco” (1991), “O Direito e a Sociedade” (1993), “Sistemas Sociais” (1995), “A Arte da Sociedade” (1995) e “A Sociedade da Sociedade” (1997), além de outras.

formam à medida que se diferenciam do que está a sua volta, o cerne da teoria de Luhmann correspondendo, pois, ao princípio da diferenciação (*Differenzierung*); e d) os elementos que circundam o sistema constituem, na visão do autor, o ambiente (*Umwelt*) e é a partir da diferenciação entre sistema e ambiente, por meio de um processo de seletividade do primeiro, que se torna possível investigar como uma unidade reage perante os elementos que a circundam.

A sociedade, assim, corresponde a um tipo de sistema social (*soziale Systeme*), que, na visão do autor, são aqueles auto-referenciais e autopoieticos, cujo código específico por meio do qual são processadas suas operações é a comunicação (*Kommunikation*)⁵¹. Consoante afirmado pelo teórico, a sociedade “*is the encompassing social system which includes all communications, reproduces all communications and constitutes meaningful horizons for further communications*”⁵² (LUHMANN, 1982). É com base no estabelecimento de comunicações com o ambiente que os sistemas se autodiferenciam, os sistemas, e não os homens⁵³, sendo os sujeitos dessa comunicação.

A capacidade dos sistemas de se produzirem e reproduzirem mediante a comunicação com ambiente é denominada pelo autor de *autopoieses*⁵⁴, a qual leva a transformações no sistema, aumentando sua complexidade (*Komplexität*). Destaca-se, nesse ponto, que a complexidade de um sistema deriva justamente da existência de uma infinidade de possibilidades em um ambiente, a diferenciação sendo efetuada pelo sistema ante o fato de o ambiente oferecer mais possibilidades que o sistema consegue acolher, processar e legitimar (LUHMANN, 1998). Os sistemas evoluem, transformando suas próprias estruturas, a relação seletiva realizada pelo sistema constituindo o fundamento dessa ideia de complexidade.

Isso porque os sistemas existentes não detêm uma estrutura imutável, enfrentando eles os estímulos do ambiente no qual se inserem. Tais estímulos levam à necessidade de

⁵¹ Como afirma Luhmann (1982, tradução livre), “sistemas sociais são sistemas auto-referenciais baseados em comunicação significativa. Eles usam comunicações para constituir e conectar os eventos (ações) que constroem os sistemas. Nesse sentido, eles são ‘sistemas autopoieticos’”.

⁵² [...] é o sistema social envolvente que inclui todas as comunicações, reproduz todas as comunicações e constitui horizontes significativos para novas comunicações (tradução livre).

⁵³ O teórico não ignora a existência dos homens, mas apenas não os associa aos sistemas sociais, às sociedades. Para o doutrinador, os homens correspondem aos sistemas psíquicos (*psychische systeme*), cujo código de operação é o pensamento (*Gedanken*). A comunicação, nesse sentido, não pertence a homens, não são os homens que comunicam, apenas a comunicação podendo comunicar (LUHMANN, 1998).

⁵⁴ O conceito de autopoiese foi importado por Luhmann da biologia, de um estudo elaborado por Matuarana e Varela. Tais autores buscaram descrever o fenômeno por meio da descrição da atividade de um organismo vivo, explicando que somente este, apesar de obter materiais externos para a produção de células, possui a capacidade de produzir tais células, ou seja, somente ele seria autopoietico. Luhmann procurou readaptar esse conceito aos sistemas sociais, frisando que estes são autopoieticos quando ele próprio, apesar de sofrer estímulos do ambiente, produz sua própria estrutura e todos os elementos que o compõem, elementos esses que no caso dos sistemas sociais seriam as comunicações.

readaptação e de modificação de estruturas essenciais do sistema, para que este possa sobreviver à complexidade do ambiente no qual se insere (LUHMANN, 1998). Assim, para dar conta da complexidade interna, cada sistema procura autodiferenciar-se, no intuito de reduzir a complexidade do ambiente, e acaba por formar em seu interior, diversos outros subsistemas, tornando-se concomitantemente cada vez mais complexo.

O sistema social global (sistema último na teoria de Luhmann), por meio desse processo de *autopoieses*, autodiferencia-se em diversos outros subsistemas, como o direito, a economia, a política, a religião, a ciência, etc. Assim é que se afirma que um Estado, por exemplo, não corresponde a um sistema político, mas sim a um subsistema em um sistema político existente no sistema social global, sendo ele resultante do aumento da complexidade interna do sistema político primeiro.

A diferenciação de maior importância na sociologia das sociedades modernas e de sua tendência globalizante corresponde justamente a essa diferenciação funcional (*funktionale Differenzierung*) da sociedade, ou seja, à diferenciação do sistema social em subsistemas em razão de suas funções (sistemas sociais funcionalmente diferenciados). A compreensão de tal diferenciação, para Arnaut (2013), é essencial para que se entenda os diversos elementos que compõem a sociedade, já que por meio de tal abstração é possível situar os mais variados sistemas, como a economia, a arte, a política, a educação, o direito, a ciência, etc., como não sendo limitados às fronteiras territoriais de um Estado.

Nesse sentido destaca Luhmann (1982), o qual pontua ser diante dessa diferenciação funcional que a sociedade moderna tem se tornado cada vez mais complexa, não podendo ela ser reduzida às limitações territoriais criadas pelos homens. Nas palavras do teórico:

Modern society has realized a quite different pattern of system differentiation, using specific functions as the focus for the differentiation of subsystems. Modern society is differentiated into the political subsystem and its environment, the economic subsystem and its environment, the scientific subsystem and its environment, the educational subsystem and its environment, and so on. Each subsystem accepts for its own communicative processes the primacy of its own function. All the other subsystems belong to its environment and vice versa. Basing itself on this form of functional differentiation, modern society has become a completely new type of system, building up an unprecedented degree of complexity. The boundaries of its subsystems can no longer be integrated by common territorial frontiers. Only the political subsystem continues to use such frontiers because segmentation into "states" appears to be the best way to optimize its own function. But other subsystems like science or economy spread over the globe. It therefore has become impossible to limit the society as a whole by territorial boundaries.⁵⁵

⁵⁵ A sociedade moderna tem realizado um padrão bastante diferente de diferenciação do sistema, usando funções específicas como o foco para a diferenciação de subsistemas. A sociedade moderna é diferenciada no subsistema político e seu ambiente, o subsistema econômico e seu ambiente, o subsistema científico e seu ambiente, o subsistema educacional e seu ambiente e assim por diante. Cada subsistema aceita para seus próprios processos comunicativos o primado de sua própria função. Todos os outros subsistemas pertencem ao seu ambiente e vice-

Tal percepção implica que as estruturas, relações e processos sociais, culturais e econômicos não são ligados às percepções hierárquicas tradicionais. O que se observa da teoria apresentada é que se opera na sociedade moderna um amplo processo de diferenciação sistêmico-funcional, o que torna a sociedade atual multicêntrica, aspecto que será melhor tratado no próximo capítulo dessa dissertação.

Sob esse aspecto, a sociedade moderna nasce como uma sociedade mundial e, posteriormente, na procura ao atendimento da complexidade do ambiente, forma diferentes subsistemas dentro dela, mediante um processo de diferenciação funcional (e não de diferenciação hierárquica), consistente, consoante visto, na divisão da sociedade mundial não por meio de limites territoriais, mas por meio de distintas funcionalidades, como economia, ciência, religião, entre outras.

Tal divisão da sociedade acaba por “produzir reflexos profundos na reprodução dos sistemas políticos-jurídicos territorialmente segmentados em forma de Estado” (NEVES, 2009, p. 28), justamente em razão de diversos sistemas (econômico, científico, midiático, etc.) não dependerem da segmentação territorial para se reproduzirem. Diante de tal fato é que se afirma que a sociedade moderna complexa apresenta-se como uma formação social que se desvincula das organizações políticas territoriais, implicando, como pontua Neves (2009, p. 26) ao basear-se nas ideias de Luhmann, que “o horizonte de comunicações ultrapassa as fronteiras territoriais do Estado. (...) tornam-se cada vez mais regulares e intensas a confluência de comunicações e a estabilização de expectativas além de identidades nacionais ou culturais e fronteiras político-jurídicas”.

Essa desvinculação dos limites territoriais e a intensificação da complexidade da sociedade mundial resultam no próprio fenômeno da globalização, esta sendo, pois, um resultado dessa intensificação da sociedade mundial, um resultado da ação da sociedade de se auto-observar e se auto-descrever como mundial ou global ante a intensificação crescente das relações sociais e das comunicações entre sistemas (NEVES, 2009).

Ferrarese (2009), ao discorrer acerca dos posicionamentos adotados por U. Beck e S.

versa. Baseando-se nessa forma de diferenciação funcional, a sociedade moderna tornou-se um sistema completamente novo, criando um grau de complexidade sem precedentes. Os limites de seus subsistemas não podem mais ser integrados por fronteiras territoriais comuns. Somente o subsistema político continua a usar essas fronteiras, porque a segmentação em "Estados" parece ser a melhor maneira de otimizar sua própria função. Mas outros subsistemas, como ciência ou economia, espalham-se por todo o mundo. Por conseguinte, tornou-se impossível limitar a sociedade como um todo por limites territoriais (tradução livre).

Sassen⁵⁶, bem esclarece que uma das principais consequências desse processo, é justamente uma “desterritorialização” e “desnacionalização” das diferentes sociedades nacionais.

Com relação à desterritorialização, esta decorre da constatação de que a despeito de se ter produzido ao longo dos anos uma ideia de sociedade vinculada a um território, na atual experiência global essa concepção está fadada ao insucesso, diante da emergência de um senso de cosmopolitismo. Já no tocante à desnacionalização, esta é decorrente da percepção de que as agendas dos Estados respondem cada vez mais a objetivos globais, percepção essa que implica a constatação de inexistência de competência exclusiva do Estado em tratar de assuntos antes de competência reservada das autoridades nacionais (FERRARESE, 2009).

Diante de tais processos de desterritorialização e desnacionalização, a autora conclui, pois, que *“globalization reshapes the traditional feeling of belonging as well as borders designed by nation-states and creates new mixed forms and confusions between what is national and what is international or transnational”*⁵⁷ (FERRARESE, 2009, p. 01).

Nesse sentido, adotando-se a teoria dos sistemas de Luhmann, o qual antecipa os próprios efeitos da globalização sobre a sociedade, identifica-se que a sociedade moderna, caracterizada pela sua complexidade, constitui-se, pois, pela conexão entre uma pluralidade de âmbitos de comunicação em relações de concorrência e complementariedade e não pela conexão entre uma pluralidade de Estados, mesmo porque estes se referem apenas a um subsistema político dentro da sociedade global.

Frisa-se que a situação da política e do direito é um tanto diferenciada dos demais âmbitos (economia, cultura, religião, etc.), já que tais sistemas são a princípio condicionados estatalmente, apesar de haver pontos de conexão entre distintos sistemas⁵⁸. Como afirma Luhmann (1998), o acoplamento estrutural do sistema político e jurídico através de Constituições não tem correspondência no plano da sociedade mundial. Contudo, em que pese tal fato, as pressões exercidas pelos demais sistemas da sociedade mundial tornam imprescindível que no campo da política e do direito haja, ao menos, uma contrapartida normativa e política às novas situações sociais, contrapartida essa destinada a atender à

⁵⁶ Para a compreensão dos posicionamentos adotados pelos teóricos assinalados, consultar: a) BECK, U. **La società cosmopolita: Prospettive dell'epoca post-nazionale**. Il Mulino: Bologna, 2003; b) SASSEN, S. *The State and Globalization: Denationalized Participation*. **Michigan Journal of International Law**, 2004.

⁵⁷ [...] a globalização remodela o sentimento tradicional de pertença e as fronteiras desenhadas pelos Estados-nação, bem como cria novas formas e confusões entre o que é nacional e o que é internacional ou transnacional (tradução livre).

⁵⁸ Conforme frisa Luhmann (1998), o condicionamento do direito e da política ao âmbito estatal ainda persiste na sociedade moderna em virtude de os processos para legitimação de tais sistemas ainda se encontrarem vinculados a contextos regionais, não havendo, ainda hoje, perspectivas para a formação de uma política ou direito mundial que prescindir dos Estados.

necessidade crescente de tomada de decisões relativas a fatos conexos. Nesse sentido esclarece Neves (2009, p. 31-32), o qual retrata essa necessidade de forma clara ao dispor que

[...] a força crescente dos sistemas baseados primariamente em expectativas cognitivas, seja no plano estrutural (economia, técnica e ciência) ou semântico (meios de comunicação de massa) da sociedade mundial, tornou praticamente imprescindível a emergência de uma “nova ordem mundial” concernente não só a processos de tomada de decisão coletivamente vinculante, mas também a mecanismos de estabilização de expectativas normativas e regulação jurídica de comportamentos. Isso significa uma transformação no sentido de uma contrapartida normativa à expansão dinâmica do momento cognitivo da sociedade mundial.

Assim, a emergência dessa sociedade complexa leva à diminuição da capacidade regulatória do Estado e, ao mesmo tempo, ao incremento das tarefas que se apresentam ao Estado em face dos novos desafios da sociedade mundial. Exige-se, dessa forma, a criação de vínculos entre distintas ordens jurídicas para o enfrentamento conjunto de questões comuns a todos os Estados, questões estas derivadas das próprias transformações estruturais da sociedade moderna, com a formação de um sistema de diferenciação funcional, não limitado às fronteiras territoriais.

Isso porque, por mais que a globalização, esta decorrente da percepção da formação, na atualidade, de uma sociedade caracterizada pela sua complexidade, tenha levado a avanços científicos e tecnológicos, também tem gerado situações sociais não previstas, sendo o Estado ou a ordem internacional, isoladamente, uma instituição limitada para enfrentar tais problemas. Como salientado por Trindade (2006), o que se observa a partir da formação da sociedade moderna é que se acentuaram as disparidades econômicas; foram criados meios para a difusão de armas nucleares; incrementaram-se os fluxos migratórios de pessoas em busca de melhores condições de vidas em outros países, que não os seus de origem; contribuiu-se para a promoção de desemprego maciço e para o aumento do grupo de marginalizados e excluídos socialmente; implicaram o nascimento de xenofobia e nacionalismos; entre outros aspectos. Gerou-se, então, uma crescente vulnerabilidade dos homens em face do mundo exterior (TRINDADE, 2006).

Diante de tais fatores, passa-se a perceber a incapacidade do direito nacional e da concepção clássica de direito internacional, bem como surgem novos atores e temas de interesse no cenário internacional e intensifica-se o processo de humanização do direito, fatos que analisados conjuntamente ratificam a concepção de que o Estado não mais é capaz de atuar isoladamente na resolução de problemas comuns, sobretudo os relacionados a direitos humanos. Como pontuado por Acosta Alvarado (2013, p. 167):

[...] *la globalización nos obliga, entre otros, a concebir una forma de equilibrar y controlar el ejercicio del poder más allá de las fronteras estatales y más allá del*

modelo estado-céntrico; la incapacidad del Estado, del derecho nacional y la tradicional concepción de derecho internacional para afrontar los nuevos retos, nos obliga a re-pensar el alcance de la soberanía y las relaciones entre el derecho nacional y el derecho internacional; la aparición de nuevos actores nos conduce a la creación de nuevas formas de reconocimiento, de involucramiento y de control de los mismos; los nuevos temas de interés y sus nuevos escenarios nos llevan a pensar en la forma de mantener la coherencia del derecho internacional; la humanización nos obliga a reconocer un nuevo eje del ordenamiento internacional y, por lo tanto, una nueva manera de construir, enfocar y hacer eficaz este sistema legal.⁵⁹

Questões constitucionais, antes de interesse de determinado Estado, passam a ser de interesse de uma comunidade de países reunidos por meio de um tratado ou, até mesmo, de toda a comunidade internacional, já que o processo de globalização acabou por criar uma comunidade multicêntrica, formando um sistema de níveis múltiplos, em que o direito estatal, embora continue sendo relevante, é apenas um desses níveis (ARAÚJO, 2015). Os avanços promovidos pela globalização levaram a um aumento da interdependência e tornaram as fronteiras permeáveis, por não haver limites territoriais para as demandas atuais, de modo que “os problemas atuais, não somente são observados dentro de um território, mas se comunicam com outros territórios, ultrapassando as fronteiras e repercutindo para fora dos seus limites” (CAMPELLO, 2013).

O sistema jurídico internacional e o interno não constituem, pois, unidades separadas, mas sim integradas, já que “o processo de ‘globalização’ e ‘universalização’ do direito, e particularmente do direito internacional, criou, por cima da rede tradicional dos Estados, um ‘sistema político integrado a vários níveis’, que obedece a uma regulamentação jurídica própria”, sistemas estes que não se anulam, mas reforçam-se mutuamente (QUEIROZ, 2009, p. 133). Os limites políticos e jurídicos próprios dos Estados, ante o processo de globalização, relativizam-se, com o fim de que tais Estados, assim, tenham maior capacidade de controle desse processo de globalização, processo esse que dificilmente poderiam enfrentar isoladamente (BALAGUER CALLEJÓN, 2014).

Dessarte, evidencia-se que direito contemporâneo passa por um novo processo de transição, o qual acompanha a própria globalização, processo este que é influenciado pela ampliação da complexidade dos direitos nacionais dos Estados e do direito internacional e tem como resultado a alteração da lógica normativa do direito internacional clássico (VARELLA,

⁵⁹ A globalização nos obriga, entre outros, a conceber uma forma de equilibrar e controlar o exercício do poder além das fronteiras estatais e além do modelo estado-cêntrico; a incapacidade do Estado, do direito nacional e a tradicional concepção de direito internacional para afrontar os novos retos, nos obriga a repensar o alcance da soberania e as relações entre o direito nacional e o direito internacional; a aparição de novos atores nos conduz à criação de novas formas de reconhecimento de envolvimento e de controle dos mesmos; os novos temas de interesse e seus novos cenários nos levam a pensar em uma forma de manter a coerência do direito internacional; a humanização nos obriga a reconhecer um novo eixo do ordenamento internacional e, portanto, uma nova maneira de construir, enfocar e fazer eficaz este sistema legal (tradução livre).

2014).

Nesse cenário, exige-se a conjugação de esforços dos Estados e órgãos internacionais para que se efetive a proteção dos direitos humanos.

Ante a internacionalização do direito constitucional, a constitucionalização do direito internacional e, mais recentemente, a globalização, passamos para um modelo de sociedade caracterizada por ser complexa, plural e multipolar. De tal maneira é que se afirma que no presente momento de interdependência entre as ordens jurídicas, caracterizado pela formação de uma sociedade em rede, conectada e interligada, necessita caminhar rumo a uma hermenêutica na qual haja um intercâmbio estrutural entre as diferentes ordens constitucionais e ao direito internacional.

3 CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL E DIÁLOGOS INTERJUDICIAIS

Diante das transformações pelas quais passaram o direito constitucional e o direito internacional, sobretudo com a percepção da importância da proteção dos direitos humanos em ambos os planos jurídicos, vivemos em uma sociedade caracterizada por ser multicêntrica, na qual referidos direitos são tutelados por uma diversidade de órgãos e são evidenciados como da mais alta importância por uma multiplicidade de normas, derivadas tanto de legislações domésticas quanto de normas internacionais.

Com a formação de um sistema de proteção constituído por normas concomitantemente de origem interna e de origem internacional ou regional, as quais protegem essencialmente os mesmos bens jurídicos (vida, dignidade humana, liberdade, igualdade, etc.), e com a expansão do número de órgãos jurisdicionais incumbidos de funções semelhantes, entre as quais se destaca a garantia da prevenção da ocorrência de violações a direitos humanos e a punição de agentes em caso de ofensa a tais direitos, percebe-se a necessidade de pensarmos o direito como um espaço que reivindica a interação entre os diferentes ordenamentos jurídicos.

Isso porque o Estado Constitucional e o direito internacional transformam-se em conjunto, o direito constitucional não começando onde cessa o direito internacional e vice-versa, já que os “cruzamentos e as ações recíprocas são por demais intensivas para que se dê a esta forma externa de complementariedade uma ideia exata” (HÄBERLE, 2007, p. 12). Nesse cenário de complexidade social, globalização e interdependência decorrente das transformações operadas no cenário jurídico global nas últimas décadas, não há mais a possibilidade, pois, de se recorrer unicamente a um ordenamento específico para a completa proteção dos indivíduos, sendo evidente a imprescindibilidade de interações e influências recíprocas entre distintas ordens. Tais interações contribuem, como frisado por Figueiredo (2015, p. 132), para o maior “enriquecimento de toda experiência jurídica da interpretação e aplicação do direito”.

Concomitantemente com a percepção da imprescindibilidade de uma maior interação, entretanto, também surgem discussões relativas aos limites à aplicação do direito internacional quando da existência de normas internas que tratam de assuntos idênticos, à permeabilidade entre o direito internacional e o direito interno e à prevalência ou não das normas internacionais sobre as normas internas e vice-versa quando da proteção dos direitos

humanos. Tais questões são os principais focos de discussão entre constitucionalistas, diante da preocupação cada vez maior com o processo de ingerência da ordem internacional sobre o plano normativo interno e ante a constatação de que o próprio movimento constitucional precisa constantemente se readaptar às modificações que têm sido evidenciadas na sociedade global.

Percebe-se que o isolamento nacional decorrente da ausência de promoção de alterações no relacionamento entre distintas ordens jurídicas não detém condições de atender aos próprios objetivos comuns visados pela ordem jurídica nacional e a ordem internacional, quais sejam, a proteção dos direitos fundamentais e a contenção da prática de abusos pelos poderes instituídos (LEGALE, 2015). Por conseguinte, o constitucionalismo contemporâneo tem passado por um processo de transformações justamente para abarcar a nova realidade contemporânea de confluência entre a proteção conferida aos direitos humanos nos cenários global e regional e a proteção conferida pelos Estados nacionais, fato que tem levado ao desenvolvimento de teorias para a compreensão de como é promovida essa interação entre a pluralidade de ordens jurídicas existentes.

Produto dos processos de expansão do Direito Internacional dos Direitos Humanos e de constitucionalização do direito internacional no âmbito da tutela dos direitos humanos, da superação da ideia de soberania absoluta e das teorias monistas e dualistas do direito, bem como, mais recentemente, ao aumento da complexidade da sociedade global, surge a concepção de que nos encontramos em um estágio marcado pela existência de um constitucionalismo multinível, pelo qual se prescreve a necessidade de comunicação, de um diálogo heterárquico, entre os diferentes níveis de proteção dos direitos humanos para sua concretização, ou seja, entre os âmbitos nacional, regional e internacional de proteção de tais direitos. O reconhecimento da emergência de um constitucionalismo multinível decorre da percepção, pelos internacionalistas e constitucionalistas, de que o homem é sujeito não somente de direito interno como também de direito internacional e de que no caso de conflito de normas deve ser aplicada, em todo e qualquer caso, a norma que mais proteja o homem, seja ela proveniente do direito interno, seja ela decorrente de normas internacionais.

Nesse tocante, por meio deste capítulo, visa-se identificar em que sentido a transformação operada no âmbito do constitucionalismo contemporâneo, com a fixação da ideia de um novo constitucionalismo caracterizado por ser multinível, multicêntrico e interdependente, constitui um fator essencial ao reconhecimento da necessidade de interações entre distintas ordens para a proteção de direitos. Ainda, busca-se ressaltar a questão da alteridade como outro fator teórico que permite essa interação, bem como delinear o que pode

ser entendido como diálogo, já que este se refere ao processo por meio do qual se consolida a tendência em estabelecer comunicações para a maior tutela de objetivos comuns, tendência essa surgida junto com o desenvolvimento dessa nova fase do constitucionalismo contemporâneo e dessa ideia de alteridade.

Nesse sentido, divide-se este capítulo em duas partes distintas, porém correlatas.

Na primeira parte (itens 3.1 e 3.2), analisa-se como o processo de convergência evidenciado no capítulo anterior promoveu intensas transformações no âmbito do constitucionalismo contemporâneo, levando à formação de um constitucionalismo multinível caracterizado pela interação e articulação entre a pluralidade de ordens jurídicas, e demonstra-se em que sentido a defesa da ideia de alteridade promove meios para que se promova a interação jurídica entre distintos Estados e povos no cenário internacional.

Já na segunda parte (item 3.3), destinada à caracterização do processo de diálogos interjudiciais defendido a partir do constitucionalismo multinível, são primeiramente apresentadas algumas proposições gerais comuns aos diálogos interjudiciais em sentido amplo, para que se delimite com maior precisão em que cenário se desenvolvem, e, posteriormente, são demonstradas quais as diferentes terminologias utilizadas para o fenômeno em questão e como a doutrina caracteriza o processo de diálogo interjudicial. Ainda, após a análise de tais aspectos, delimita-se o que eminentemente se configura como diálogo em sentido estrito para os fins deste trabalho e suas características essenciais.

Essas transformações acabam por fomentar a inter-relação entre a ordem constitucional e a ordem internacional, as quais convergem na proteção dos direitos humanos, de modo que se torna imprescindível um maior estudo acerca de como ocorre a interação entre distintos ordenamentos, para o próprio fortalecimento e exigência do exercício do diálogo interjudicial, em especial entre cortes nacionais e os órgãos judiciais regionais destinados à proteção de direitos humanos.

3.1 CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL EM UM CENÁRIO DE PLURALIDADE DE ORDENS JURÍDICAS

Vivemos um período de estreitamento das relações internacionais, fato que tem levado à formação de um sistema jurídico mais integrado e cooperativo no cenário internacional. Observa-se que cada vez mais o direito internacional tem se tornado um elemento de coesão, tendo por fim o estabelecimento de uma maior cooperação entre os

diversos atores do sistema global e de uma harmonização entre a ordem jurídica interna e a internacional, e, ao mesmo tempo, um elemento de tensão, já que coloca em evidência as contradições existentes entre as diversas ordens jurídicas internas e a ordem internacional (ARIOSI, 2004).

Graças ao desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos e da internacionalização do direito constitucional, percebe-se a existência de um objetivo comum que deve ser perseguido pela comunidade internacional, qual seja, a proteção do indivíduo, já que há a fixação de um padrão normativo material mínimo, ou melhor, *standards* materiais mínimos, para ambas as instâncias, como forma de se assegurar a proteção do homem em todos os aspectos.

A tutela de tal objetivo fundamental, previsto em todas as ordens jurídicas democráticas, depende da articulação de referidas instâncias normativas, justamente ante o fato de se compreender que a eficácia de um ordenamento “*depende del auxilio del otro y, por ello, han desarrollado un language común que les permite entablar un diálogo gracias al cual ambos ordenamientos se complementan y articulan para el ejercicio de funciones constitucionales*”⁶⁰ (ACOSTA ALVARADO, 2013, p. 206).

Nesse novo cenário, desenvolveu-se uma linha de investigação que propõe um novo modelo de estruturação do poder público e do sistema constitucional, caracterizado por um pluralismo constitucional, que se define como “*un conjunto de ordenamientos jurídicos que interactúan, cada uno con su propia constitución, pero sin que estén jerárquicamente ordenados*”⁶¹ (TORRES PÉREZ, 2011, p. 12).

O pluralismo constitucional, como pontuado por MacCormick (1999), é um modelo que salienta a existência de uma diversidade de ordens normativas, cada uma com sua Constituição ou norma superior, que se aceitam como mutuamente legítimas, sem que haja a supremacia de uma ordem sobre a outra. Por meio de tal conceito, prega-se a impossibilidade de existir uma instância última de solução de controvérsias jurídicas, já que a diversidade deve atuar de forma coordenada, de modo que o contexto de potencial conflito entre distintos ordenamentos deve ser resolvido de forma não hierárquica.

Objetiva-se com esse novo modelo de estruturação a construção de uma relação entre os diversos ordenamentos constitucionais, de forma que estes se complementem e se

⁶⁰ [...] depende do auxílio do outro e, por ele, têm desenvolvido uma linguagem comum que lhes permite estabelecer um diálogo graças ao qual ambos os ordenamentos se complementam e articulam para o exercício de funções constitucionais (tradução livre).

⁶¹ Um conjunto de ordenamentos jurídicos que interatua, cada um com sua própria constituição, mas sem que estejam hierarquicamente ordenados (tradução livre).

harmonizem para o cumprimento da principal função visada tanto no plano interno quanto no plano internacional, qual seja, a proteção do indivíduo contra abusos e violações a seus direitos fundamentais. Segundo Acosta Alvarado (2013, p. 287), esse modelo é caracterizado pela construção de uma rede judicial interligada, ou seja, de um “*conjunto de normas, ubicadas a diversos niveles, que se articulan para lograr la garantia de la dignidade humana a través de la organización y limitación del poder*”⁶².

Com sua formação, há a “*superación del tratamiento provinciano de problemas constitucionales por los Estados, sin que eso nos lleve a la creencia, en la ultima ratio, del derecho internacional público*”⁶³ (NEVES, 2010, p. 723), já que tanto as ordens nacionais quanto as internacionais podem equivocar-se quando confrontadas com questões constitucionais, inclusive com problemas de direitos humanos.

Assim, é justamente diante da complexidade trazida pela ideia de pluralismo, o qual exalta a participação de todos os corpos sociais ou intermediários, ou seja, dos diversos centros de produção jurídica, além do fato de que ele ressalta a interpenetração entre o direito internacional e o nacional e entre estes e os mais variados centros de produção jurídica, que se entende que tal doutrina é a que possui maior aptidão para demonstrar o atual relacionamento entre os distintos sistemas jurídicos no cenário fragmentado do direito em que nos encontramos, em que pese o grande valor das doutrinas conciliatórias do dualismo e monismo jurídico destacadas no item 2.2.2 desse trabalho.

Com o pluralismo constitucional, ou seja, com a percepção da existência de uma diversidade de ordens constitucionais que se relacionam de forma heterárquica e complementar, desenvolvem-se na doutrina diferentes abordagens para o modo de inter-relacionamento entre as diferentes Constituições.

Nesse cenário, fala-se no surgimento de um “constitucionalismo multinível” (Pernice, Neil Walker), de um processo de “interconstitucionalidade” (Canotilho), de “transconstitucionalismo” (Marcelo Neves), de “*cross-constitucionalismo*” (André Ramos Tavares), ou de “constitucionalismo transnacional” (Manoel Aragon Reyes), de “Estado constitucional cooperativo” (Peter Häberle), expressões estas que a despeito de não serem idênticas referem-se essencialmente a um mesmo fenômeno, qual seja, a formação de uma pluralidade de ordens jurídicas internacionais, supranacionais, regionais e locais que interagem e influenciam-se reciprocamente na busca de um objetivo comum.

⁶² [...] um conjunto de normas, ubicadas a diversos níveis, que se articulan para lograr a garantia da dignidade humana através da organização e limitação do poder (tradução livre).

⁶³ Superación do tratamento provinciano dos problemas constitucionais pelos Estados, sem que isso nos leve à crença, da *ultima ratio*, do direito internacional público (tradução livre).

Em que pesem as diferentes terminologias, evidencia-se que os teóricos partem de um mesmo ponto, qual seja, da ótica do direito constitucional e da preocupação com a expansão do direito internacional no direito interno, buscando demonstrar como deve se dar a relação entre as diferentes ordens jurídicas (RAMOS, 2012). Partem elas do pressuposto da imprescindibilidade da existência de uma inter-relação entre ordens jurídicas para a própria efetividade de tais ordens, já que, consoante frisado por Petersmann (2009, p. 516):

International law cannot be effective without its good faith implementation inside domestic legal systems, in the same way that domestic legal systems cannot remain effective in a globally interdependent world without the international legal coordination of their often adverse external effects on other polities and legal systems (...) Constitutional nationalism and power-oriented foreign policies fail to acknowledge that the collective supply of international public goods depends on multilevel judicial protection of international rule of law.⁶⁴

Parte-se da constatação da necessidade, pois, de “reconhecer a ampliação da normatividade internacional e oferecer um esforço de racionalizar um pouco mais a política também por meio da ordem jurídica internacional, de modo a superar tanto um provincianismo nacionalista, quanto um internacionalismo utópico” (LEGALE, 2015, p. 553).

Para fins deste trabalho, buscando evitar a confusão gerada a partir da adoção de diferentes terminologias para descrever, em sua essência, um mesmo fenômeno, adota-se a ideia da existência de um constitucionalismo multinível e da existência de uma rede constitucional, um *constitutional network*, destinado à proteção dos direitos humanos, motivo pelo qual apenas tal terminologia será a utilizada para caracterizar o processo de articulação entre distintas ordens jurídicas.

A escolha por tal terminologia deve-se à amplitude de sua utilização por diversos teóricos, dentre eles destacando-se Pernice (2009), Peters (2006), Walker (2002), Cottier (2009) e Acosta Alvarado (2013), bem como ante o fato de ela permitir articular uma resposta constitucional de acordo com cenário pluralista em que vivemos, já que impõe a imprescindibilidade de interação entre os diferentes níveis de proteção por meio de normas e procedimentos sincronizados e permite o aperfeiçoamento do processo de integração.

O constitucionalismo multinível corresponde a uma proposta erigida ante a nova realidade internacional na qual o pluralismo constitucional demarca o exercício da autoridade

⁶⁴ O direito internacional não pode ser eficaz sem a sua implementação de boa fé dentro dos sistemas jurídicos nacionais, da mesma forma que os sistemas jurídicos nacionais não podem permanecer eficazes num mundo globalmente interdependente sem a coordenação jurídica internacional dos seus efeitos externos frequentemente adversos sobre outras políticas e sistemas jurídicos. (...) O nacionalismo constitucional e as políticas estrangeiras orientadas pelo poder falham ao não reconhecer que a oferta coletiva de bens públicos internacionais depende da proteção judicial multinível do devido processo legal internacional (tradução livre).

pública e a consecução dos objetivos constitucionais comuns. Esse constitucionalismo, aliado à ideia de uma rede constitucional, refere-se ao meio no qual se consolida a interação entre diferentes ordens constitucionais, e o diálogo interjudicial, como se verá no item 3.3 deste trabalho, corresponde à forma para sua concretização (ACOSTA ALVARADO, 2013).

Peters (2006), ao formular seu conceito de constitucionalismo multinível, parte do pressuposto de que o processo de globalização promove uma desterritorialização dos problemas e a conseqüente formação de *global networks* para sua solução, processo que acaba por aumentar o nível de interdependência entre Estados⁶⁵.

O resultado, pois, é que a governança, ou seja, o processo de regulação de questões de interesse público, passa a ser exercida fora dos limites territoriais dos Estados, as Constituições nacionais não sendo mais suficientes para a regulação de todas as questões a ela postas. É diante de tal fato que a autora afirma que “*state constitutions can no longer regulate the totality of governance in a comprehensive way, and the state constitutions’ original claim to form a complete basic order is thereby defeated. (...) Overall, state constitutions are no longer ‘total constitutions’*”⁶⁶ (PETERS, 2006, p. 58).

Dessa forma, segundo a autora, somente a partir da junção dos diversos níveis de governança é que será possível a integral proteção constitucional. A fragmentação da governança, tanto do direito internacional quanto do direito doméstico, promove a necessidade de uma interação entre as diferentes normas e seus usuários para a proteção constitucional dos direitos humanos, interação esta identificada por meio de uma *constitutional network*, na qual eventuais conflitos que surgem requerem um balanço de interesses no caso concreto para a aferição de qual norma ser aplicada à hipótese (PETERS, 2006).

Essa reconstrução constitucionalista do direito internacional promove meios para a formação de um constitucionalismo global multinível, constitucionalismo este capaz de

⁶⁵ Como destaca o autor: “O fenômeno da globalização, ou seja, a aparição de problemas globais e desterritorializados e o surgimento de redes globais nos campos da economia, da ciência, da política e do direito, aumentou a interdependência global. A globalização coloca os Estados e as Constituições estatais sob pressão: problemas globais obrigam os Estados a cooperarem com organizações internacionais e por meio de tratados bilaterais e multilaterais. Anteriormente, as funções tipicamente governamentais, como a garantia da segurança humana, da liberdade e da igualdade, são em parte transferidas para níveis ‘mais altos’. Além disso, aos atores não estatais (atuando dentro dos estados ou mesmo de forma transfronteiriça) são confiados, cada vez mais, o exercício de funções tradicionais do Estado, inclusive tarefas essenciais, como atividades militares e policiais. O resultado desses fenômenos múltiplos é que a ‘governança’ (entendida como o processo geral de regulamentação e ordenação de questões de interesse público) é exercida além dos limites constitucionais dos Estados (PETERS, 2006, p. 580, tradução livre)

⁶⁶ [...] constituições estaduais não mais conseguem regulamentar a totalidade da governança de maneira completa, e a reivindicação original das constituições estaduais de formar uma ordem básica completa é assim derrotada. (...) Em geral, constituições estaduais não são mais “constituições totais” (tradução livre).

compensar as deficiências crescentes das Constituições nacionais na resolução de questões não mais limitadas às fronteiras territoriais do Estado (PETERS, 2006). Ou seja, permite a formação de uma nova ideia do direito que permite solapamentos e interações entre distintos sistemas legais, sem que isso leve, necessariamente, à subordinação de um sistema ao outro, já que permite um espaço para o diálogo desde a cultura e a democracia (FIGUEIREDO, 2012).

No mesmo sentido Niel Walker (2002) assevera que ante tal processo de modificação das relações entre diferentes ordenamentos, sobretudo diante do aumento da complexidade da sociedade, há uma necessidade de adaptação do conceito de constitucionalismo até então adotado, não havendo mais como se continuar a defender a existência de um constitucionalismo marcado pela ausência de qualquer processo de inter-relação com a ordem internacional ou demais ordens constitucionais.

Os desafios contemporâneos e futuros clamam, por conseguinte, pela produção de um quadro intelectual que permita a superação da divisão entre as duas ordens e a consequente interação mais coerente e racional, interação esta defendida pela adoção de um posicionamento de governança multinível (COTTIER, 2009).

Walker (2002, p. 337) ressalta que a concepção de constitucionalismo multinível é a que melhor atende à crescente necessidade de modificação da concepção tradicional de constitucionalismo, visto que admite a existência de uma *“range of different constitutional sites and processes configured in a heterarchical pattern, and seeks to develop a number of empirical indices and normative criteria which allow us to understand this emerging configuration and assess the legitimacy of its development”*⁶⁷.

Esse processo de interação entre diferentes poderes constitucionais leva à possibilidade de aprendizado mútuo, através de competição em contextos de dissonâncias e de diálogo e *cross-experimentation* em contextos mais consensuais (WALKER, 2002).

O constitucionalismo multinível deve ser entendido, pois, consoante defendido por Acosta Alvarado (2013, p. 182-183), como um *“proceso escalonado que articule diversos niveles (vertical, horizontal y funcional) que dé lugar a um sistema de redes constitucionales antes que um régimen constitucional único”*⁶⁸, processo esse mais condizente com a realidade do que a afirmação de que há uma completa separação entre os planos internos e internacional

⁶⁷ [...] gama de diferentes sítios constitucionais e processos configurados em um padrão não hierárquico, e busca desenvolver um número de índices empíricos e critérios normativos que nos permite entender essa configuração emergente e acessar a legitimidade de seu desenvolvimento (tradução livre).

⁶⁸ [...] processo escalonado que articule diversos níveis (vertical, horizontal e funcional) que dê lugar a um sistema de redes constitucionais antes que um regime constitucional único (tradução livre).

ou de que tem havido a formação de um constitucionalismo global.

Pernice (2009)⁶⁹, do mesmo modo, entende que o constitucionalismo multinível é uma abordagem teórica destinada a conceituar a Constituição do Sistema Global “*as an interactive process of establishment, organizing, sharing and limiting powers, a process which involves national constitutions and the supranational constitutional framework as two interdependent elements of one legal system*”⁷⁰.

Insta salientar que a atividade da razão humana não leva a um consenso, não sendo possível um acordo último entre diferentes sociedades que possuem culturas e ideias distintas. Desse modo, a justiça deve servir para manter a pluralidade do todo, ou seja, para manter as diferenças existentes em um mundo complexamente heterogêneo (WELSCH, 1996). As diversas concepções e distintas ideias, portanto, “não devem ser medidas, desacreditadas ou coativamente unidas em nome de um super modelo – que, na verdade, só poderia ser um modelo parcial (correspondente a uma narrativa particular)”, já que caso assim fosse feito, haveríamos uma modalidade de justiça sem consenso (WELSCH, 2002, p. 227).

Não se aspira, pois, a formação de um regime constitucional único, de um Estado mundial, com a supressão total da soberania estatal e com a ignorância às particularidades culturais dos diferentes Estados. Em sentido contrário: admite-se a existência de ordenamentos jurídicos independentes e ao mesmo tempo interdependentes, os quais se encontram em diferentes graus de constitucionalização, bem como que apenas com a soma de todos eles pode-se caminhar rumo a uma articulação destinada ao atingimento de objetivos constitucionais comuns relacionados à proteção dos direitos humanos.

No mesmo sentido afirma Peters (2006, p. 610), a qual ressalta que o constitucionalismo multinível “*in no way implies the quest for a world state. The idea is not to create a global, centralized government, but to constitutionalize global (poly-archic and multi-level) governance*”⁷¹ e Cottier (2009, p. 656-657), o qual pontua que o constitucionalismo multinível “*does not stand for the idea of world government or comprehensive world legislature, but it builds upon the interaction and interdependence of*

⁶⁹ Pernice (2009) constrói sua teoria a partir de seu âmbito de desenvolvimento inicial, qual seja, o cenário Europeu. Em que esse tal fato, suas ideias possuem o condão de serem aplicadas em outros contextos e outras regiões do globo, já que se evidencia o mesmo processo de interação a que o autor faz referência em outras regiões, como no Sistema Interamericano, motivo pelo qual sua análise é de essencial importância neste trabalho.

⁷⁰ [...] como um processo interativo de estabelecimento, organização, compartilhamento e limitação de poderes, um processo que envolve Constituições nacionais e o arcabouço constitucional supranacional como dois elementos interdependentes de um sistema jurídico (tradução livre).

⁷¹ [...] de modo algum implica a busca de um estado mundial. A ideia não é criar um governo global e centralizado, mas de constitucionalizar uma governança global (poli-arcaica e multi-nível) (tradução livre).

the domestic and international spheres”⁷².

Há de se acentuar que o foco desse constitucionalismo multinível é justamente a correlação entre o direito nacional e o internacional da perspectiva dos cidadãos, ante a constatação pelas democracias modernas, como visto anteriormente, de que são os cidadãos a base e a origem da autoridade pública e do poder de decisão, seja nas instituições internas ou nas instituições internacionais, o que promove o entendimento de que os dois níveis são complementares entre si, em um sistema em que o direito encontra-se a serviço do indivíduo (PERNICE, 2009).

Logo, o constitucionalismo multinível faz com que na aplicação do direito se parta da perspectiva dos cidadãos, para o atingimento de objetivos políticos comuns mediante a interação e articulação constante entre as instituições nacionais e internacionais.

Isso porque é de interesse não somente do funcionamento do sistema, mas também dos cidadãos, que se assegure que o plano interno não se sobreponha ao internacional e vice-versa e que os dois ordenamentos não compitam entre si, mas sim que sejam complementares e se apoiem mutuamente (PERNICE, 2009).

É diante de tais constatações que essa nova etapa do constitucionalismo contemporâneo é vista como uma resposta mais condizente com a realidade, visto que analisa o grau de desenvolvimento do processo de confluência entre os planos interno e internacional, evidencia, no âmbito do direito, uma forma de articulação que não confronte ideias inerentes à própria concepção de Estado, como, por exemplo, a soberania e, ao mesmo tempo, garante a proteção dos valores fundamentais visados pela comunidade global. Como esclarece Acosta Alvarado (2013, p. 276-277), esse constitucionalismo multinível

*[...] sirve para ver el mundo tal y como es y para pensar el derecho en consecuencia; el constitucionalismo nos deja ver que vivimos en medio de un escenario fragmentado y profundamente pluralista en el que, sin embargo, no hay diferencias profundas entre el derecho internacional y los ordenamientos nacionales; el constitucionalismo nos permite ver que ambos ordenamientos tienen muchas cosas en común y que lo que importa es pensar como articularlos, armonizarlos, conseguir sus objetivos comunes, mantener coherente su interacción; el constitucionalismo nos deja ver que la legitimidad de toda autoridad dependerá de su apego a los propósitos para los cuales fue creada, de su ayuda en la realización de objetivos comunes, de su aporte a la coherencia de todo el escenario jurídico global.*⁷³

⁷² [...] não representa a ideia de um governo mundial ou uma legislatura mundial completa, mas baseia-se na interação e interdependência das esferas doméstica e internacional (tradução livre).

⁷³ [...] serve para ver o mundo como ele é e para pensar o direito em consequência; o constitucionalismo nos permite ver que vivemos em meio a um cenário fragmentado e profundamente pluralista, no qual, não obstante, não há profundas diferenças entre o direito internacional e os ordenamentos nacionais; o constitucionalismo nos permite ver que ambos os ordenamentos têm muitas coisas em comum e que o que importa é pensar como articulá-los, harmonizá-los, conseguir seus objetivos comuns, manter coerente sua interação; o constitucionalismo nos permite ver que a legitimidade de toda autoridade dependerá da sua adesão aos

Diz respeito a um constitucionalismo que reconhece, na perspectiva vertical, que os diferentes ordenamentos (interno e internacional) são componentes formalmente autônomos de uma mesma unidade constitucional e, na perspectiva horizontal, que deve haver cooperação e aceitação mútua entre os ordenamentos nacionais, para a proteção de valores comuns (PERNICE, 2009).

Frisa-se que a doutrina da governança ou constitucionalismo multinível sofre objeções, as quais são eminentemente relacionadas, no campo dos direitos humanos, à existência ou não de um universalismo quanto a sua fundamentação.

Isso porque há entendimentos no sentido de que valores morais diferem entre as diferentes nações e sociedades, de modo que o pluralismo e as divergências culturais obstaculizariam um processo de maior interação entre os diferentes ordenamentos, já que a perseguição de diferentes propósitos pelas diferentes sociedades impediria a afirmação da existência de valores comuns protegidos por todos os Estados (COTTIER, 2009).

Entretanto, não há dúvidas acerca da existência de uma grande variedade de instrumentos aos quais a grande maioria dos Estados consentiram no cenário internacional, motivo pelo qual se afirma que os direitos humanos são um ideal comum em todos os níveis de governança. Reconhecem-se direitos nucleares, fundamentais, que acabam por limitar os poderes dos governos domésticos, o que implica *checks and balances* verticais, de essencial importância para a governança multinível (COTTIER, 2009).

O constitucionalismo ou governança multinível, dessa maneira, como ressaltado por Cottier (2009, p. 657), “*relies upon a common and shared body of underlying constitutional values and legal principles, which penetrate all layers of governance alike*”⁷⁴, visto que tais valores são comuns às Constituições da maioria dos Estados. A partir desse novo modelo desenvolve-se uma nova forma de pensar o direito internacional de acordo com a realidade pluralística em que vivemos, sem renunciar, por um lado, às pretensões de universalidade da proteção dos direitos humanos e, por outro, ao respeito à diversidade cultural. Com isso, logra-se a harmonização e, conseqüentemente, uma eficaz proteção dos valores e interesses jurídicos protegidos pela comunidade internacional (ACOSTA ALVARADO, 2013).

Há, desta feita, espaços para diferenças, diversidade cultural e pluralismo. Ademais, como destaca Cottier (2009), apenas quando se aceita a existência de um pluralismo de

propósitos para os quais foi criado, de sua ajuda na realização dos objetivos comuns, de sua contribuição para a coerência de todo o cenário jurídico global (tradução livre).

⁷⁴ [...] baseia-se num corpo comum e partilhado de valores constitucionais básicos e princípios jurídicos, que penetram todos os níveis da governança igualmente (tradução livre).

valores morais dentro e fora dos limites territoriais do Estado é que se concretizam meios para superar a tradicional divisão entre os diferentes ordenamentos jurídicos. Como pontuado:

*Shared values, in other words, do not prevent or exclude diversity. They do not render the world a flat place, devoid of cultural differences. Globalization is not just about uniformity; it is as much about interaction that is complementary to divergence and diversity. International law is not simply about harmonization and uniformity; it is equally about protecting legitimate cultural divergence*⁷⁵ (COTTIER, 2009, p. 679).

Dessa forma, o quadro intelectual formado por esse novo modelo do constitucionalismo é construído a partir da crescente exteriorização de funções constitucionais e regulatórias para o plano internacional nesse processo de cooperação e integração e do desenvolvimento de projeções normativas acerca de como a relação entre os diferentes níveis de governança deve ocorrer de forma coerente e menos fragmentada (COTTIER, 2009).

Nesse cenário, a supremacia de normas e princípios constitucionais não depende da pertença de referidas normas ou princípios a um determinado sistema de fontes, mas sim de “*su capacidad para truncar la aplicación de otra norma como resultado de un ejercicio dialéctico contextual para el que poco importa la existencia de jerarquias normativas fijas*”⁷⁶ (ACOSTA ALVARADO, 2013, p. 194).

A consolidação de uma nova fase do constitucionalismo, pois, a qual pressupõe que a pluralidade de ordens jurídicas deve relacionar-se entre si e interagir de forma coordenada e não hierárquica para a resolução de problemas relativos à violação de direitos humanos que surgem no cenário global, é um imperativo na sociedade contemporânea, visto que garante a devida primazia da defesa do indivíduo como sujeito de direito tanto no ordenamento jurídico interno quanto internacional, sendo ele protagonista da proteção conferida pelo sistema jurídico como um todo.

A partir do momento em que se entende que, diante da complexidade social, da globalização e da importância conferida à proteção dos direitos humanos, não há mais como um Estado existir de forma isolada e independente, torna-se necessária a criação de ferramentas para garantir a colaboração e coordenação entre eles para a regulação de situações jurídicas comuns. É nesse sentido que o constitucionalismo multinível preconiza a resolução

⁷⁵ [...] valores compartilhados, em outras palavras, não impedem ou excluem a diversidade. Eles não tornam o mundo um lugar plano, desprovido de diferenças culturais. A globalização não é apenas sobre uniformidade; é do mesmo modo sobre a interação que é complementar à divergência e à diversidade. O direito internacional não se limita à harmonização e uniformidade; é igualmente sobre a proteção de legítimas divergências culturais (tradução livre).

⁷⁶ [...] sua capacidade para truncar a aplicação de outra norma como resultado de um exercício dialético contextual para ele que pouco importa a existência de hierarquias normativas fixas (tradução livre).

de eventuais conflitos a partir do diálogo, não com a supremacia de uma ordem sobre a outra, mas a partir de um processo de coordenação, pelo qual se visa a aplicação da norma que mais proteja o sujeito contra eventuais violações a seus direitos.

Neste aspecto, preservam-se as instituições vigentes, evitando a supremacia de uma ordem sobre a outra, ao mesmo tempo em que se garante a interação entre as diversas ordens para o aprendizado recíproco e a garantia da proteção aos direitos humanos. Pressupõe-se apenas a interação, sob o pretexto não de assegurar a autoridade última de uma ordem, mas sim de permitir a adaptação do direito às mudanças do mundo globalizado e um maior equilíbrio institucional (*checks and balances*), com o intuito último de assegurar a observância do princípio *pro homine*.

3.2 ALTERIDADE: PRESSUPOSTO PARA A INTERAÇÃO ENTRE DISTINTAS ORDENS JURÍDICAS

Consoante visto, ante o aumento da complexidade da sociedade e o processo de globalização, surgem problemas constitucionais comuns entre diferentes nações, como no caso de violações a direitos humanos, tais problemas tornando-se insuscetíveis de serem tratados por uma única ordem jurídica estatal no âmbito do respectivo território, já que relevantes para mais de uma ordem, simultaneamente (NEVES, 2009).

Em razão de os problemas de direitos humanos perpassarem as fronteiras internas do Estado, a Constituição estatal passa a ser vista como uma instituição limitada para enfrentá-los, fato que implica a percepção de que o constitucionalismo contemporâneo passa por um novo processo de transformação, relacionado à consolidação de um constitucionalismo multinível na atualidade.

A partir de então, sedimenta-se a noção de que embora o direito constitucional tenha sua base no Estado, dele se emancipa, passando a considerar as soluções dadas aos mesmos problemas por outras ordens jurídicas, por meio de um processo de constante diálogo e intercâmbio de ideias e conhecimentos (NEVES, 2009).

No entanto, embora tenha havido a emancipação do direito constitucional para a procura de respostas comuns no tocante às violações a direitos humanos, não se pode ignorar que nem todas as sociedades adotam a mesma concepção de tais direitos. Esses surgem em um contexto de dissenso estrutural, diante da pluralidade social e cultural e a consequente heterogeneidade de interesses e valores defendidos em cada sociedade.

É importante pontuar, nesse ponto, como se fez referência anteriormente, que as divergências cingem não no núcleo de valores comuns defendidos pela comunidade, mas sim nas distintas formas de interpretação e tutela de tais valores e do peso a eles conferido em cada Estado. Interpretação diversa impossibilitaria o estabelecimento de um diálogo entre os distintos países e culturas, visto que a ausência de qualquer ponto comum tornaria insustentável uma política voltada à defesa de ideais e aspirações da comunidade global e à criação de estruturas comuns para a proteção de tais ideias, sequer sendo possível, inclusive, se falar na existência de uma comunidade global.

Partindo dessa constatação, mesmo diante da existência de uma pluralidade conflituosa de interpretações, há a possibilidade do estabelecimento de uma conversação entre diferentes povos e distintas ordens jurídicas. Referida conversação é tida, na visão de Neves (2009), como essencial, sobretudo ante o fato de cada sociedade deter uma visão incompleta do todo (ou seja, possuir uma visão incompleta sobre a interpretação a ser conferida aos direitos humanos), qualquer observador possuindo um limite de visão no “ponto cego”, relativo àquele que o observador não pode ver em virtude de sua posição ou perspectiva de observação, mas que pode ser visto pelo outro.

Para o sucesso na articulação entre distintas ordens, contudo, tem-se como um requisito imprescindível que os Estados e sociedades ajam com “alteridade”, conceito este que não obstante seja utilizado, essencialmente, como pressuposto para que se promova a interação entre distintas culturas dentro de determinado espaço territorial ou a interação entre indivíduos que possuem costumes e culturas diversas, pode ser estendido para que também abarque a possibilidade de se constituir como pressuposto para a interação jurídica entre distintos Estados e povos no cenário internacional.

Isso porque, como frisado por Sparemberger e Rangel (2013), do mesmo modo que se afirma que a supressão da diferença, por meio do estabelecimento de uma só cultura a todos os indivíduos de um Estado, é ineficaz, visto que gera tensões, a ignorância das diferenças entre distintas sociedades, por meio da fixação de uma só concepção de direitos humanos para toda a humanidade, por exemplo, também gera os mesmos conflitos, a única diferença residindo no fato de que tais conflitos se estabelecem no plano internacional.

Além disso, a utilização da ideia de alteridade quando do estudo da interação jurídica entre diferentes Estados também decorre do fato de se vislumbrar que, do mesmo modo que o homem somente existe através da vida social, fato que impõe o entendimento, percepção e respeito ao outro e a seus direitos, os diferentes Estados e ordens jurídicas também somente existem, no mundo global, em um contexto de pluralidade de ordens, no mesmo sentido

exigindo que se respeitem os diferentes ordenamentos e que haja uma aceitação mútua da validade um do outro. Como destaca Habermas:

[...] na situação atual do mundo, o isolamento autárquico contra influências externas já não constitui opção possível. No mais, o pluralismo cosmopolita desabrocha também no interior das sociedades ainda fortemente marcadas pelas tradições. Até mesmo em sociedades que comparativamente são culturalmente homogêneas, torna-se cada vez mais inevitável uma transformação reflexiva de tradições dogmáticas predominantes que se apresentam com pretensões à exclusividade (HABERMAS, 2003, p. 81-82).

Diante dessa constatação é que o estudo da alteridade, quando discutida a necessidade de articulação jurídica entre distintos Estados e sociedades, é fundamental, visto que é um conceito que, aliado à ideia de interculturalismo e pluralismo jurídico, permite a superação de ideias fixadas na impossibilidade de defesa conjunta dos direitos humanos pela comunidade global, ou seja, fixadas na negação ao universalismo e na defesa extremada do relativismo cultural, permitindo a construção de um universalismo consciente das divergências culturais existentes.

Destaca-se, nesse sentido, o pensamento de Habermas (2002), o qual salienta que a adoção de uma postura universalista que se mostra preocupada em evitar falsas abstrações precisa, necessariamente, aproveitar discernimentos proporcionados pela teoria da comunicação. Isso porque a afirmação da igualdade jurídica e ausência de hierarquia necessariamente não pode ser validada à custa da constatação de que as sociedades e as concepções de direitos fundamentais são diferentes entre si, de modo que por mais que se exija a deferência moral de todos (indivíduos e Estados) que convivem em comunidade, para o próprio funcionamento dessa, também se demanda a aceitação das potenciais diversidades existentes. É nesse sentido, ante a constatação da existência de diferenças, que Habermas (2002, p. 55) afirma que o respeito recíproco unânime exigido pelo universalismo que é sensível às diferenças “é do tipo de uma inclusão *não-niveladora e não apreensória* do outro *em sua alteridade*”.

Por conseguinte, “uma lei é válida no sentido moral quando pode ser aceita por todos, a partir da perspectiva de cada um” (HABERMAS, 2002, p. 44), já que, uma teoria dos direitos, se entendida de forma adequada, jamais fecha os olhos para as diferenças culturais existentes, devendo levar em consideração, pois, a noção de alteridade.

Da mesma forma, importante é a contribuição de Amos Nascimento (2015), o qual, após discorrer acerca das ideias de John Rawls, Martha Nussbaum e Charles Taylor quanto à questão da universalidade dos direitos humanos, conclui que não obstante a pluralidade de perspectivas de mundo existentes é possível se chegar a tal ideia de universalidade, por meio

de um processo por ele designado de *overlapping consensus* de diferentes perspectivas. Destaca ele, nesse tocante, que uma ideia de universalidade apenas pode ser concebida como a soma consensual das diferentes perspectivas de mundo, já que cada uma delas apenas retrata um fragmento da universalidade dos direitos humanos, nenhuma delas sendo individualmente completa.

Desta feita, com relação aos direitos humanos, tem-se que estes apenas podem ser considerados plenamente válidos quando passíveis de serem aceitos por todos, o que somente se torna possível com o respeito às diferenças. Com o intercâmbio de culturas, ascendeu-se a um maior grau de percepção dos *outros*, das *outras* soluções, das *outras* moralidades, das *outras* legislações, percepção esta que nos leva a reavaliar nossas próprias crenças, a buscar ouvir o que o *outro* tem a nos ensinar. O motor expansivo dos direitos humanos advém, pois, dessa percepção, ou melhor, da noção de alteridade, consistente, na interpretação de Segato (2006 p. 225), na ética da insatisfação que nos humaniza constantemente⁷⁷, posição com a qual se coaduna. Como afirmado pela autora, essas noções relativas ao outro

[...] implicam uma abertura, uma exposição voluntária ao desafio e à perplexidade imposta a nossas certezas, pelo mundo dos *outros*: é o limite imposto pelos outros, pelo que é alheio a nossos valores e às categorias que organizam nossa realidade, causando-nos perplexidade e mostrando sua falibilidade, seu caráter contingente e, portanto, arbitrário. O importante aqui é o papel da alteridade com sua resistência a confirmar nosso mundo, as bases de nossa comunidade moral.

É a ética da insatisfação, dessa maneira, esta relacionada à ideia de busca da alteridade, de aceitação do outro, que promove meios para a expansão dos direitos humanos e que fundamenta tais direitos (SEGATO, 2006), não se entendendo concebível falar-se em direitos humanos sem que haja um acolhimento das ideias formadas por distintos indivíduos, sociedades, culturas ou Estados, o que apenas ocorre por meio da noção de alteridade.

No tocante ao conceito em evidência, há de se ressaltar que Lévinas e Buber são considerados pais da “filosofia da alteridade”, ambos retratando de forma bastante clara essa necessidade de reconhecer o outro como alguém merecedor de conhecimento.

A despeito de não tratarem especificamente da necessidade de reconhecimento pelos

⁷⁷ Segato (2006, p. 223-224), parte da constatação de que a expansão histórica dos direitos humanos depende, essencialmente, de uma ética da insatisfação, ou seja, da “aspiração ou do desejo de *mais bem*, de *vida melhor*, de *maior verdade*”, sendo essa ética justamente “o impulso por trás do desdobramento expansivo dos direitos humanos, da abertura das comunidades morais”, já que promove condições para a busca constante do reconhecimento do outro em face de nós mesmos. Essa ética, segundo a autora “é o que nos permite estranhar nosso próprio mundo, qualquer que seja, e revisar a moral que nos orienta e a lei que nos limita. Por isso, podemos dizer que constitui o princípio motor da história dos direitos humanos. Ser ético, entendido desta forma, é acolher a interpelação do intruso, do diferente do nós da comunidade moral, especialmente quando o intruso, em sua intervenção, não pode ou não poderia ter controle material sobre as condições de nossa existência, quando não intervém em nossa vida a partir de uma posição de maior poder” (SEGATO, 2006, p. 227-228).

Estados das legislações e decisões judiciais produzidas por outros Estados ou órgãos judiciais internacionais ou regionais, suas teorias são de grande importância para o estudo em questão, visto que apresentam a ideia de alteridade nas relações entre os homens como sendo imprescindível para que se concilie a pluralidade. Como destacam Venturi e Ferri (2015, p. 478), tais teóricos

[...] são os radicais responsáveis pela chamada “filosofia da alteridade”: um posicionamento filosófico, ético, que alterna os cerne do “eu” e do “outro” como referências do pensar e, assim, transcende os limites da subjetividade clássica racional e abstrata para o patamar da “intersubjetividade”. (...) é de se destacar Buber e Lévinas a radicalidade de seu pensamento, fornecendo as bases para se pensar a alteridade nos campos de quaisquer ciências humanas e sociais, que se encontram ontologicamente vinculadas ao problema “do mesmo e do outro” e que se desenvolveram ao longo do século XX como problemas filosóficos de atenção.

Lévinas parte da ideia de que a Ética, em contraposição à Ontologia, é a ideia central da Filosofia. O teórico confronta o pensamento e filosofia ocidental, ante a percepção de que esta se desenvolveu como um discurso de dominação, e passa a desenvolver uma teoria relativa à necessidade de emergência de uma ética sob um novo prisma, qual seja, sob a percepção do outro como sujeito de essencial importância, visto que somente na face a face com o outro, diante do rosto do outro, que se permitiria ao homem descobrir-se como responsável e que lhe viria à ideia o infinito (LÉVINAS, 1988)⁷⁸.

O autor propõe, pois, uma ética da alteridade, baseada na abertura para com o próximo, especialmente ao outro que seja diferente de si mesmo, e na admissão de que ele merece ser respeitado como é, sem qualquer repulsa ou exclusão do sistema ante suas particularidades. Refere-se a uma teoria filosófica que, em contraposição às ideias anteriormente preponderantes na sociedade, em que se ressaltava a necessidade de busca do eu individual, se orienta pela busca da relação do homem com os demais seres humanos, em uma perspectiva de respeito ao próximo, ou seja, de uma perspectiva que prega a necessidade de que o homem se abra à exterioridade para se afastar do isolamento do consequente totalitarismo.

Do mesmo modo, Buber também afirma a necessidade de observância ao outro como de fundamental importância para a compreensão pessoal da própria pessoa. Ainda que não se utilize da terminologia alteridade, o filósofo destaca a importância do encontro do indivíduo com o seu semelhante, construindo uma filosofia do diálogo baseada na construção do homem

⁷⁸ Para Lévinas (1988), a partir do momento em que a filosofia ocidental concentra-se na Ontologia e não na Ética, ela torna-se uma filosofia egoística e injusta, visto que voltada apenas ao *Ser* considerado em si mesmo, espaço em que a competição e a individualidade reinam com caráter totalitário. Tal fato constitui, para o autor, um obstáculo à percepção do *outro* e, conseqüentemente, à realização da alteridade, já que o *outro* é recusado em face do totalitarismo do *eu*.

a partir da ação responsável de seu ser, o que somente se atingiria a partir da estima conferida ao outro (VENTURI; FERRI, 2015).

Coloca o autor a intersubjetividade, ou seja, a relação com o outro, como um valor antropológico fundamental (BUBER, 2001). Tal relação, o diálogo face-a-face e a reciprocidade são, portanto, fundamentais para a própria existência do homem, neste ponto residindo a contribuição de Buber para a disciplina da alteridade, pela qual se pressupõe justamente o diálogo, a relação com o outro, com um caráter comunitário, para o contínuo progresso e desenvolvimento humano.

Baseando-se nas ideias apresentadas pelos dois teóricos acima ressaltados, tem-se que a alteridade diz respeito ao ato de colocar-se no lugar do outro na relação interpessoal e respeitar sua integralidade, sua manifestação, seu modo de ser e agir, sua expressão cultural e religiosa (RECH, 2009). Aceita-se o direito de o outro ser diferente, o que “implica numa educação para o escutar da voz diferente que brota de uma cultura também diferente que quer consolidar um diálogo na esfera da vida para que este seja verdadeiramente dialogal” (SIDEKUM, 2002, p. 78).

A constatação da legitimidade e validade do pensamento do outro, como pontuado, deve ocorrer não somente quanto às diferentes culturas, mas também no tocante às diferentes perspectivas adotadas no tocante ao valor e à interpretação a ser conferida aos direitos humanos, pressuposto este indispensável à promoção de uma integração jurídica entre diferentes Estados no cenário internacional.

Cumprido salientar que a noção de alteridade, que na concepção de Sparenberger e Rangel (2013, p. 249) consiste na capacidade de aprender o outro na plenitude de sua dignidade, de seus direitos e de suas diferenças, possui uma estreita relação de reciprocidade com o conceito de identidade, visto que “do mesmo modo que a noção da alteridade se constitui só a partir de um marcado ‘eu’, a mera presença do outro diferente de mim possibilita o pensar sobre as condições desta minha identidade”. Dessa forma, há de se fazer algumas considerações acerca da constante mutação das identidades, para que se possa compreender em que sentido a alteridade constitui pressuposto para interação entre distintas pessoas e distintas nações.

A identidade nacional, cultural ou pessoal consiste na forma que nos identificamos como indivíduos ou como membros de um grupo social. Sua formação ocorre em todo momento a partir de como o *outro* nos vê, sendo constantemente reconstruída a partir da interação com esse *outro*, já que a percepção do diferente provoca em nós mudanças relativas à forma que nos identificamos em determinada sociedade ou cultura. Charles Taylor (1998)

esclarece que para que seja possível compreender a estreita relação existente entre identidade e alteridade, deve-se levar em consideração um aspecto essencial da condição humana, qual seja, seu caráter dialógico, visto que apenas a partir de tal consideração tornamo-nos capazes de nos entendermos e de definirmos nossas identidades, já que as pessoas não se autodefinem, mas sim se conhecem apenas a partir da interação com os outros.

É diante disso que Maria Elena Viana Souza (2005, p. 90) salienta que “as identidades culturais não são rígidas e nem imutáveis porque são sempre resultados transitórios de processos de identificação e em constante processo de transformação, ‘identidades’ são, pois, identificações em curso”, do mesmo modo que Pacheco (2004) frisa que a identidade não é preexistente, mas sim se transforma, sendo fluída e móvel.

Na era da globalização pela qual passamos, essas alterações nas identidades dos indivíduos são cada vez mais perceptíveis. Com a integração decorrente da globalização, caminha paralelamente uma desintegração sociocultural, ante o surgimento de novas formas de política identitária (fato este que intensifica as tensões entre as diferentes culturas existentes). Como frisado por Pacheco (2004, p. 05):

Atualmente, porém, nesse período povoado pelas tecnologias da informação, pela compressão das distâncias - seja por via virtual como pela velocidade dos meios de transporte -, nesse contexto em que caem por terra as fronteiras nacionais e no qual os produtos (comida, bebida, vestuário, língua, crença, música, moda, valores, entre tantos outros) das mais diversas culturas, dos mais diversos países, invadem sem pedir licença, sem permissão, fiscalização ou visto os territórios de outras nações, países, povos e comunidades mais distantes, a identidade cultural se configura – enquanto resultado desse contexto – muito menos fechada, muito menos estável e estática, e principalmente, muito menos “nacional” do que o era na época moderna. (...) Com a integração econômica e com a difusão da informação possibilitadas pela globalização e pelo avanço tecnológico, também a cultura e as identidades culturais estão em trânsito constante. Junto com a informação e com os produtos, o fluxo de valores, costumes, idéias, estilos, ou seja, das particularidades de cada país, sociedade, comunidade ou grupo é muito grande e veloz.

A globalização tende a levar à homogeneização cultural. Contudo, ao lado de tal processo de homogeneização caminha, em sentido oposto, a partir da constante mutação das identidades em face do *outro*, a ideia de alteridade, de respeito à diferença. A exigência de observância ao outro e a percepção de que o outro possui algo a dizer no tocante a determinados problemas comuns que surgem no cenário internacional, parte de uma perspectiva totalmente contrária a um modelo de identidade cega (NEVES, 2009), pressupondo a imprescindibilidade de mutação de identidades em face da alteridade.

Nesse sentido, promovem-se meios para o respeito mútuo no cenário de pluralidade e diversidade cultural, contribuindo para o respeito às diferenças existentes entre o direito de diferentes Estados ou ordens internacionais e a interpretação conferida aos direitos humanos

em cada sociedade. Tal fato cria meios para que o diálogo entre culturas e povos se desenvolva, possibilitando o aprendizado recíproco entre distintas ordens. Nesse sentido pontua Rech (2009, p. 36-37), a qual salienta que a alteridade

[...] significa colocar-se no lugar do outro na relação interpessoal, com consideração, valorização, identificação, e dialogar com o outro, experienciando suas riquezas e limites. Na prática, alteridade se conecta aos relacionamentos tanto entre os indivíduos como entre grupos culturais religiosos, científicos, étnicos. Na relação alteritária, estão sempre presentes os fenômenos holísticos da complementaridade e da interdependência, no modo de pensar, de sentir e agir. É ser capaz de aprender do outro na plenitude de sua dignidade, dos seus direitos e, sobretudo, da sua diferença.

É preciso pontuar que a alteridade, a qual se relaciona à imprescindibilidade de interação do *eu* com o *outro*, a partir da aceitação da validade e importância do aprendizado contínuo com o *outro* em alguma relação, seja esta social ou jurídica, insere-se perfeitamente na noção de pluralismo jurídico a que anteriormente se fez referência, visto ser contra a ideia de pensamento único, de busca de uniformização de ideias e de declaração de existência de um pensamento melhor que o outro (SPAREMBERGER; RANGEL, 2013).

Adotando-se um conceito de cunho antropológico, vislumbra-se que o conceito em evidência, do mesmo modo que se relaciona ao pluralismo jurídico, também se vincula à ideia de interculturalismo, justamente por tal ideia, ao se constituir como tese intermediária entre as perspectivas universalistas e relativistas culturais dos direitos humanos a que se fez referência no item 2.1.1.2 desse trabalho, predizer a imprescindibilidade de defesa de valores comuns, sem desconsiderar a legitimidade dos direitos locais, percebendo-se, nesse sentido, a necessidade de reconhecimento e inter-relacionamento entre distintas culturas e sociedades.

O interculturalismo remete à noção de reciprocidade, interface e articulação coletiva entre diferentes culturas (KROHLING, 2008). Por um lado, deve ser entendido como uma expressão que registra a existência de uma multiplicidade de culturas e, por outro lado, como um valor, que demanda a aceitação da existência de outras culturas e de que todas elas possuem igual valor (GALINDO, 2004). Conforme conceito apresentado por Vera Candau, o interculturalismo

[...] supõe a deliberada inter-relação entre diferentes culturas. O prefixo *inter* indica uma relação entre vários elementos: marca uma reciprocidade (interação, intercâmbio, ruptura do isolamento) e, ao mesmo tempo uma separação ou disjuntiva (interdição, interposição, diferença) este prefixo [...] se refere a um processo dinâmico marcado pela reciprocidade de perspectivas (CANDAU, 2000, p. 03).

Partindo da premissa da equivalência entre culturas e povos, do pluralismo cultural e da noção de alteridade, o interculturalismo estabelece a necessidade do estabelecimento de um

encontro, um diálogo, entre as diferentes culturas, para um contínuo aprendizado, sobretudo em matéria de direitos humanos, para se assegurar eficazmente a proteção a todos os indivíduos no cenário global. Permite-se, pois, uma flexibilidade, a qual possibilita o diálogo entre as culturas constitucionais, sem que se intente, com isso, submeter o constitucionalismo de uma localidade a outro constitucionalismo, considerado mais avançado.

É preciso notar, como destaca Amartya Sen (2000), que há mais inter-relações e mais influências culturais mútuas no mundo do que aqueles que se alarmam com a perspectiva da subversão cultural normalmente constata. Não obstante se vislumbre frequentemente a fragilidade de determinadas sociedades com culturas diferenciadas, não se deve subestimar nosso poder de aprender coisas com diferentes culturas sem sermos assoberbados pela experiência e sem impormos nossa própria concepção cultural a outras nações. Dessa maneira, a abordagem intercultural, baseada na ideia de alteridade, possibilita a abertura para um diálogo entre culturas diversificadas.

A alteridade se apresenta, por conseguinte, como elemento intrínseco à promoção de um diálogo entre ordens jurídicas distintas ou culturas distintas (interculturalismo), visto que em razão de cada ordem representar um Estado distinto, com um sistema, um ordenamento e uma sociedade com uma cultura peculiar, carrega em si a imprescindibilidade de aceitação, sob pena de bloqueio recíproco. O reconhecimento e a observação garantem, desta feita, a convivência conjunta das diferentes ordens e possibilitam a conexão entre elas.

Frisa-se, contudo, que não remete apenas à ideia de aceitação, mas sim implica a imprescindibilidade de interação e reciprocidade, ou seja, de contato, de estabelecimento de um diálogo recíproco, sem a subjugação de uma cultura à outra, para que as distintas culturas se complementem entre si. O diálogo, a convivência, o compartilhamento entre culturas possibilita constantes inovações.

Na era da globalização, consoante já frisado, o isolamento, da mesma forma que a imposição de um pensamento único, não é uma opção viável, devendo prevalecer a ética da alteridade, sob pena de levar à geração de conflitos, ao extermínio de culturas inteiras e, progressivamente, ao fechamento de uma nação às ideias das outras (SPAREMBERGER; RANGEL, 2013). A partir da percepção pluralista do direito, vislumbra-se que o Estado-nacional passa a deter a necessidade de adaptar-se às modificações impostas pelas novas juridicidades, se expondo a essa nova concepção pluralista (SEGATO, 2006).

Ante a inter-relação entre direitos humanos, identidade, alteridade e cultura, tem-se, como bem salientado por Sparemberger e Rangel (2013, p. 272), que “o momento é de reflexão, para poder visualizar-se um caminho que seja dialógico entre as mais diversas

culturas, sem que se neguem mutuamente, o que implica a aceitação da diversidade e a compreensão da humanidade do ser”.

Nesse mesmo sentido defende Marcelo Neves (2009, p. 272-273), o qual, ao desenvolver sua teoria do transconstitucionalismo, teoria esta que também defende a imprescindibilidade de um diálogo entre ordens constitucionais distintas e a qual apresenta semelhanças com a teoria do constitucionalismo multinível acima tratada, destaca o papel do conceito em evidência no estabelecimento da comunicação, frisando ser necessária uma

[...] reconstrução permanente da “identidade constitucional” por força de uma consideração permanente da alteridade. Isso não significa a negação da identidade conforme um modelo inocente de pura convergência, e sim a prontidão para uma abertura não apenas cognitiva, mas também normativa para outra(s) ordem(ns) entrelaçada(s) em casos concretos. [...] só mediante essa disposição é possível absorver o dissenso originário. O caminho contrário leva ao bloqueio recíproco na solução de relevantes problemas constitucionais, tanto no plano dos direitos humanos e fundamentais quanto no âmbito da organização (controle e limitação) do poder.

Esse modelo, pautado na constante reconstrução e alteração da identidade em face do outro, possibilita que cessem as constantes colisões entre as diferentes interpretações conferidas aos direitos humanos (NEVES, 2009). Com a alteridade, afirma-se a existência de outros interlocutores válidos no processo de interpretação jurídica, ou seja, ambos os tribunais dialogantes aceitam que o outro tem algo a dizer no tocante à questão a eles apresentada (BUSTOS GISBERT, 2012), promovendo, por conseguinte, meios para a articulação recíproca de regras e princípios de distintos ordenamentos em face do caso concreto no qual se evidencia um problema constitucional comum.

Aceita-se, pois, que as razões expostas por outro tribunal no julgamento de um caso concreto são dignas de serem levadas em consideração, bem como se admite que existem outras instituições jurisdicionais, nenhuma possuindo o monopólio das normas ou sendo superior às demais. Por meio do respeito e observância recíproca, afasta-se a noção de existência de um metadiscurso ou de uma razão abrangente, superior a todas as demais e implica a constatação da imprescindibilidade de que sejam promovidas comunicações, para o aprendizado com outras culturas, a influência mútua entre elas e a interlocução construtiva entre as diversas ordens jurídicas (NEVES, 2009).

Consiste, outrossim, no desafio de respeitar as diferenças existentes e ao mesmo tempo de integrar os diferentes sistemas em uma unidade que não anule tais diferenças, mas que “ative o potencial criativo e vital da conexão entre diferentes agentes e entre seus respectivos contextos” (FLEURI, 2003, p. 497). Isso porque se percebe que apesar de os ordenamentos variarem entre si, “todos contribuem para a evolução do Direito e também

acabam, em maior ou menor grau, estabelecendo alguma influência recíproca entre si” (FIGUEIREDO, 2015, p. 132).

Ao partir da ideia de alteridade, portanto, impõe-se que os Estados não conheçam somente sua própria realidade histórica, cultural, social e jurídica, mas também se inteirem sobre a realidade de entes externos, para identificar as similitudes existentes entre si e buscar promover uma cooperação para a concretização de soluções para o caso em comum (MARÇAL; FREITAS, 2014). Por meio dessa abertura, promove-se uma convivência cooperativa e não destrutiva, ante a abertura das distintas ordens aos entendimentos de outras ordens jurídicas, sem, entretanto, negar a identidade constitucional de cada Estado.

Desta forma, auferem-se meios para a superação das dificuldades encontradas na resolução de problemas ligados aos direitos humanos, justamente pelo fato de proporcionar a junção de perspectivas de diferentes comunidades e, dessarte, diminuir a possibilidade de contingência e o risco do estabelecimento de uma cognição superficial das interações sistêmicas.

Os diálogos entre distintas ordens jurídicas acabam por propiciar a identificação, pelos Estados, tanto de suas potencialidades como de suas debilidades, o intercâmbio cultural servindo para o refinamento do sistema constitucional (MARÇAL; FREITAS, 2014). Permite-se, pois, a manutenção da identidade das Constituições nacionais e a promoção, ao mesmo tempo, da alteridade, do respeito ao outro, possibilitando a permanente construção de um sistema pautada pela observância e respeito recíprocos.

Ao basear-se na alteridade, a qual é considerada elemento indispensável para a promoção do diálogo, permite-se o oferecimento de respostas adequadas aos problemas constitucionais que aparecem fragmentariamente no contexto da sociedade mundial multicêntrica, sobretudo em matéria de direitos humanos, possibilitando um diálogo entre as diferentes sociedades culturais e entre os Estados e organismos internacionais e, possivelmente, a superação da fragmentariedade na interpretação dos direitos humanos.

3.3 DIÁLOGOS INTERJUDICIAS: PRESSUPOSTO PARA A ARTICULAÇÃO ENTRE DISTINTOS SISTEMAS JURÍDICOS

Ante as intensas transformações pelas quais o cenário jurídico global tem passado, torna-se evidente a interdependência entre os ordenamentos jurídicos nacionais e o direito internacional, interdependência esta particularmente evidente no campo dos direitos humanos.

Em razão dos vínculos existentes entre os sistemas, é possível se falar não somente em modelos internacionais ou nacionais de proteção, mas sim de modelos multiníveis de tutela, cujo êxito depende, como frisado, da articulação entre o direito constitucional e o direito internacional dos direitos humanos.

Isso porque não se entende mais concebível que um Estado atue de forma isolada, sem observar os problemas comuns existentes e as soluções a eles dadas em distintos ordenamentos. Como destaca Zagrebelsky (2009, p. 18), *“hoy, a diferencia del pasado, un constitucionalismo exclusivamente nacional se condenaria progresivamente a la impotencia y a la marginación de una ciencia que pierde progresivamente el control de la misma materia. La actitud abierta no es un lujo, un accesorio; es una necesidad vital”*⁷⁹. No mesmo sentido é a reflexão trazida por Mary Ann Glendon, citada por Carozza, a qual, ao tratar do fechamento dos EUA à utilização da jurisprudência de outros Estados, pontua que *“in closing our own eyes and ears to the development of rights ideas elsewhere, our most grievous loss is (...) the kind of assistance (...) that can be gained from observing the successes and failures of others”*⁸⁰ (GLENDON, 1991 *apud* Carozza, 1998, p. 1217).

Por conseguinte, no presente momento do constitucionalismo multinível e da defesa da ideia de alteridade, tem-se como uma necessidade, como visto, a superação dos “modelos cerrados por fronteiras nacionais para uma abertura crítica para o debate entre autoridades que decidem no plano interno e internacional” (CONCI; GERBER, 2015, p. 271), já que vários problemas a serem resolvidos por um tribunal são comuns a outras autoridades ou tribunais, muitas vezes já tendo inclusive sido por estes resolvidos.

Contudo, a premissa constatada anteriormente, qual seja, a de que vivemos em um cenário composto por uma pluralidade de ordens jurídicas, a qual evidencia a formação e o desenvolvimento de um constitucionalismo multinível e parte da ideia de necessidade de articulação por meio da alteridade, não é suficiente para apresentar de que forma que deverá ser promovida essa conexão.

Diante disso, torna-se necessária a discussão acerca do meio pelo qual as diferentes cortes devem se coordenar para que se efetive a proteção dos direitos humanos, buscando-se apresentar a adoção de uma postura dialógica como proposta para se buscar coordenar a forma de ativação dos distintos instrumentos de proteção dos direitos humanos e como

⁷⁹ Hoje, ao contrário do passado, um constitucionalismo puramente nacional se condenaria progressivamente à impotência e à marginalização de uma ciência que perde progressivamente o controle da mesma matéria. A atitude aberta não é um luxo, um acessório; É uma necessidade vital (tradução livre).

⁸⁰ [...] ao fecharmos nossos próprios olhos e ouvidos para o desenvolvimento de ideias de direitos provenientes de outro lugar, nossa perda mais grave é (...) o tipo de assistência (...) que pode ser obtida com a observação dos sucessos e fracassos dos outros (tradução livre).

proposta para a percepção do outro no processo de interação. Parte-se da afirmação de que apenas com o diálogo haveria uma articulação entre distintas jurisdições com intuito de se atingir um fim comum, até mesmo diante da inexistência de procedimentos formais de conexão entre cortes judiciais, inclusive entre as cortes nacionais e os tribunais regionais destinados à proteção dos direitos humanos⁸¹.

Isso porque se denota que do mesmo modo que o constitucionalismo multinível traz consigo a perspectiva de que as normas jurídicas não são limitadas pelas fronteiras dos Estados, mas sim que as perpassam, os diversos ordenamentos se inter-relacionando continuamente, essa perspectiva também surge quando se fala do estabelecimento de diálogos interjudiciais, já que este pressupõe um intercâmbio de experiências entre tribunais de diferentes Estados e entre esses e as cortes internacionais e regionais (CONCI, 2013).

Essa interação judicial, como defendido por Acosta Alvarado (2015), não deve ser vista somente como um exercício do direito comparado ou como uma migração de ideias, mas sim como um verdadeiro diálogo interjudicial, o qual surge ante a necessidade de articular o trabalho dos juízes de diversos ordenamentos em torno de um objetivo comum.

Antes de se buscar demonstrar o conceito e características essenciais do diálogo interjudicial, contudo, há de se esclarecer, do mesmo modo que esclarecido por Bustos Gisbert (2012) quando este buscou delimitar em 15 proposições uma teoria geral do diálogo, que a definição precisa de referido diálogo como mecanismo de promoção de interações entre cortes pertencentes a diferentes sistemas para a solução de problemas comuns é bastante dificultosa. Isso porque por mais que uma teoria geral do diálogo seja uma teoria necessária, ela possui alcance limitado, jamais podendo aspirar a ser completa, sobretudo ante a intervenção de uma grande quantidade de atores e por se basear, em sua essência, na solução de casos concretos.

⁸¹ Cumpre frisar que o diálogo judicial retratado neste trabalho não confunde com a teoria do “diálogo das fontes” introduzida na doutrina brasileira pela renomada doutrinadora Cláudia Lima Marques. Apesar de também se referir a uma doutrina que busca a harmonia e da coordenação entre normas, objetivo esse também visado pela doutrina do diálogo interjudicial, destaca-se que a doutrina do diálogo das fontes diz respeito a uma forma de integração de normas jurídicas pertencentes a um mesmo sistema, nas hipóteses de antinomias entre elas no ordenamento jurídico na qual se inserem (MARQUES, 2003). Destina-se, pois, a garantir a interpretação do direito como um todo, de forma coordenada e sistemática, e a superar eventuais conflitos entre normas jurídicas, não dizendo respeito, dessa forma, à necessidade de estabelecimento de interações entre sistemas jurídicos diferentes. Frisa-se que a doutrina do diálogo das fontes contribui enormemente para a compreensão da ideia de que é possível ao jurista não ficar preso a um sistema específico (na doutrina em questão salientando-se a necessidade de que o jurista não ficar vinculado a um microssistema jurídico), contudo tal doutrina limita-se, como destacado, ao âmbito interno. Diante de tal constatação, entende-se que a doutrina do diálogo interjudicial vai além da doutrina anterior, para compreender a possibilidade de harmonia entre normas de distintos sistemas e a possibilidade de estabelecimento de legítimas comunicações entre cortes de distintos sistemas, motivo pelo qual se entende ser esta doutrina a mais apta a identificar como deve se operar a comunicação entre a pluralidade de ordens jurídicas e sistemas existentes.

Por tal motivo, não serão demonstradas as formas de desenvolvimento do diálogo interjudicial em todas as suas feições e âmbitos, buscando-se apresentar apenas minimamente as pautas definidoras do que seja um diálogo judicial, as principais teorias existentes no tocante ao processo de interação entre cortes e os principais elementos característicos do diálogo interjudicial, com o fim de se possibilitar uma maior compreensão acerca do que efetivamente pode ser concebido como diálogo interjudicial e se demonstrar de que forma esse é promovido no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (esse último aspecto a ser tratado no próximo capítulo desse trabalho).

Reafirma-se: não é possível se demonstrar uma teoria que explique os diálogos interjudiciais de maneira completa, em todos seus aspectos, de forma a demonstrar todas as suas formas de realização e todas as modalidades de diálogos existentes. Diante disso, pretende-se neste capítulo apenas fornecer elementos suficientes acerca das características essenciais dos diálogos interjudiciais e, mais especificamente, do diálogo em sentido estrito, para, então, lograr meios para demonstrar, no próximo capítulo, quais os fatores normativos e entendimentos que promovem condições e exigem o estabelecimento de um diálogo no SIDH, bem como quais as ferramentas que têm sido utilizadas para sua promoção.

Com tal objetivo em evidência, passa-se a apresentar algumas proposições gerais comuns aos diálogos judiciais em sentido amplo, para que se delimite com maior precisão em que cenário se desenvolvem, e, posteriormente, a se demonstrar quais as diferentes terminologias utilizadas para o fenômeno em questão e como a doutrina caracteriza o processo de diálogo interjudicial. Ainda, após a análise de tais aspectos, passa-se a delimitar o que eminentemente se configura como diálogo em sentido estrito para os fins deste trabalho e suas características essenciais.

3.3.1 Proposições iniciais: o campo de desenvolvimento e os atores principais do processo de diálogo interjudicial

A proposta de adoção de uma perspectiva dialógica para a promoção de uma maior interação entre diferentes ordenamentos constitucionais requer que sejam apresentados alguns elementos conceituais, a forma em que o tema se desenvolveu na doutrina e os entendimentos adotados neste trabalho para conceituar e caracterizar o diálogo.

Os diálogos interjudiciais em sua acepção ampla, também denominados de comunicações judiciais, podem ser definidos e caracterizados, dependendo do marco teórico utilizado, de diversas formas, fato que torna a conceituação, classificação e caracterização de

referidas comunicações uma tarefa difícil. Desse modo, para que seja possível a compreensão do tema, é preciso, primeiramente, que se fixem sucintamente algumas proposições iniciais, como forma de situar o leitor quanto ao campo em que tais diálogos ocorrem, a quem essencialmente incumbe a tarefa de sua concretização e ao principal objetivo de seu estabelecimento.

Ab initio, há de se acentuar que os diálogos interjudiciais retratadas neste trabalho se referem tão somente aos diálogos que se operam no campo dos direitos humanos/fundamentais, conforme já se fez referência no primeiro capítulo desta dissertação.

Isso porque se parte do pressuposto de que a despeito do surgimento e do desenvolvimento da ideia de que se tem produzido um intercâmbio entre tribunais constitucionais em todos os níveis e com relação a qualquer matéria, é tão somente no campo da proteção e da tutela dos direitos fundamentais que efetivamente é possível observar a promoção de um diálogo, já que somente neste existem os pressupostos de uniformidade exigíveis para assegurar sua realização (VERGOTTINI, 2011).

Conforme Bustos Gisbert (2012), o campo dos direitos humanos é o território disputado entre ordenamentos confluentes, já que os problemas relativos a tais direitos não se restringem à competência individualizada de cada Estado. Neste campo, todos os ordenamentos podem incidir, seja o nacional, o internacional, ou o regional, havendo superposições (*overlappings*) entre as regulações de distintos ordenamentos igualmente competentes sobre um mesmo objeto.

Ante as colisões que podem resultar da existência de distintos ordenamentos legislando os mesmos direitos e de distintas cortes interpretando-os de forma diferenciada, o estabelecimento de diálogos entre os órgãos responsáveis pela interpretação constitucional em cada Estado ou sistema internacional ou regional se torna uma necessidade, para que, dessa maneira, problemas comuns sejam resolvidos de maneira mais eficiente e para que se garanta a segurança jurídica no processo de aplicação do direito.

Isso porque tais diálogos têm o condão de promover o surgimento de interpretações jurídicas extraídas de reflexões profundas, decorrentes de uma “fertilização cruzada”, de modo que “as decisões anteriores sobre o alcance e sentido de determinados direitos servem de importante orientação para a formação da jurisprudência de outro tribunal” (RAMOS, 2012, p. 122).

Fixada essa premissa, ressalta-se, quanto aos atores responsáveis pela sua concretização, que embora haja a possibilidade de estabelecimento de diálogos entre órgãos pertencentes ao Legislativo e Executivo, confere-se maior foco aos diálogos realizados por

juízes nacionais e internacionais, visto que é no diálogo entre tais atores que se promovem as maiores interações entre ordenamentos jurídicos.

As constantes transformações sociais impõem novas formas de integração jurídica global. Nesse sentido, apesar de dentro da lógica tradicional de construção do direito internacional este ser derivado da atuação dos representantes dos Estados, a partir da ratificação de tratados, consolidação de costumes, ou da ampliação do sistema de integração por iniciativa dos parlamentos nacionais, surgem novas formas de integração normativa, caracterizada por derivar de um processo comunicativo autônomo promovido, em sua essência, pelos juízes (VARELLA, 2012).

Os juízes constitucionais tratam-se, pois, dos protagonistas da circulação jurídica, já que podem utilizar-se de argumentos extra sistêmicos em suas sentenças, aludindo ao direito e às decisões estrangeiras para fundamentar suas decisões (NOGUEIRA ALCALÁ, 2011).

O importante papel atribuído aos juízes é decorrente de duas questões principais, essencialmente derivadas do processo de constitucionalização do direito internacional e de internacionalização do direito constitucional, quais sejam, o crescimento do número de cortes internacionais e o crescimento do processo de judicialização do direito, o qual reforça o papel das cortes em estabelecer o que é o direito e em exigir o cumprimento do mesmo. É diante de tais fatos que Ferrarese (2009, p. 08) afirma que hoje “*law consists not so much of statutes and other forms of written law, but rather of judicial or quasi-judicial decisions*”⁸².

Não se ignora, aqui, o importante papel exercido por cada Poder, sendo certo que cada um exerce uma importante função na promoção de avanços no âmbito do Direito, trazendo relevantes contribuições para a melhoria das relações sociais e individuais. Contudo, o que se observa é que dentre os Poderes, o Judiciário, pelo fato de suas instituições não serem centralizadas, detém maiores condições de conferir respostas plurais e diferenciadas para situações e demandas diversas. Como frisado por Ferrarese (2009), possuem as instituições judiciais a capacidade de produzir o direito quando da análise do caso concreto com um estilo incremental, detendo elas a habilidade de conectar, de criar vínculos entre dimensões opostas, como ocorre por meio da criação de vínculos entre interesses privados e a justiça pública, entre casos concretos e normas abstratas e entre o local e o global.

Além disso, essa aptidão, nas palavras de Conci (2014, p. 33), decorre da constatação de que o Judiciário pode fazer-se em contrapeso real dos excessos e omissões dos demais poderes, por meio do ativismo judicial, de forma a assegurar que nos momentos em que as

⁸² [...] o direito não consiste tanto em estatutos e outras formas de lei escrita, mas sim de decisões judiciais ou quase-judiciais (tradução livre).

garantias democráticas não são integralmente respeitadas, seja ele “um escudo às afrontas e excessos antijurídicos dos próprios poderes do Estado”. Nesse cenário, o poder judicial ganha um papel de essencial importância, visto que detém ele o poder de “concretizar direitos fundamentais independentemente de algumas amarras, como a perspectiva da representatividade democrática fundada no voto e no mandato”.

Sobretudo nos casos em que há uma omissão legislativa, especialmente no tocante a problemas políticos e à eficácia dos direitos fundamentais, o Judiciário detém uma função essencial, assumindo um papel politicamente ativo no exercício de sua função jurisdicional, papel este possibilitado pela flexibilidade decorrente da incorporação de princípios ao texto constitucional (FIGUEIREDO, 2008). Tal flexibilidade é o que torna o papel das cortes judiciais tão importantes. Como destaca Ferrarese (2009, p. 11-12):

If we look at courts from the perspective of the three illustrated aspects, we can understand that they are successful because of their ability to be flexible and to give plural and differentiated answers to different situations and demands. They can move as well in the space between what is national and what is global. Flexibility as a quality for institutions could appear to be in sharp contrast with the expectations of formalism that are typical of the European institutional tradition. (...) the institutional changes of global world seem to prove that expectations of legal formalism are inadequate for the global world.⁸³

Tais qualidades institucionais, desta feita, promovem condições para o estabelecimento de um diálogo ou conversação interjudicial, diálogo este que seria muito mais difícil entre outros atores institucionais. Nesse tocante, Dias e Mohallem (2016, p. 157) trazem importante reflexão:

Juízes nacionais encontram-se, mais do que nunca, expostos ao direito construído por cortes internacionais e de outros países, especialmente em relação às normas substancialmente semelhantes àquelas aplicáveis em suas jurisdições, de modo que o fenômeno poderia ser compreendido como uma expansão natural dos horizontes comparativos. Afinal, se outras cortes buscam respostas para problemas relativamente semelhantes, por que não adotar novos referenciais, mesmo que transcendam as fronteiras nacionais?

Os diálogos acabam por funcionar como “um modo de interação entre os órgãos que tem em suas mãos o potencial de tomar decisões que afetam milhares de pessoas e podem mudar radicalmente a trajetória da proteção de seus direitos de um momento para outro” (CONCI; GERBER, 2015, p. 273), obrigando os juízes a procurarem realizar um exercício de

⁸³ Se olharmos para os tribunais da perspectiva dos três aspectos ilustrados, podemos entender que eles são bem sucedidos por causa de sua capacidade de ser flexível e dar respostas plurais e diferenciadas a diferentes situações e demandas. Eles podem se mover também no espaço entre o que é nacional e o que é global. A flexibilidade como uma qualidade para as instituições pode parecer estar em forte contraste com as expectativas de formalismo que são típicas da tradição institucional europeia. (...) as mudanças institucionais da palavra global parecem provar que as expectativas de formalismo legal são inadequadas para o mundo global (tradução livre).

harmonização dos ordenamentos jurídicos para a proteção eficaz do indivíduo em todo o sistema (ACOSTA ALVARADO, 2013).

Por fim, como terceira proposição inicial, destaca-se que o diálogo destina-se essencialmente a uma harmonização dos ordenamentos, e não a uma uniformização. Objetiva auferir meios para a formação de uma síntese mutuamente aceitável e compatível em determinado sistema, ou seja, procura alcançar soluções que permitam ao sistema seguir funcionando sem renunciar aos elementos essenciais característicos ou definidores do próprio, não sendo buscadas soluções idênticas ou de plena conformidade.

Neste ponto, cumpre pontuar que o processo de interação entre ordenamentos jurídicos pode conduzir a uma uniformidade (unificação) ou a um processo de harmonização. O primeiro detém cunho verticalizado e é autoritário, sendo caracterizado pela imposição de um único e idêntico modelo, enquanto o segundo refere-se a um processo de “interação entre variados elementos a partir de um padrão que visa evitar ou eliminar conflitos (...), no qual a interação de equivalência se manifesta com o reconhecimento dos mesmos valores ou mesma paramétrica” (IENSUE; CARVALHO, 2015).

É justamente este último o movimento visado pelo diálogo entre distintas jurisdições, já que, consoante já pontuado, não se visa a subsunção de um ordenamento a outro, mas sim a compatibilização entre as distintas ordens jurídicas. Procura-se, pois, o funcionamento simultâneo de dois ou mais ordenamentos jurídicos em espaços em que ambos podem ser aplicáveis, bem como evitar que a diversidade seja tão excessiva de forma a impedir o funcionamento conjunto de ambos os ordenamentos (BUSTOS GISBERT, 2012).

Diante de tal objetivo é que esse processo de interação encontra menos resistência entre os teóricos do que a defesa de um processo de busca de uniformidade (IENSUE; CARVALHO; 2015), sendo inclusive concebido como um fator imprescindível para a própria eficácia dos ordenamentos jurídicos envolvidos (ACOSTA ALVARADO, 2013).

Cumpre pontuar que os diálogos não se limitam à busca da emergência de similitudes e da convergência entre Constituições, legislações e jurisprudências. Devem ter presente a exigência de não negar as diferenças, já que a priorização das diferenças permite não olvidar valores como o pluralismo e a variedade das distintas memórias culturais e, portanto, torna possível a articulação, sem a supressão das antinomias existentes entre as interpretações conferidas a alguns direitos (VERGOTTINI, 2012).

Configura-se, portanto, como o pressuposto necessário para que o direito torne-se harmônico, já que possibilita a aproximação da interpretação conferida a determinados institutos jurídicos, por meio de diferentes tribunais nacionais e internacionais, aproximação

esta promovida através de uma “fertilização cruzada”.

Fixado o campo em que se desenvolvem os diálogos interjudiciais em sua acepção ampla, bem como os atores responsáveis por sua concretização e o principal objetivo visado pelo processo de diálogo interjudicial, passa-se, então, à análise das diferentes terminologias e das suas características principais, como forma de delimitar o que pode ser conceituado como diálogo interjudicial e, mais especificamente, diálogo em sentido estrito.

3.3.2 Diálogos interjudiciais e suas diferentes terminologias

A noção da existência de relações dialógicas ou interações institucionais entre ordens jurídicas tem sido bastante desenvolvida na doutrina, cada estudioso formulando uma teoria própria para conceituar e caracterizar as relações de interação evidenciadas ante o surgimento e o encontro entre a pluralidade de ordens jurídicas. Como pontuado por Magalhães (2015), diferentes pontos de vista teóricos produzidos em diferentes contextos institucionais acabaram por levar à elaboração de abordagens peculiares acerca do diálogo, fato que contribuiu, inclusive, para a imprecisão quanto aos contornos do diálogo e sua operacionalização no campo jurídico.

Dias e Mohallem (2016) ressaltam que as principais terminologias utilizadas para caracterizar o processo de influência recíproca entre diferentes ordens jurídicas são as referentes às “comparações interestatais” (de Paolo Carozza), ao processo de “comunicação transjudicial” (de Anne-Marie Slaughter), à “fertilização constitucional cruzada” (também de Anne-Marie Slaughter), à “coordenação interjudicial” (de Eyal Benvenisti e George W. Downs), aos “empréstimos constitucionais” (de Lee Epstein e Jack Knight) e ao “diálogo transjudicial” (de Maria Rosaria Ferrarese), cada teoria contribuindo de alguma forma para caracterizar o fenômeno em evidência.

Tendo em vista os importantes aspectos conceituais trazidos por cada uma das teorias, as quais, não obstante tratem de uma forma diferenciada um mesmo fenômeno, ao mesmo tempo são bastante semelhantes, discorrer-se-á sucintamente acerca de cada doutrina e acerca das principais reflexões trazidas pelos teóricos acima apontados no tocante ao processo de interação entre cortes de distintos sistemas jurídicos, apenas para o fim de demonstrar o que a doutrina em geral entende por “diálogo” e, após, apontar a terminologia que será utilizada nesse trabalho.

No âmbito da doutrina relativa à temática, evidencia-se que os estudos em geral

partem das ideias lançadas por Anne-Marie Slaughter, a qual salienta que diante das mudanças recentes do cenário internacional e do processo de globalização existe uma interação crescente entre os funcionários judiciais de todos os níveis e cenários na busca de soluções comuns para problemas constitucionais comuns, interação esta cuja ferramenta principal é o diálogo entre juízes (ACOSTA ALVARADO, 2013).

Corresponde a uma das primeiras e mais importantes teorias a surgir no tocante ao estudo das interações entre os diferentes sistemas de proteção dos direitos humanos e do processo de referência à jurisprudência estrangeira por cortes nacionais. Não obstante tenha a autora, posteriormente, se utilizado do termo “fertilização constitucional cruzada” quando da elaboração de sua obra *A new world order*, buscou ela, a princípio, identificar as comunicações entre cortes, para além de suas fronteiras, como uma *transjudicial communication* (comunicação transjudicial).

A terminologia é utilizada por Slaughter para descrever o recurso habitual dos tribunais nacionais às decisões de outros países ou cortes internacionais ou regionais, na busca de argumentos que avaliem as soluções adotadas em seu próprio Estado ou na busca da garantia de convivência entre os diversos ordenamentos jurídicos autônomos (GARCÍA ROCA; NOGUEIRA ALCALÁ; BUSTOS GISBERT, 2012), tratando-se, conforme a autora, de um pilar para um maior inter-relacionamento legal global, tendente a elevar a qualidade das decisões judiciais (SLAUGHTER, 1994).

Ao partir do pretexto de que uma deliberação coletiva pode produzir soluções melhores que uma deliberação individual, bem como ao evidenciar uma necessidade das cortes participantes examinarem seus próprios sistemas legais em perspectiva comparada para verificar a adequação ou insuficiência dos mesmos na proteção de direitos, Slaughter (1994) defende que referidas comunicações promovem meios para um contínuo progresso na interpretação e na proteção dos direitos humanos.

Isso porque promovem a mudança de um sistema formado por uma ordem internacional e uma ordem doméstica, para um sistema em que juízes nacionais e internacionais buscam aplicar concomitantemente as normas internacionais e nacionais para a proteção dos direitos humanos. Na doutrina desenvolvida por Slaughter, essa mudança leva à formação de uma comunidade global de cortes, constituída pela consciência dos juízes nacionais e internacionais quanto à imprescindibilidade de se aplicar diferentes direitos de diferentes ordenamentos para garantir uma maior proteção dos direitos humanos e quanto à noção de que todos os juízes são participantes de um empreendimento judicial comum (SLAUGHTER, 2003).

Na perspectiva da teórica, a emergência dessa comunidade global de cortes leva a uma *cross-fertilization* constitucional, em que as cortes citam-se reciprocamente em diversos assuntos. Frisa-se que essa referência às decisões estrangeiras, segundo Slaughter (1994), é baseada na persuasão e não na autoridade coercitiva de uma corte sobre a outra, justamente diante da aceitação recíproca de que cada juiz possui a capacidade de aplicar o direito no caso concreto, já que todos detêm o objetivo comum de assegurar sua correta aplicação.

A partir dessa perspectiva, denota-se que as comunicações judiciais reivindicam “que as cortes nacionais e internacionais se percebam como atores de um processo de integração em matéria de direitos humanos, trocando experiências, teorias e modos de interpretar dispositivos” (CONCI; GERBER, 2015, p. 270), demandando um relacionamento aberto entre as diferentes ordens jurídicas.

O resultado é que os juízes participantes do diálogo se vislumbram não somente como serventes ou representantes de uma determinada política particular, mas também como colegas que possuem uma função comum que transcende as fronteiras nacionais, já que eles encaram problemas substantivos e institucionais comuns. Com um maior inter-relacionamento, os atores judiciais cooperam diretamente na resolução de disputas e aprendem com as experiências uns dos outros (SLAUGHTER, 2003).

Os juízes, os quais permanecem sendo nacionais ou internacionais, possuindo jurisdição própria e sendo ligados a determinado ordenamento jurídico, passam a se engajar em um diálogo ativo e constante, não sendo eles meros receptores passivos das decisões estrangeiras, já que passam a fazer parte de um sistema maior, para além das fronteiras estatais.

Há diversas consequências positivas do estabelecimento e incremento das *transnational communications*. Isso porque, a partir do estabelecimento de comunicações, as cortes passam a se vislumbrar como instituições políticas abertas à persuasão e engajadas em assegurar objetivos comuns, fatos que indiretamente asseguram a promoção de uma maior proteção de direitos individuais e garantem que o poder seja limitado pelo direito, além de que permite que as diferenças nacionais possam ser admitidas e a elas possam ser dadas prioridade, sem que com isso se obscureça problemas comuns ou se bloqueie a adoção de soluções externas (SLAUGHTER, 1994).

Além da teoria desenvolvida por Slaughter, outra importante doutrina é a desenvolvida por Carozza (1998, p. 1219), o qual se utiliza do termo *inter-state comparative references* (comparações interestatais) para caracterizar as interações entre as diferentes ordens. Segundo o autor, tais comparações interestatais são os mecanismos mais eficientes

existentes para a devida proteção dos direitos humanos, visto que elas ajudam a

[...] strengthen common understandings by giving specific content to the scope of broad, undetermined international human rights norms, while at the same time they help to reveal the contingency and particularity of the political and moral choices inherent in the specification and expansion of international human rights norms that are sometimes too facilely assumed to be 'universal'.⁸⁴

As comparações interestatais, na perspectiva de Carozza (1998), detêm, do mesmo modo que as comunicações judiciais de Slaughter (1994), o nítido condão de reforçar os entendimentos comuns existentes entre diferentes ordenamentos jurídicos, de modo a garantir a proteção dos direitos humanos, e, ao mesmo tempo, respeitar as diversidades existentes na interpretação de referidos direitos, desde que isso não implique, de alguma forma, a total desconsideração do núcleo básico de direitos sobre os quais há acordo entre os diferentes Estados.

O autor salienta que o objetivo visado pelas comparações interestatais, pois, não é a criação de uma completa uniformidade no tocante à interpretação dada aos direitos humanos, mas sim se constituir em um mecanismo pelo qual as cortes internacionais (o autor versa acerca da Corte Europeia, que constitui o foco de sua análise), na análise do caso concreto, verificam se há uniformidade suficiente para exigir a adequação do direito estatal ao estabelecido nas normas internacionais, ou se não é possível a completa uniformidade, caso em que deve ser aplicada a técnica da margem de apreciação nacional⁸⁵ e, assim, se justificar o entendimento divergente de um Estado em razão de suas particularidades.

Para o teórico, a estipulação de normas internacionais não significa acabar com as diferenças entre cada Estado em nome da uniformidade, mas objetiva estabelecer um mínimo nível de compatibilidade, em respeito tanto ao universalismo dos direitos humanos, quanto ao relativismo dos mesmos. Consoante pontuado (CAROZZA, 1998, p. 1235):

The problems raised by the comparative aspects of the European Court's jurisprudence, however, relate more fundamentally to the normative development of international human rights. The basic tension between uniformity and diversity central to inter-state comparisons of human rights is just one facet of the most pervasive conceptual problem in international human rights. Rooted in the transcendent value of human dignity, the idea of human rights necessarily contains within it an aspiration to the universal. Rooted in the specificity of religious, moral, linguistic, and political communities, the concrete instantiation of that idea necessarily results in particularity and pluralism. The perennial challenge of thinking about and acting on behalf of human rights is to mediate between these

⁸⁴ [...] fortalecer entendimentos comuns ao se dar conteúdo específico ao alcance de normas internacionais de direitos humanos amplas e indeterminadas, ao mesmo tempo em que elas ajudam a revelar a contingência e a particularidade das escolhas políticas e morais inerentes à especificação e à expansão das normas de direitos humanos internacionais, as quais, por vezes, são muito facilmente assumidas como "universais" (tradução livre).

⁸⁵ Para a melhor compreensão da "técnica da margem de apreciação nacional", vide item 4.2.2 desse trabalho.

*poles, seeking the universal through the particular and giving meaning to the transcendent in the concrete.*⁸⁶

A busca de entendimentos comuns entre as diferentes culturas constitui um dos requisitos da dignidade da pessoa humana e do bem comum. No entanto, para que seja possível se atingir entendimentos comuns, exige-se a percepção de que estes detêm um alto grau de generalidade, abstração e indeterminação, de modo que nem sempre serão interpretados da mesma forma pelos diferentes Estados.

Nesse sentido, afirma o autor que as *inter-state comparisons* conferem a “chave” que leva a uma resposta ou a outra, ou seja, ou se evidencia a existência de total consenso com relação a uma norma específica, sendo aplicável, portanto, indistintamente a todos os Estados, ou, ao constatar a grande diversidade de normas entre Estados-membros, se percebe a necessidade de aplicação da teoria da margem de apreciação nacional. Tal posicionamento é reforçado pelo entendimento antes evidenciado de que o sistema internacional deve atuar de forma subsidiária aos Estados, o direito doméstico sendo concebido como o mecanismo primário de implementação dos direitos humanos.

Promove-se, com isso, um balanço entre a soberania nacional e as obrigações internacionais, no sentido de que a prática das comparações interestatais pode tender à preservação da soberania quando se constata que há consenso insuficiente entre os Estados-membros, caso em que aos Estados deve ser conferida uma ampla margem de apreciação, ou pode levar a decisões que evidenciam a primazia da norma externa, nos casos em que evidente a existência de consenso suficiente dos diferentes Estados para exigir a adaptação do Estado divergente à norma internacional. Como destaca Carozza (1998, p. 1233):

*[...] independent of the structure of international legal argument, by its very nature the process of comparison will pull us toward both unity and diversity. We cannot really compare two legal systems, or norms within them, without being conscious in the first instance of their differences. (...) The point is that both of these outcomes are equally likely to result from the Court's justificatory method of comparative law.*⁸⁷

⁸⁶ No entanto, os problemas levantados pelos aspectos comparativos da jurisprudência do Tribunal Europeu referem-se mais fundamentalmente ao desenvolvimento normativo dos direitos humanos internacionais. A tensão básica entre uniformidade e diversidade, central para comparações interestaduais de direitos humanos, é apenas uma faceta do problema conceitual mais abrangente nos direitos humanos internacionais. Enraizada no valor transcendente da dignidade humana, a ideia de direitos humanos contém necessariamente dentro dela uma aspiração ao universal. Enraizada na especificidade das comunidades religiosas, morais, linguísticas e políticas, a instanciação concreta dessa ideia resulta necessariamente em particularidade e pluralismo. O desafio perene de pensar e agir em prol dos direitos humanos é de mediar entre esses polos, buscando o universal através do particular e dando sentido ao transcendente no concreto (tradução livre).

⁸⁷ [...] independente da estrutura do argumento jurídico internacional, por sua própria natureza o processo de comparação nos puxará para a unidade e para a diversidade. Não podemos realmente comparar dois sistemas legais, ou normas entre si, sem sermos conscientes em primeiro lugar de suas diferenças. (...) A questão é que

O resultado dessas comparações pode ter dois efeitos: o estudo comparado pode em alguns casos relativizar os padrões universais, ao demonstrar que problemas particulares podem ter uma variedade de soluções, ou pode levar a um maior entendimento universal acerca dos direitos humanos internacionais ao se indagar acerca de quais as similaridades essenciais em referidos direitos entre as diferentes culturas (CAROZZA, 1998).

Outra doutrina de suma importância, ainda que não tão citada e conhecida, é a desenvolvida por Benvenisti e Downs (2009), os quais se valem do termo coordenação interjudicial, ressaltando que esta tem ocorrido ante o fato de as cortes nacionais, assim como os governos estatais, terem percebido a necessidade de coordenar suas atividades com outros governos na perseguição de objetivos comuns.

Do mesmo modo que Slaughter e Carozza, os teóricos destacam a imprescindibilidade das comunicações realizadas entre cortes judiciais. Na concepção dos teóricos, o principal benefício do estabelecimento de um maior inter-relacionamento a partir da promoção de citações recíprocas é que há não somente um incremento da *accountability* do Executivo, mas também uma elevação do próprio poder das cortes em interpretar e aplicar as leis nacionais e internacionais, as quais são essenciais para a evolução do direito junto ao pensamento social.

O uso de uma análise comparativa, para os autores, é um sinal ou de que as cortes estão dispostas a aprender umas com as outras, ou estão buscando apoio de outras jurisdições para seus próprios julgamentos.

Ainda, destaca-se a doutrina de Epstein e Knight (2003), os quais, ao tratarem da forma de interação entre diferentes ordens jurídicas, destacam que esta ocorre através de *constitutional borrowings* (empréstimos constitucionais), que podem dar-se de diferentes formas: podem ocorrer por meio da atuação de juízes, ao considerarem as decisões de outros juízes ou outras sociedades quando da resolução de disputas; podem ocorrer por meio dos legisladores, que podem basear-se em legislações externas quando da feitura de documentos legais internos; ou podem ser realizadas pelos cidadãos, que podem estar atentos a práticas de outros países, quando emitem opiniões relativas a mudanças constitucionais.

Para os autores, tais empréstimos são feitos de acordo com determinada política adotada pelo governo, sendo realizados sempre segundo os interesses políticos do Estado na consecução de algum fim individual. Os empréstimos são, dessarte, “*a bargaining process*

*among relevant political actors, with their decisions reflecting their relative influence, preferences, and beliefs at the moment when the new institution is introduced, along with (and critically so) their level of uncertainty about future political circumstances”*⁸⁸ (EPSTEIN; KNIGHT, 2003, p. 200).

Não é possível, portanto, quando se fala de empréstimos constitucionais, negligenciar os aspectos políticos do mesmo. Como pontuado pelos autores (EPSTEIN; KNIGHT, 2003, p. 209-210):

*Believing that any explanation of constitutional borrowing (as a case of institutional design) that neglects politics fails to capture crucial features of that phenomenon, we take a different approach. To us, the creation of and changes in institutions comes about through a process of political bargaining that occurs within a preexisting political or legal system. Decisions are the strategic choices of the relevant actors and reflect those actors' relative influence, preferences, and beliefs at the moment when the new institution is introduced. It is the variation in influence, preferences, and beliefs that leads actors to borrow or not from one or another society; it is this variation that results in formal institutional distinctions that can influence the performance of the society or the political organization in the long run.*⁸⁹

A teoria de Epstein e Knight é um pouco diferenciada das demais anteriormente apresentadas, não se prestando, para os fins deste trabalho, para caracterizar o diálogo interjudicial. Isso porque os empréstimos constitucionais são realizados por meio da utilização do método comparativo, o qual não necessariamente implica a realização de um diálogo, com a utilização da jurisprudência e da argumentação jurídica estrangeira, mas sim corresponde à mera citação da legislação externa com o fim de reforçar a própria legislação ou suprir eventuais lacunas existentes no direito próprio.

Por fim, entre as mais relevantes doutrinas relativas ao diálogo entre distintas cortes, temos a teoria desenvolvida por Ferrarese. A autora, em seu texto “*When national actors become transnational: transjudicial dialogue between democracy and constitutionalism*”, utiliza-se da expressão *transjudicial dialogue*, este se configurando como a “*practice of many judges and courts of taking their decisions referring not only to their national constitutional*

⁸⁸ [...] um processo de negociação entre atores políticos relevantes, com suas decisões refletindo sua influência, preferências e crenças relativas no momento em que a nova instituição é introduzida, junto a (e criticamente) seu nível de incerteza sobre as circunstâncias políticas futuras (tradução livre).

⁸⁹ Acreditando que qualquer explicação de empréstimo constitucional (como um caso de *design* institucional) que negligencia a política falha em captar características cruciais desse fenômeno, tomamos uma abordagem diferente. Para nós, a criação e as mudanças nas instituições decorrem de um processo de negociação política que ocorre dentro de um sistema político ou jurídico preexistente. As decisões são as escolhas estratégicas dos atores relevantes e refletem a influência relativa, preferências e crenças desses atores no momento em que a nova instituição é introduzida. É a variação na influência, preferências e crenças que leva os atores a contrair ou não empréstimos de uma ou outra sociedade; é essa variação que resulta em distinções institucionais formais que podem influenciar o desempenho da sociedade ou da organização política no longo prazo (tradução livre).

law, but also to opinions, laws and way of reasoning from foreign or international courts”⁹⁰ (FERRARESE, 2009, p. 02).

Os *transjudicial dialogues* são procedimentos pelos quais um Estado se utiliza da jurisprudência de outro ou de algum órgão internacional, sobretudo no tocante aos direitos humanos, ante a busca pela defesa de direitos comuns. Como ressaltado (FERRARESE, 2009, p. 04):

*More and more often, the idea is that when issues of fundamental or human rights are on the judicial stage, the national or state borders that traditionally divided legal jurisdictions of the world become uncertain or questionable. In a global world, for a better adjudication in matters of rights, judges should assume a new position and look at other constitutional laws or foreign and international judicial opinions. The interplay between national and foreign jurisdictions, as well as the interplay between national and international ones, means a common research for constitutional law, an international elaboration of critical judicial issues that are new for their proportions and that seriously challenge the traditional constitutional engineering and equilibrium of the states, leading toward a “denationalization of constitutional law”.*⁹¹

Independentemente da denominação adotada, entretanto, ressalta-se que todas elas referem-se ao processo de diálogo, comunicação, troca e influência entre cortes, todas (com exceção da teoria de Epstein e Knight) pontuando que tal processo não se constitui como um processo de simples consulta ao direito estrangeiro (DIAS; MOHALLEM, 2016).

Em razão de tal fato, em que pesem os diversos termos utilizados para designar e caracterizar o processo de referência à jurisprudência estrangeira, não se adotará especificamente qualquer um deles para designar o fenômeno, partindo-se, do mesmo modo que Acosta Alvarado (2013, p. 87), de uma ideia mais ampla de comunicação ou diálogo interjudicial, a qual abrangeria todas as demais nomenclaturas mencionadas, dizendo respeito a um *“fenómeno que responde a la creciente interdependencia entre ordenamientos jurídicos y a la necesidad de asegurar su convivencia, así como a la tarea de buscar respuestas comunes a problemas comunes”*⁹².

⁹⁰ [...] prática de muitos juízes e tribunais de tomar suas decisões referentes não apenas ao seu direito constitucional nacional, mas também a opiniões, leis e modos de raciocínio de tribunais estrangeiros ou internacionais (tradução livre).

⁹¹ Mais e mais frequentemente, a ideia é que quando questões de direitos fundamentais ou direitos humanos estão na fase judicial, as fronteiras nacionais ou estaduais que tradicionalmente dividiram as jurisdições legais do mundo tornam-se incertas ou questionáveis. Em um mundo global, para uma melhor adjudicação em matéria de direitos, os juízes devem assumir uma nova posição e olhar para outras leis constitucionais ou opiniões judiciais estrangeiras e internacionais. A interação entre as jurisdições nacionais e estrangeiras, bem como a interação entre as nacionais e internacionais, significa uma pesquisa comum para o direito constitucional, uma elaboração internacional de questões judiciais críticas que são novas para suas proporções e que desafiam seriamente desafiam a engenharia constitucional tradicional e o equilíbrio dos estados, levando a uma "denacionalização do direito constitucional" (tradução livre).

⁹² [...] fenômeno que responde à crescente interdependência entre os sistemas legais e à necessidade de assegurar sua coexistência, bem como à tarefa de encontrar respostas comuns para problemas comuns (tradução livre).

No entanto, antes de demonstrar a perspectiva ora adotada, é necessário, ainda, que se façam alguns esclarecimentos quanto as diferentes modalidades de diálogo existentes e suas características principais, como forma de se evidenciar as dificuldades de se delimitar, em caráter absoluto, um conceito de diálogo.

3.3.3 As divergências na caracterização dos diálogos interjudiciais

As imprecisões relativas ao estudo do Diálogo Interjudicial referem-se não somente às distintas terminologias empregadas para designar, em sua essência, o mesmo fenômeno, qual seja, a citação recíproca entre tribunais da jurisprudência de fontes estrangeiras ao sistema nacional ou internacional de proteção, mas também às diferentes opiniões existentes quanto ao que eminentemente caracteriza o diálogo.

Consoante pontuado por Dias e Mohallem (2016, p. 166), o diálogo pode ocorrer de diferentes maneiras, com diferentes atores e em múltiplas direções. Percebe-se que não há apenas um tipo de diálogo, o termo sendo utilizado para definir a “comunicação e troca de influências entre sistemas jurídicos de diversos tipos e em diversos planos (nacionais, supranacionais e internacional)”. É a amplitude de formas existentes que podem ser definidas como diálogo que levam à dificuldade no estudo do tema.

Ciente de tal dificuldade, Bustos Gisbert (2012), ao procurar elaborar uma reflexão geral acerca da noção de diálogo judicial, como já destacado, elencou como segunda proposição característica de tal conceito que nem toda conversação entre tribunais pode ser caracterizada como um diálogo, buscando demonstrar as divergências existentes com relação à delimitação do conceito. Conforme ressaltado pelo teórico, é possível evidenciar divergências no tocante ao plano de sua efetuação, à forma em que é realizado, à intensidade com que é empreendido e à perspectiva adotada com relação à ideia de diálogo, entre outras divergências.

Nesse aspecto, da análise da doutrina existente no tocante ao estudo em enfoque, há estudiosos que asseveram que o diálogo apenas ocorre entre cortes de mesma hierarquia, enquanto outros aduzem que é possível sua realização entre ordens de diferentes níveis; há aqueles que asseveram que a mera referência à jurisprudência estrangeira já se constitui como uma modalidade de diálogo, enquanto outros defendem que necessariamente deve haver uma relação de reciprocidade; há alguns que defendem que somente se pode falar de diálogo no caso de a relação de interação ser constante, enquanto outros entendem que mesmo que

realizado apenas uma vez é possível se falar de diálogo, além de outras opiniões diversas.

Com o fim de se definir o que efetivamente pode ser caracterizado como diálogo, passa-se a apresentar, pois, em que sentidos este pode se manifestar e quais seus elementos característicos essenciais, para que dessa maneira seja possível distinguir o diálogo interjudicial em sentido estrito de outras formas de diálogo existentes entre diferentes ordens jurídicas.

Há de se destacar a importante contribuição de Slaughter (1994) para a compreensão do fenômeno do diálogo interjudicial, visto que esta traz, em seu estudo das comunicações transjudiciais, as diferentes formas em que é possível evidenciar o diálogo, demonstrando como este se desenvolve em um cenário de tutela multinível dos direitos.

Como pontuado pela autora, é possível evidenciar três planos distintos de comunicação judicial: a) comunicação horizontal, a qual ocorre entre cortes com o mesmo status, sejam estas nacionais ou supranacionais; b) comunicação vertical, a qual ocorre entre cortes nacionais e supranacionais entre as quais há um relacionamento; e c) comunicação horizontal-vertical, na qual se verifica a presença tanto de comunicações entre cortes de mesmo nível quanto de níveis diferentes.

É preciso ressaltar que em que pese o uso das terminologias “vertical” e “horizontal”, tais termos não aduzem a uma hierarquia entre as diferentes ordens jurídicas, visto que, conforme evidenciado anteriormente, no sistema de redes multiníveis de proteção, os diferentes sistemas operam sem qualquer subordinação hierárquica.

A principal diferença entre as redes horizontais e as redes verticais não é o critério da hierarquia, mas sim o elemento de autoridade, já que, segundo Dias e Mohallem (2016), as redes verticais são redes de imposição (*enforcement*), operando também como redes de harmonização ao aproximarem as regras nacionais das internacionais, enquanto as redes horizontais são aquelas que guardam apenas uma relação de complementariedade ou integração.

Os diálogos verticais, consoante pontuado por Nogueira Alcalá (2011), são aqueles que estabelecem uma vinculação jurídica entre tribunais nacionais e internacionais ou regionais e que detêm caráter unidirecional, obrigando os Estados nacionais a seguirem as sentenças ou padrões internacionalmente fixados, já que estes, diante da vinculação jurídica, possuem caráter obrigatório para os operadores jurídicos domésticos. Por conseguinte, o diálogo interjudicial é aquele que se

[...] establece entre tribunales internacionales o supranacionales cuya jurisdicción emana del derecho internacional de los derechos humanos o de un derecho

supranacional, que establecen reglas procesales que limitan la libertad del juez nacional en el diálogo con el juez internacional, como asimismo por el carácter vinculante de las decisiones de dichos tribunales internacionales para el Estado Parte y sus órganos constituidos (NOGUEIRA ALCALÁ, 2011, p. 27).⁹³

Nesse sentido, no âmbito das redes dialógicas verticais, a linha jurisprudencial dos órgãos jurisdicionais internacionais ou regionais serve de guia interpretativo às decisões dos órgãos nacionais, de modo que nas relações entre tais tribunais há uma obrigatoriedade de colaboração que implica uma constante interação (VERGOTTINI, 2011).

Já os diálogos horizontais seriam aqueles em que não existe esse caráter de obrigatoriedade (SLAUGHTER, 1994). Estes ocorrem, pois, quando juízes procuram conhecer o direito e formas de interpretação de outros Estados para auxiliá-los em sua própria atividade jurisdicional, mesmo que não obrigatória a referência à jurisprudência estrangeira (VARELLA, 2012).

No diálogo horizontal, os tribunais são suscetíveis de serem colocados em pé de igualdade. A diferença, pois, entre essa espécie de diálogo e o diálogo vertical reside no fato de a jurisprudência estrangeira não possuir alcance absolutamente vinculante, de modo que todo tribunal é livre na busca do Direito aplicável e na formação da razão. Dessarte, o recurso ao direito dos demais ordenamentos e a comparação são facultativos e não vinculantes, de modo que realizados somente se consideradas úteis para a formação do juízo próprio (VERGOTTINI, 2012).

Os diálogos horizontais, pois, estabelecem-se entre cortes constitucionais de diferentes Estados e, da mesma forma, entre tribunais supranacionais, como, por exemplo, entre a Corte IDH e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH). Nessa espécie de comunicação, o diálogo não deve ser visto como um condicionamento processual dos pronunciamentos de um dos tribunais por aquele do outro, ou seja, não é um diálogo normativo ou obrigatório do processo, um requisito de prejudicialidade do processo, ou um diálogo objetivando a coisa julgada, as relações ocorrendo de modo informal, flexível e baseado em influência recíproca, e não na obrigatoriedade (GARCÍA ROCA; NOGUEIRA ALCALÁ; BUSTOS GISBERT, 2012).

Ainda, há os diálogos horizontais-verticais, como pontuado, nos quais ou o tribunal supranacional serve de canal para que se desenvolva a comunicação horizontal, ou se assume a presença de princípios legais comuns disseminados por meio da corte supranacional, a qual

⁹³ [...] estabelece entre os tribunais internacionais ou supranacionais cuja jurisdição emana do direito internacional dos direitos humanos ou de um direito supranacional, que estabelecem regras processuais que limitam a liberdade do juiz nacional no diálogo com o juiz internacional, bem como pelo caráter vinculativo das decisões tais tribunais internacionais para o Estado-parte e seus órgãos constituídos (tradução livre).

fica responsável por verificar o atendimento a tais princípios comuns por todos os Estados-partes (SLAUGHTER, 1994). Referida espécie de comunicação caracteriza-se pela existência de uma relação vertical entre uma corte supranacional e as cortes nacionais a ela vinculadas, e, ao mesmo tempo, pela existência de uma relação horizontal desenvolvida diante da presença e exigência da corte supranacional.

No tocante à diferenciação entre diálogos verticais e horizontais, constata-se que é justamente diante do caráter da obrigatoriedade ou não do estabelecimento de uma comunicação que os teóricos dividem-se entre aqueles que consideram o diálogo vertical como a autêntica forma de diálogo e aqueles que entendem o contrário.

Na concepção de Vergottini (2011), por exemplo, é exatamente o caráter de obrigatoriedade que permite a identificação de uma comunicação como diálogo propriamente dito, de modo que apenas há realmente diálogo quando este é realizado em uma relação de verticalidade. Como pontuado pelo teórico, no caso do diálogo horizontal não há uma interação ou influência recíproca entre tribunais, característica essa essencial dos diálogos, mas apenas há uma influência meramente unidirecional à jurisprudência de tribunais dotados de um particular prestígio. Desta feita, na comunicação horizontal imperaria o critério da discricionariedade dos tribunais no momento da abertura da legislação ao exterior, muitos Estados inclusive repudiando sua realização, fato que certamente serviria, na concepção do teórico, para afastar a noção da existência de diálogo entre cortes com mesmo status.

Em sentido contrário, Nogueira Alcalá (2011) defende que em razão de o diálogo ter como objetivo a colaboração construtiva entre diversos interlocutores, para o fim primordial de buscar melhores soluções para problemas jurídicos similares, seriam os diálogos horizontais os autênticos diálogos, já que nestes o diálogo é espontâneo, voluntário, atua por persuasão e não deriva de nenhuma obrigação jurídica internacional ou constitucional. Logo, para o teórico, o diálogo vertical não seria propriamente um diálogo, ante o vínculo de obrigatoriedade existente.

De qualquer modo, o que há de se pontuar é que independentemente dos diferentes entendimentos existentes, detém-se a possibilidade de se estabelecer o diálogo em diferentes planos, seja entre ordens de mesmo nível, seja entre ordens situadas em patamares diferentes, em qualquer um dos planos havendo a “busca por complementação e ampliação normativa, como forma de ‘preencher vazios’ legislativos e tornar a aplicação do direito mais eficaz” (DIAS; MOHALLEM, 2016, p. 165).

Além dos diferentes planos em que se operacionaliza o diálogo, Slaughter (1994) destaca que o grau de engajamento recíproco manifestado pelas cortes envolvidas e as

variadas funções dos diálogos também servem para distinguir os diferentes tipos de comunicações judiciais existentes.

Com relação a tal grau de engajamento recíproco, os diálogos podem ser distinguidos entre diálogo direto, que ocorre quando ambos os participantes do diálogo sabem com quem estão dialogando e detêm a disposição de levar em consideração a resposta do outro; monólogo, que ocorre principalmente nos casos de comunicação horizontal, em que a corte da qual as ideias são emprestadas não é um participante consciente da comunicação; e diálogo intermediado, que ocorre quando uma corte supranacional intermedeia o diálogo entre cortes nacionais (SLAUGHTER, 1994).

A doutrina, no tocante a citado critério, também se divide, parte ressaltando que há diálogo inclusive nos casos de monólogo, como ocorre na maioria dos casos de comunicações horizontais, e parte frisando que apenas é possível que se utilize do termo diálogo nos casos em que há uma relação de reciprocidade, ou seja, nos casos em que ao menos duas partes envolvidas na troca de ideias, troca esta efetuada por meio de determinados canais de comunicação e que detêm um substantivo impacto transformador, perspectiva esta adotada por Dias e Mohallem (2016).

Quanto à diferenciação entre as variadas funções do diálogo, terceiro critério utilizado por Slaughter para distinguir os diálogos existentes entre diferentes ordens, a autora ressalta que estes podem ser empreendidos para se atingir variados objetivos.

Nesse sentido, destaca que podem ser realizados: a) pelos tribunais supranacionais com o fim de elevar sua própria efetividade, já que assim se auferem meios para se convencer as cortes nacionais a seguirem suas decisões e também realizarem o diálogo; b) pelas cortes nacionais para assegurar e promover a aceitação de obrigações internacionais recíprocas, visto que ao se elevar a efetividade das cortes supranacionais ao mesmo tempo se fortalece o regime internacional que o tribunal supranacional é incumbido de reforçar, possibilitando uma maior aceitação e efetividade das obrigações internacionais; c) com o fim de se estabelecer uma fertilização cruzada (*cross fertilization*), ou seja, de se disseminar ideias de um sistema ao outro, ideias estas que podem servir de instrumento de inspiração para a solução de determinado problema legal; d) para incrementar a persuasão, autoridade, ou legitimidade de decisões judiciais individuais; e) ou para o estabelecimento de um processo de deliberação judicial coletiva em torno de problemas comuns.

Do mesmo modo, no tocante às funções do estabelecimento de diálogo, Nogueira Alcalá (2011) também salienta que estas são empreendidas por diversas razões, evidenciando-se seu empreendimento para o fim de que a jurisprudência estrangeira sirva como argumento

de autoridade (quando são citados os instrumentos internacionais para demonstrar a conformidade ou compatibilidade da decisão com os mesmos); como critério interpretativo de direitos (quando são utilizadas as decisões e razões de convencimento utilizado pelas cortes internacionais para adequar seus critérios de interpretação aos critérios da jurisdição internacional); como controle de convencionalidade para evitar a responsabilidade internacional (forma mediante a qual se realiza um teste de conformidade pelo tribunal constitucional dos seus critérios e daqueles adotados pela corte internacional, em observância aos padrões mínimos de direitos assegurados e garantidos pelos instrumentos internacionais), ou como precedente para resolver assuntos de certa complexidade fática (que consiste na utilização da jurisprudência internacional como exemplo de solução existente para cada combinação de elementos).

Além dos critérios apontados por Slaughter, destaca-se que também é possível distinguir os diálogos interjudiciais de acordo com a intensidade da comunicação. Nesse sentido, García Roca, Nogueira Alcalá e Bustos Gisbert (2012) ressaltam que o diálogo, de acordo com sua intensidade, pode ser *ad exemplum*, em que a jurisprudência estrangeira é citada como referência externa; *a fortiori*, em que a referência é feita para reforçar os argumentos próprios de nosso ordenamento jurídico; *ad ostentationem*, em que a referência é feita de forma erudita e abundante para reforçar a própria construção jurisprudencial; ou *ad auctoritas*, uma citação de uma fonte jurisprudencial de reconhecida autoridade.

Do mesmo modo defende Bustos Gisbert (2012), o qual além de citar a existência de diálogos *ad ostentationem* e *ad auctoritas*, também evidencia que estes podem se constituir como uma referência fraca à jurisprudência estrangeira para apoiar a decisão de um Estado ou para mostrar as deficiências da construção jurisprudencial; como comunicações em que há uma referência forte à jurisprudência estrangeira, a qual é utilizada para reforçar os argumentos do tribunal na tomada de uma decisão; ou como diálogos *ex lege*, realizados em razão de o próprio ordenamento obrigar o Estado a levar em consideração a jurisprudência alheia.

Ainda, evidencia-se que os diálogos interjudiciais podem ocorrer de forma expressa ou tácita (caso em que embora haja a utilização da jurisprudência estrangeira não há qualquer referência ao ordenamento externo), esta última dificultando a aferição concreta quanto ao número de vezes que um tribunal estabelece um diálogo com outro. Além disso, também se identificam, consoante frisado por Dias e Mohallem (2016), variações no tocante à influência exercida na corte receptora, a jurisprudência estrangeira por vezes ser utilizada como um mero acessório, como um argumento persuasivo ou, ainda, como parte da *ratio decidendi*,

como elemento imprescindível da decisão⁹⁴.

Por fim, os diálogos diferenciam-se de acordo com a perspectiva adotada com relação à ideia de diálogo, de forma a incluir apenas diálogos entre tribunais, ou também o diálogo com outros atores políticos e técnicos (BUSTOS GISBERT, 2012).

Denota-se, pois, a dificuldade de se caracterizar o fenômeno em questão, sendo difícil diagnosticar quando ele efetivamente é realizado. Como pontuado por Varella (2012, p. 220):

É muito difícil caracterizar o fenômeno de forma precisa, em função dos inúmeros fatores envolvidos: percepção dos juízes sobre o mundo, grande número de juízes em diferentes países, diferenças culturais, maior ou menor abertura ao plano internacional e valor jurídico e simbólico da citação de precedentes estrangeiros. Em muitos casos, o diálogo de juízes não se reflete em citações, mas em consultas sobre o que se passa no exterior. Em outros, os juízes citam decisões estrangeiras como possíveis soluções para problemas comuns, mas sem muito engajamento com seu valor jurídico, no caso concreto, com receio de desconhecer o contexto em que foram tomadas. Nem sempre a decisão do juiz se fundamenta na posição prevalente em outro tribunal. Pode utilizar não apenas uma decisão de mérito, mas qualquer manifestação, procedimento de identificação fática ou jurídica, o voto da maioria ou mesmo de um juiz minoritário em um tribunal estrangeiro. A citação é muitas vezes relutante, seletiva, o que não significa que os argumentos utilizados não interfiram em seu convencimento. Em muitos casos, como veremos, nota-se que o raciocínio jurídico foi totalmente fundado em decisões de outros tribunais, mas não há qualquer referência ao mesmo.

Em que pese tal fato, observa-se que os diálogos entre juízes ocorrem em todos os níveis, o que demonstra a imprescindibilidade de sua adequada compreensão. Ademais, mesmo diante da existência de várias formas e modalidades de diálogo, é possível que se constate alguns elementos em comum entre todos os tipos de diálogo evidenciados, como o fato de se realçar o papel das cortes em seu empreendimento, de se reproduzir em um cenário marcado pela ausência de hierarquia e de ser desenvolvido para o atingimento de fins comuns. Nesse sentido destaca Slaughter (1994, p. 122), a qual evidencia que há ao menos três elementos comuns:

*First is the conception of judicial identity that emphasizes judicial autonomy, a self-understanding whereby courts engaged in transjudicial communication conceive of themselves and their foreign counterparts as courts independent of their fellow governmental institutions, even in the unfamiliar and traditionally trencherous world of international relations. Second is a reliance on persuasive rather than coercive authority. Third is an implicit conception of a common judicial enterprise among courts in a particular region or even world-wide, a mutual recognition of one another as similarly situated institutions performing similar functions under broadly similar rules.*⁹⁵

⁹⁴ Para entender a distinção entre autoridade persuasiva e ratio decidendi, ver “*Common Law and Human rights?: Tranjudicial dialogue conversations on constitutional rights*”, de Christopher McCrudden.

⁹⁵ O primeiro é a concepção de identidade judicial que enfatiza a autonomia judicial, uma auto-compreensão por meio da qual os tribunais envolvidos em comunicação transjudicial concebem a si mesmos e suas contrapartes

Denota-se, pois, que ante as diferentes acepções existentes quanto ao que efetivamente pode se caracterizar como um diálogo, bem como no tocante às diferentes formas e intensidades de sua realização, há imensas dificuldades na delimitação precisa e adequada do termo. Impõe-se, dessarte, que sejam adotadas certas premissas pelo autor, para que assim seja possível que se avance no estudo do tema e seja possível identificar como o diálogo tem se desenvolvido entre os tribunais nacionais dos países que compõem o SIDH e o Tribunal Interamericano.

Desta feita, demonstrar-se-á no próximo tópico deste trabalho a perspectiva ora adotada, para que posteriormente seja possível se demonstrar quais os fatores específicos que possibilitam um diálogo no âmbito do SIDH e ferramentas que têm sido utilizadas para sua promoção.

3.3.4 O diálogo em sentido estrito como modalidade de diálogo interjudicial: a perspectiva adotada para a caracterização das interações entre diferentes ordens judiciais

Como visto nos itens anteriores deste capítulo, há muitas imprecisões conceituais no estudo do processo de interação entre diferentes ordens jurídicas, sendo utilizadas diferentes terminologias para designar, em sua essência, um mesmo fenômeno, além de haver discussões no tocante às características intrínsecas do diálogo. Evidencia-se, dessa forma, que um estudo do processo de diálogo de jurisdições depende da perspectiva adotada pelo autor do trabalho para conceituar e caracterizar o fenômeno.

Logo, para que se possa avançar no objeto de estudo desse trabalho, o qual visa identificar alguns fatores que possibilitam e exigem o estabelecimento de um diálogo em sentido estrito no SIDH e verificar quais as ferramentas que têm sido utilizadas para sua promoção na região, é necessário que se delimite o que se entende como diálogo e em que hipóteses ele se encontra presente. A utilidade da fixação de um conceito de diálogo e de diferenciá-lo das demais espécies de comunicações existentes decorre justamente da necessidade de que se identifique, com precisão, o que pode ser entendido como diálogo para

estrangeiras como tribunais independentes de suas instituições governamentais colegas, mesmo no mundo estranho e tradicionalmente traiçoeiro das relações internacionais. O segundo é a confiança na autoridade persuasiva ao invés da autoridade coerciva. O terceiro é uma concepção implícita de um empreendimento judicial comum entre os tribunais de uma determinada região ou mesmo mundial, um reconhecimento mútuo um do outro como instituições semelhantemente situadas que desempenham funções similares sob regras amplamente semelhantes (tradução livre).

fins desse trabalho, de forma a evitar confusões e imprecisões quando da identificação dos fatores que exigem sua promoção no SIDH.

Consoante pontuado no item 3.3.2, parte-se da perspectiva adotada por Acosta Alvarado (2013), a qual evidencia que pouco importa a terminologia a ser utilizada para caracterizar o fenômeno da interação entre ordens jurídicas e o processo de referência à jurisprudência estrangeira, já que todas as designações encontram-se enquadradas em uma concepção mais abrangente de “diálogos interjudiciais” ou “comunicações judiciais”.

Tais diálogos interjudiciais consistem, nessa perspectiva, na utilização pelos tribunais nacionais do direito ou jurisprudência estrangeira, para o fim de empregar novos argumentos normalmente não considerados em âmbito nacional ou para reforçar as próprias soluções jurisdicionais (NOGUEIRA ALCALÁ, 2011). Dizem respeito, pois, ao recurso cada vez mais habitual dos tribunais nacionais à jurisprudência de tribunais estrangeiros na busca de argumentos para as soluções a problemas comuns, respondendo à necessidade de garantir a convivência entre os diversos ordenamentos jurídicos existentes, de forma a evitar que soluções das diversas instâncias jurisdicionais levem a situações de bloqueio por incompatibilidade entre elas (BUSTOS GISBERT, 2012).

Dessarte, os diálogos interjudiciais constituem-se como toda e qualquer forma de interação entre jurisdições estrangeiras, seja por meio de um processo de migração de ideias constitucionais, empréstimos constitucionais, da utilização do método comparado, ou até do estabelecimento de uma simples conversação entre juízes para a solução de problemas comuns.

Dentre os diferentes tipos de diálogos interjudiciais, temos a figura do diálogo em sentido estrito, objeto de estudo desse trabalho, o qual se diferencia das demais formas de comunicação em razão, especialmente, de uma característica essencial, qual seja, a sua obrigatoriedade, decorrente da existência de um vínculo jurídico entre os tribunais dialogantes.

Conforme pontuado por García Roca, Nogueira Alcalá e Bustos Gisbert (2012, p. 92), o diálogo judicial em sentido estrito pode ser descrito como

[...] la comunicación entre tribunales derivada de una obligación de tener en cuenta la jurisprudencia de outro tribunal (extrajero o ajeno al próprio ordenamiento jurídico) para aplicar el Derecho propio. En otras palabras, el diálogo es un tipo de comunicación obligatoria entre tribunales porque actúan en un contexto de pluralismo constitucional.⁹⁶

⁹⁶ [...] a comunicação entre tribunais derivada de uma obrigação de ter em conta a jurisprudência de outro tribunal (estrangeiro ou fora do próprio ordenamento jurídico) para aplicar o próprio direito. Em outras palavras,

Todos os demais tipos de diálogos interjudiciais existentes, por outro lado, possuem caráter meramente acessório, não sendo coisa outra que não o exercício generalizado do direito comparado, o qual, a despeito de também produzir importante fertilização mútua, possui natureza distinta do diálogo aqui tratado, ou seja, de uma modalidade de comunicação que resulta obrigatória como consequência da conexão entre ordenamentos jurídicos parciais que devem conviver (BUSTOS GISBERT, 2012).

Nesse aspecto, há de se ter presente que embora o direito comparado seja o método jurídico habitualmente adotado pelos tribunais quando da referência à jurisprudência estrangeira e de muitos autores utilizarem-se do termo diálogo inclusive para designar a utilização comparada do direito estrangeiro, nem todo uso de direito comparado supõe o estabelecimento de um diálogo em sentido estrito.

Frisa-se, entretanto, que essa interpretação de diálogos judiciais é criticada por parte da doutrina, entre tais críticos destacando-se García Roca (2012), o qual considera que a limitação do uso da expressão diálogo para os casos em que há um vínculo jurídico entre os tribunais dialogantes restringe demais o espaço para a promoção de um diálogo. Logo, para o teórico, seria necessária a adoção de uma interpretação mais ampla e flexível, relacionada à deferência recíproca e à adoção de instrumentos de colaboração para ao estabelecimento de uma conversação entre dois ou mais tribunais, seja por meio de um vínculo vertical ou horizontal.

Malgrado haja tais críticas, entende-se que a fixação da obrigatoriedade como elemento inerente do diálogo em nada limita a promoção dos diálogos interjudiciais, apenas limitando o uso da terminologia “diálogo em sentido estrito” para caracterizar aquelas interações derivadas da existência de um vínculo concreto entre os tribunais dialogantes. Nos demais casos, estabelecem-se comunicações judiciais, ou diálogos em sentido amplo, também relativos ao fenômeno da interação entre órgãos de diferentes planos.

O diálogo em sentido estrito, nesse sentido, se diferencia da simples migração de ideias constitucionais de um plano judicial a outro, embora alguns autores designem tal migração como um diálogo interjudicial. Isso porque enquanto a migração de ideias constitucionais diz respeito ao uso indiscriminado e não obrigatório da jurisprudência estrangeira por juízes entre os quais não existe vínculo formal (CHOUDRY, 2006), processo este característico dos diálogos horizontais, o diálogo em sentido estrito é um tipo de

o diálogo é um tipo de comunicação obrigatória entre tribunais, pois atuam em um contexto de pluralismo constitucional (tradução livre).

comunicação em sistemas nos quais há um marco normativo comum e objetivos comuns, bem como em que há o pleno convencimento dos interlocutores de que a comunicação não apenas é indispensável, mas também obrigatória (ACOSTA ALVARADO, 2013).

Fixada a obrigatoriedade como característica intrínseca do diálogo, indaga-se: num cenário político em que não houve a total superação do conceito de soberania (superação esta que sequer é visada pela comunidade jurídica), em que situações é efetivamente possível se identificar a obrigatoriedade do estabelecimento de um diálogo? Em um mundo marcado, em regra, pela impossibilidade de um ordenamento interferir no outro, o estudo do diálogo como um mecanismo obrigatório de referência à legislação e jurisprudência estrangeira, não seria um estudo obsoleto, desprovido de qualquer justificativa teórica?

A resposta a tais questionamentos reside na afirmação de que há sim cenários em que há vínculos jurídicos suficientemente fortes e aptos a exigir o estabelecimento do diálogo interjudicial, cenários estes identificados, sobretudo, nos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos.

Ora, consoante ressaltado por Dias e Mohallem (2016), os tratados internacionais, quando ratificados pelos Estados pactuantes, vinculam aqueles aos seus termos. Ainda que tenham sido a princípio adotados para garantir adesões recíprocas aos seus termos e para exteriorizar o comprometimento internacional dos Estados com seus objetivos, não há dúvidas de que eles são exigíveis no plano doméstico, visto que, consoante frisado por Nogueira Alcalá (2011), as decisões produzidas pelas cortes internacionais incumbidas da verificação da observância, pelos Estados, de tais normas internacionais, são vinculantes, obrigatórias e inapeláveis pelos Estados-Partes.

O elo jurídico entre as cortes nacionais firma-se com a “sujeição voluntária à mesma lei de direito internacional, interpretada à luz dos respectivos ordenamentos jurídicos nacionais” (DIAS; MOHALLEM, 2016, p. 177-178). Nesse sentido, os juízes nacionais, ao decidirem casos submetidos a sua apreciação, o fazem não apenas com fundamento em suas Constituições e leis, mas também com base no direito internacional ao qual se encontram vinculados, diante do vínculo jurídico formado a partir de sua adesão voluntária aos termos de tratados internacionais.

Dessa forma, tal vínculo existente entre as cortes nacionais e os tratados regionais aos quais aderiram espontaneamente estabelece o campo propício para o desenvolvimento do diálogo interjudicial em sentido estrito, por se evidenciar a obrigatoriedade de seu empreendimento para se atingir os objetivos delineados nos tratados em questão.

Diante de tais constatações, é possível afirmar que nas relações entre tribunais

convencionais e estatais há uma obrigatoriedade de colaboração que implica uma constante interação, fato que permitiria se falar propriamente em um diálogo (VERGOTTINI, 2011). Desse modo, afirma-se que mesmo que seja evidente a existência de diferentes modalidades de diálogo interjudicial, o diálogo em sentido estrito somente corresponde àquele promovido no âmbito dos diálogos verticais a que anteriormente se fez referência, visto que efetuado somente entre ordens entre as quais há um vínculo jurídico formal, ou seja, entre ordens que se encontram em níveis diferentes de tutela.

A despeito de se afirmar a imprescindibilidade da realização de interações de tribunais estatais ou de tribunais superiores entre si, tem-se, dessarte, que no caso dos diálogos horizontais não há que se falar em diálogo propriamente dito, mas apenas em um processo de diálogo interjudicial entre diferentes ordens com propósitos comuns, já que não há qualquer obrigatoriedade de sua promoção, apenas sendo concretizada, conforme Vergottini (2011), uma influência unidirecional. Do mesmo modo, não há diálogos em sentido estrito verticais-horizontais, ante a ausência de uma obrigação de estabelecimento de um diálogo a nível horizontal, apenas havendo que se falar em um processo de diálogo vertical concomitante com um processo de comunicação horizontal.

Além de o diálogo ser caracterizado como um mecanismo obrigatório, ressalta-se que ele também é reputado, para os fins deste trabalho, como um processo deliberativo adotado com um fim específico, que no âmbito dos direitos humanos é justamente auferir meios para a completa e eficaz proteção do indivíduo em todos os seus aspectos. Ademais, frisa-se que o foco das teorias do diálogo encontra-se justamente nos benefícios de um processo de deliberação, este consistente em uma troca racional de argumentos de um ponto de vista da legitimidade dos resultados.

Como pontua Claes (2012, p. 103), o diálogo deve ser destinado a um fim específico, havendo três condições essenciais para o diálogo com cunho deliberativo:

Dialogue as deliberation is very different: it is aimed at a specific purpose. It aims at reaching a common agreement, at solving problems collectively and determining collectively which opinion or solution is right or best. Conditions for such dialogue are threefold. First, the participants must recognize each other as equal partners, and are equally entitled to put forward their views, to make proposals, to defend particular options and to take part in the final decision. No hierarchy must confer in advance on one or more of the participants the authority to settle the disagreements. Second, deliberative dialogues must consist in a process of rational persuasion, not coercion, with all partners being open to critical analysis of their views, and none imposing their views on the others. Third, this type of dialogue aims at achieving an end result, and hence participants must justify their positions, in order to defend their position and convince the others. Of course, there are situations where no agreement can be found, and partners must agree to disagree, or compromise. These three conditions could be termed equality, rationality and reasoned

*agreement. Now, dialogue as conversation implies a conversation with no real goal in mind, no specific purpose.*⁹⁷

Do mesmo modo assevera Bustos Gisbert (2012, p. 37), o qual estabelece como oitava preposição de sua teoria geral do diálogo que esse é necessariamente deliberativo, ou seja, é “*un proceso de adopción de decisiones mediante la confrontación pública de las posiciones respectivas que finaliza con la adopción de una solución compartida*”⁹⁸. Não é uma conversação, mas sim uma deliberação, ante seu caráter necessário.

No diálogo propriamente dito há necessariamente a percepção da igualdade entre as partes dialogantes e o estabelecimento de um processo de persuasão racional, bem como possui um fim específico, motivo pelo qual toda vez que um tribunal adota um posicionamento deve justificar tal posição de acordo o objetivo visado. Na inexistência de tais requisitos, não se estabelece um diálogo deliberativo, mas meramente uma conversação.

Nesse sentido também defende Acosta Alvarado (2013), para a qual o diálogo não se reduz à mera referência ao trabalho de outros juízes, não se constitui como um exercício de um direito comparado ou como uma mera conversação. Refere-se ele apenas ao uso mútuo da jurisprudência estrangeira, diante da plena convicção de que com ele se está cumprindo uma obrigação jurídica de se perseguir um objetivo comum relativo ao fortalecimento da proteção dos direitos humanos, fato que assegura, assim, a universalidade e a efetividade na proteção de referidos direitos, a partir de uma perspectiva que leve em consideração as diferenças.

Logo, não basta que exista um encontro entre ordenamentos para que exista o diálogo. Para seu desenvolvimento, devem existir interlocutores válidos ou ao menos aceitos como tais, ou seja, ambos os tribunais dialogantes “*han de aceptar que el outro tiene algo que decir em la cuestión objeto de controversia*”⁹⁹ (BUSTOS GISBERT, 2012, p. 31), constatação esta decorrente do próprio princípio da alteridade, a que se fez referência anteriormente. Não

⁹⁷ O diálogo como deliberação é muito diferente: destina-se a um propósito específico. Visa alcançar um acordo comum, solucionar problemas coletivamente e determinar coletivamente qual opinião ou solução é certa ou a melhor. As condições para tal diálogo são três. Em primeiro lugar, os participantes devem reconhecer-se mutuamente como parceiros iguais e que têm igualmente o direito de apresentar as suas opiniões, apresentar propostas, defender opções particulares e participar da decisão final. Nenhuma hierarquia deve conferir antecipadamente a um ou mais dos participantes a autoridade para resolver os desacordos. Segundo, os diálogos deliberativos devem consistir em um processo de persuasão racional, não coerção, com todos os parceiros sendo abertos à análise crítica de seus pontos de vista e nenhum impondo seu ponto de vista sobre os outros. Terceiro, este tipo de diálogo visa atingir um resultado fim e, assim, participantes devem justificar sua posição, de modo a defender sua posição e convencer os outros. É claro que há situações em que nenhum acordo pode ser encontrado, e os parceiros devem concordar em discordar ou conceder mutuamente. Estas três condições poderiam ser denominadas igualdade, racionalidade e acordo fundamentado. Agora, o diálogo como conversa implica uma conversa sem objetivo real em mente, sem propósito específico (tradução livre).

⁹⁸ [...] um processo de tomada de decisões por meio de uma confrontação pública das respectivas posições, que finaliza com a adoção de uma solução compartilhada (tradução livre).

⁹⁹ [...] têm que aceitar que o outro tem algo a dizer na questão objeto da controversia (tradução livre).

implica a aceitação da competência superior do outro, mas sim a aceitação de que as razões expostas por outro tribunal são dignas de serem levadas em consideração, a conscientização acerca da existência de outras instituições jurisdicionais e o entendimento de que um Estado isolado não possui o monopólio das normas, competindo com outras instituições em sua interpretação.

Quanto às variadas funções do diálogo destacadas no tópico anterior, funções estas utilizadas por Slaughter (1994) para distinguir diálogos, frisa-se que apenas se concebe como diálogo aquele destinado ao estabelecimento de um processo de deliberação coletiva em torno de problemas comuns. No entanto, tal posicionamento não afasta a compreensão de que o diálogo, no cumprimento de sua função deliberativa, também possa servir, de maneira incidental, para elevar a efetividade dos tribunais supranacionais, para assegurar e promover a aceitação das obrigações internacionais reciprocamente assumidas pelos Estados, para disseminar ideias de um sistema para outro, para incrementar a legitimidade de decisões individuais, ou que possa servir de critério interpretativo de direitos, como mecanismo de controle de convencionalidade, ou como precedente para solução de casos dotados de maior complexidade, desde que no exercício de tais funções procure-se atingir o objetivo comum de proteção dos direitos humanos.

Do mesmo modo, no tocante à influência exercida pela comunicação na corte receptora, tem-se que apenas há que se falar em diálogo em sentido estrito no caso da utilização da jurisprudência estrangeira como argumento persuasivo ou como parte da *ratio decidendi*, ou seja, como um elemento imprescindível da decisão judicial, visto que nos casos de citação da jurisprudência como mero acessório há, na realidade, uma mera interação não obrigatória, o que afasta a noção de diálogo.

Ressalta-se, ainda, que dentre as diferentes modalidades de diálogo apresentadas no tópico anterior, apenas se entende como diálogo em sentido estrito aquele estabelecido por meio de um diálogo direto, ou seja, quando ambas as partes dialogantes detêm plena consciência de que estão o empreendendo e ambas detêm a disposição de levar em consideração a decisão tomada pelo outro. Tal posicionamento é reforçado justamente diante da evidência de que o diálogo é um processo deliberativo caracterizado pelo mútuo reconhecimento das partes dialogantes, fato que identifica a necessidade de que os juízes observem as decisões dos outros tribunais quando da aplicação do direito.

Pactua-se, pois, com o entendimento de Nogueira Alcalá (2011), o qual, embora entenda que a autêntica forma de diálogo é a comunicação espontânea e não obrigatória (de modo contrário ao afirmado neste trabalho), ressalta a imprescindibilidade de que haja uma

relação de reciprocidade entre as partes dialogantes, bem como evidencia as características essenciais do mesmo, ao reforçar a necessidade de que seja efetuado por meio de uma visão não hegemônica, pautada pela persuasão ao invés de coerção e destinada à promoção de um equilíbrio ante o processo de abertura constitucional. Para o teórico, o diálogo

[...] implica bidireccionalidad en oposición a monólogo y fertilización cruzada del uso del derecho, vale decir, un intercambio de argumentos de ambas partes, lo que implica necesariamente un conocimiento cabal de los fallos del outro. (...) implica una migración de principios o razonamientos considerados válidos de un tribunal a outro (...) constituye así el procedimiento a través del cual diversos tribunales intercambian razonamientos, interpretaciones y soluciones adoptadas frente a diversos problemas que deben resolver jurisdiccionalmente (NOGUEIRA ALCALÁ, 2011, p. 23).¹⁰⁰

Percebe-se, pois, que embora existam muitas diferentes opiniões acerca do que se configura efetivamente como diálogo, fato que leva à imprecisão da doutrina quando do uso do termo, é possível delimitar o conceito do instituto que, na concepção ora adotada a partir da análise das diferentes opiniões doutrinárias existentes, é uma referência de caráter obrigatório, estabelecida no âmbito de um cenário de pluralismo constitucional e de forma heterárquica, a decisões e construções jurisprudenciais estrangeiras, na busca de soluções para problemas comuns que surgem no cenário internacional, com vistas a uma integração dentro da diversidade.

Para fins deste trabalho, o diálogo, pois, implica um intercâmbio direto de argumentos entre juízes e cortes no âmbito de sua função jurisdicional, para, dessa maneira, se assegurar um fim comum visado por uma comunidade de países ligados entre si por meio de um tratado. Refere-se a um fenômeno obrigatório realizado diante na vinculação jurídica existente entre tribunais nacionais e internacionais ou regionais, o qual se concretiza por meio de um processo deliberativo baseado no mútuo reconhecimento entre as partes dialogantes e com base em uma persuasão racional, no qual a referência à legislação ou jurisprudência estrangeira ocorre como reforço argumentativo ou como parte da *ratio decidendi* da decisão, fato que leva necessariamente a uma *cross fertilization*, uma influência mútua, entre as diferentes jurisdições constitucionais, para a consecução de objetivos comuns.

Destaca-se, nesse ponto, que não se objetiva assegurar uma interpretação totalmente coincidente, mas sim interpretações mutuamente compatíveis (BUSTOS GISBERT, 2012).

¹⁰⁰ [...] implica bidireccionalidad en oposición a monólogo e fertilización cruzada do uso do direito, ou seja, um intercâmbio de argumentos de ambos os lados, o que implica necessariamente um conhecimento profundo das falhas do outro. (...) implica uma migração de princípios ou argumentos considerados válidos de um tribunal para outro (...), constitui, assim, o procedimento através do qual diversos tribunais trocam argumentos, interpretações e soluções adotadas em face de vários problemas que devem ser resolvidos jurisdiccionalmente (tradução livre).

Desse modo, o diálogo não necessariamente implica acordos e soluções, mas também reconhecer diferenças contextuais, orgânicas e normativas (NOGUEIRA ALCALÁ, 2011), diferenças essas que são, inclusive, de essencial importância para a evolução constante no processo de interpretação do direito, pois permitem, como visto, o aprendizado recíproco e o estabelecimento de um processo deliberativo destinado a assegurar a efetiva proteção dos direitos humanos aos indivíduos.

4 O DIÁLOGO EM SENTIDO ESTRITO NO ÂMBITO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Como visto no primeiro capítulo deste trabalho, a constitucionalização do direito internacional é decorrente de um processo de edição de tratados internacionais e de criação de órgãos judiciais e quase-judiciais destinados à proteção dos direitos humanos, processo este que também foi promovido em âmbito regional, levando à formação de sistemas regionais de proteção de tais direitos.

Dentre referidos sistemas, destaca-se o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, o qual é formado por 24 diferentes países¹⁰¹, incluindo o Brasil¹⁰², e que, baseando-se na CADH (instrumento normativo este de maior importância no SIDH), busca estabelecer um compromisso entre os Estados americanos com a proteção dos direitos humanos e a consequente integração entre os países da região.

Concomitantemente com a formação do SIDH, vislumbra-se um processo de internacionalização do direito constitucional dos países que compõem o sistema. Sobretudo entre os países da América Latina, verifica-se que quando do processo de redemocratização geral pelo qual a maior parte de tais países passou no último quarto do século passado, além de haver uma adesão voluntária à sistemática regional de proteção dos direitos humanos, também foram promovidas grandes reformas nas Constituições nacionais de cada Estado. Dentre as reformas, destaca-se o estabelecimento da tutela de direitos fundamentais como assunto de suma importância, na tentativa de demonstrar o comprometimento dos países latino-americanos com importantes objetivos visados pela comunidade internacional.

O entrecruzamento de normas de direitos humanos provocado por esse processo de abertura do direito interno ao direito internacional e regional e de constitucionalização do direito internacional acabou por levar a uma multiplicação dos benefícios conferidos à pessoa humana tanto no sistema nacional quanto no internacional e ao surgimento de um catálogo de

¹⁰¹ Compõem o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, até o presente momento, todos os países signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos, mesmo que alguns deles não tenham até o momento aceitado a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Nesse sentido, fazem parte do sistema: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, Equador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Uruguai e Venezuela.

¹⁰² Apesar da elaboração da Convenção Americana de Direitos Humanos (também denominada de Pacto de São José da Costa Rica) em 1969 e sua entrada em vigor em julho de 1978, o Brasil apenas inseriu-se na sistemática regional de proteção dos direitos humanos a partir da ratificação da CADH em 1992. Ainda, não obstante a criação da Corte IDH em 1979 (ante a entrada em vigor da CADH), o Brasil somente reconheceu sua jurisdição em 1998.

direitos humanos com semelhança explícita. Formou-se na região, portanto, um sistema pautado por uma proteção multinível da pessoa humana (CONCI, 2014), a qual exige o estreitamento das comunicações entre órgãos judiciais nacionais e órgãos judiciais regionais, já que destinados à proteção de direitos comuns.

Tal fato, junto à noção de que os Estados da região assumiram voluntariamente o compromisso de tomar as medidas necessárias para a efetiva proteção dos direitos humanos, sob pena de responsabilidade internacional, levantou as discussões assinaladas no primeiro capítulo deste trabalho acerca de como deve ser promovido o inter-relacionamento e a articulação entre os distintos planos de proteção dos direitos humanos, discussões essas que culminaram na defesa, por teóricos constitucionalistas e internacionalistas, da necessidade de estabelecimento de comunicações entre as diversas cortes constitucionais do sistema para a completa tutela dos direitos humanos.

Essas comunicações têm ocorrido com cada vez maior intensidade no âmbito do SIDH, sendo elas estabelecidas, sobretudo, entre as diferentes cortes nacionais que compõem o SIDH e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), ante a existência de um vínculo jurídico formal entre elas, que firma a obrigatoriedade de promoção de interação entre cortes para a resolução de problemas relativos a direitos humanos.

Estabelece-se, pois, um diálogo em sentido estrito entre supra-referidas cortes, diálogo este objeto de estudo neste capítulo, o qual tem sido possibilitado ante a existência de um conjunto de preceitos contidos na CADH que estabelecem a obrigatoriedade de sua promoção e diante da formação, na região, de uma construção dogmática dos direitos contidos nos convênios e tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, a partir da interpretação conferida a tais direitos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos¹⁰³.

Sendo assim, para que se constate a existência de fatores que permitem, e ao mesmo tempo exigem, a promoção do diálogo em sentido estrito no âmbito do SIDH, é necessário que se discorra acerca de tais aspectos, identificando quais seriam esses fatores normativos e distintos entendimentos que consolidam a necessidade de constante interação entre as cortes

¹⁰³ Há de se ressaltar que se parte do princípio de que a Corte IDH é uma corte constitucional no nível regional. Seu papel como órgão judicial constitucional deriva, segundo Acosta Alvarado (2015), de uma série de fatores, entre os quais se destaca: a) o fato de em conjunto com as cortes nacionais ela possuir um importante rol na produção de normas vinculantes de proteção e controle; b) seu papel de legislador negativo, já que pode declarar a incompatibilidade de uma norma nacional com o direito interamericano e requerer que os Estados a expulsem do ordenamento jurídico; c) seus pronunciamentos surtirem o efeito de produzir coisa interpretada; e d) o fato de a CIDH oferecer uma proteção direta aos indivíduos (direito de petição individual) seja na forma preventiva ou reparadora. Dessa forma, a competência da CIDH para assegurar a supremacia e eficácia das normas sobre direitos humanos, sua capacidade de limitar o poder e de proteger os indivíduos, a equipara aos tribunais constitucionais da região.

nacionais e o Tribunal Interamericano e, ainda, delimitando quais as ferramentas que têm sido utilizadas para a promoção de tal comunicação. Desse modo, fixados no capítulo anterior os pressupostos para a conceituação dos diálogos interjudiciais em geral e dos diálogos em sentido estrito em especial, objetiva-se demonstrar neste capítulo quais são esses fatores e ferramentas específicos que permitem e exigem o desenvolvimento do diálogo em sentido estrito no SIDH.

Salienta-se que a importância da delimitação de tais fatores decorre, como muito bem pontua Balaguer Callejón (2017, p. 12), da constatação de que a questão mais peculiar acerca dessa articulação entre ordenamentos estatais e ordens jurídicas internacionais não se refere às dificuldades de relacionamento, ou melhor, aos conflitos existentes entre os ordenamentos, mas sim à “inexistência de regras, de técnicas, de mecanismos que permitam resolver esses conflitos de maneira satisfatória para as duas partes em confronto, em todos os âmbitos”. Assim, torna-se insustentável constatar a existência de um sistema jurídico caracterizado pela sua pluralidade e convergência, sem que sejam evidenciadas tais regras, técnicas e mecanismos que possibilitam a resolução dos conflitos porventura existentes.

Com tal consideração, busca-se, na primeira parte do capítulo, identificar em que sentido a evolução do sistema regional possibilitou a criação de um aparato jurídico destinado à promoção dos direitos humanos na região, bem como delimitar os marcos normativos e entendimentos jurisprudenciais que fixam a obrigatoriedade do estabelecimento do diálogo e a necessidade de uma relação de reciprocidade, elementos esses essenciais para a caracterização do diálogo em sentido estrito. Fixados os fundamentos jurídicos regionais que exigem a promoção do diálogo, objetiva-se, na segunda parte do capítulo, identificar as principais ferramentas para o desenvolvimento do diálogo interjudicial no SIDH, quais sejam, os processos de controle de convencionalidade e de interpretação conforme, para o fim de demonstrar de que forma o diálogo tem sido efetuado no sistema, e discorrer acerca da técnica da margem de apreciação nacional, reputada como um mecanismo de essencial importância para incentivar a promoção do diálogo na região.

Cumprido salientar anteriormente, entretanto, que no tocante às discussões referidas, acerca de como deve se dar a articulação entre os planos nacionais e o internacional, parte-se do pressuposto de que a integração no âmbito do SIDH apenas é possível a partir do estabelecimento de um diálogo na região, e não a partir da instituição de meios de integração institucional. Coaduna-se com o posicionamento apresentado por Virgílio Afonso da Silva (2010), o qual salienta que não obstante muitos teóricos defendam a necessidade de uma integração na América com base no modelo de integração da União Europeia, ou seja, a

necessidade de uma integração institucional-legal como forma de maior articulação entre os distintos planos, tal defesa é contraproducente na região, na medida em que não são grandes as perspectivas de uma integração institucional-legal em um futuro próximo.

Isso porque apesar de as integrações formais e vinculantes serem visadas, não há espaço para sua concretização na região, em razão de grande parte dos países que compõem o SIDH ainda possuírem instituições fracas e uma democracia em constante desenvolvimento. Desta feita, a integração regional na região deve se operar, portanto, não por meio de uma integração econômica e de mercado, mas sim, como aduzido por Schinemann (2016, p. 148-150), por meio de uma integração discursiva baseada na “linguagem dos direitos humanos”, uma integração que dê azo ao combate de mazelas políticas e sociais no sistema, por meio de um “*direito constitucional* em constante debate, diálogo e trocas”.

Logo, a integração deve operar-se por meio de uma integração jurídica, baseada em um diálogo constitucional, a qual independe de instituições comuns, poderes comuns, uma jurisdição comum ou uma Constituição comum, apenas necessitando da disposição dos dialogantes em o realizarem (SILVA, 2010).

Nesse sentido, a cooperação construtiva entre a Corte IDH e os tribunais nacionais demanda boa-fé no cumprimento das obrigações jurídicas, um diálogo constante e permanente e uma vontade efetiva de respeitar e garantir os direitos humanos, sendo ela necessária tanto para o correto funcionamento dos sistemas jurídicos nacionais quanto para o funcionamento do SIDH (NOGUEIRA ALCALÁ, 2011). Somente com a cooperação e diálogo são promovidos meios para a garantia da coexistência e para eliminar as disfunções suscetíveis de aflorar em um sistema formado por múltiplas fontes de direito e, conseqüentemente, eliminar os problemas derivados da articulação, de modo a garantir o Estado Democrático de Direito, a seguridade jurídica e a igualdade (BAZAN, 2013).

Diante de tal constatação é que o estabelecimento de um diálogo é fundamental no SIDH, o estudo dos fatores que permitem e exigem sua promoção sendo de grande relevância.

4.1 FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA DO DIÁLOGO

A promoção de um diálogo em sentido estrito no SIDH decorre diretamente da formação de um aparato judicial destinado a assegurar a proteção dos direitos humanos em todos os países que compõem o sistema. É diante da criação de órgãos judiciais e quase-judiciais e da edição de normas que fixam o vínculo jurídico entre todos aqueles pertencentes

ao SIDH, que se estabelecem as bases para o estabelecimento de um diálogo entre as cortes constitucionais dos países que compõem o sistema e a Corte IDH.

Tendo em vista tal constatação, torna-se necessário identificar a formação de mencionado aparato judicial no âmbito do SIDH, para, então, delimitar quais os elementos normativos específicos e os entendimentos jurisprudenciais e doutrinários predominantes que fixam a obrigatoriedade da promoção de interações recíprocas entre supramencionadas cortes, obrigatoriedade e reciprocidade estas que, como visto no capítulo anterior, constituem requisitos intrínsecos para a identificação da existência de condições para a promoção de um diálogo em sentido estrito no SIDH.

Nesse tocante, passa-se a demonstrar em que sentido a evolução do sistema regional interamericano criou meios para o estabelecimento de uma corte judicial a cujas sentenças e opiniões consultivas os países do bloco interamericano devem buscar observar e, ao mesmo tempo, implicou o estabelecimento do vínculo jurídico a que antes se fez referência. Após, passa-se a identificar normas regionais específicas que denotam a obrigatoriedade do estabelecimento do diálogo e a necessidade de uma relação de reciprocidade entre as cortes nacionais e o Tribunal Interamericano, e a se delimitar os entendimentos jurisprudenciais firmados e posições doutrinárias existentes que firmam a exigência de observância não somente das normas regionais, mas também das decisões proferidas pela Corte IDH, como meio de se criar maiores condições de êxito na proteção dos direitos humanos no SIDH.

4.1.1 A formação de um aparato judicial destinado à proteção da pessoa humana: o vínculo jurídico existente no âmbito do SIDH

Criado pelos Estados membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) a partir do desenvolvimento contínuo de uma base normativa ampla na região, o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos corresponde ao sistema regional destinado a assegurar a proteção dos indivíduos dos países do continente americano contra arbitrariedades e violações a direitos humanos (ORTIZ TORRICOS, 2014).

O contínuo desenvolvimento do SIDH, com a edição progressiva de normas para se garantir uma maior proteção do cidadão americano e com a criação de órgãos destinados a assegurar tal proteção, levou à formação de um importante aparato judicial no cenário americano, aparato este que estabelece um vínculo jurídico entre os Estados Americanos e, conseqüentemente, exige deles a tomada de medidas para a efetiva proteção dos direitos humanos. Considerando ser a formação de tal aparato essencial para a caracterização do

diálogo, é necessário, antes de se analisar as normas específicas que delimitam a obrigatoriedade da promoção de um diálogo no SIDH, que se identifique a formação de referido aparato judicial, por meio da demonstração da própria evolução da proteção jurídica no SIDH.

Nesse sentido, destaca-se, primeiramente, que constituem importantes instrumentos normativos que compõem o *corpus juris* interamericano, os quais foram progressivamente editados para alcançar os fins visados pelo SIDH, a Carta da OEA (1948); a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (1948); a Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica (adotada em 1969, tendo apenas entrado em vigor em 1978); o Protocolo Adicional à CADH em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ou Protocolo de São Salvador (adotado em 1988, tendo entrado em vigor apenas em 1999); a Convenção Interamericana sobre a Desaparição Forçada de Pessoas (1994); a Convenção para prevenir, sancionar e erradicar a violência contra a mulher ou Convenção de Belém do Pará (1994); e a Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas como incapacidade (1999).

A Carta da OEA e a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem constituem a base sobre a qual se desenvolveu o SIDH, a partir de tais instrumentos tendo-se afirmado publicamente a necessidade de adoção de medidas para a proteção dos direitos humanos. Contudo, ressalta-se que mesmo após a elaboração de tais instrumentos, não se logrou êxito em efetivamente promover a tutela dos direitos humanos e em estabelecer um vínculo entre os países da região. Isso porque, além de os Estados pertencentes ao sistema continuaram a pregar a não intervenção e a proteção da soberania nacional como preceitos essenciais, não houve o estabelecimento de mecanismos próprios do sistema destinados a assegurar a proteção dos direitos humanos na região, apenas havendo a fixação dos objetivos gerais de tais países com a proteção (ORTIZ TORRICOS, 2014).

Diante de tal fato, visando resolver a omissão da Carta da OEA em fixar um órgão específico encarregado de velar pela promoção dos direitos humanos, fato que criava empecilhos à efetiva proteção dos indivíduos, criou-se, em 1959, a partir da Resolução VIII da V Reunião de Consulta a Ministros das Relações Exteriores, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), a qual iniciou suas atividades em outubro de 1960.

Entretanto, em que pesem os esforços na criação de referida Comissão, esta não detinha atribuições específicas que lhe permitiam exercer verdadeiramente uma proteção, motivo pelo qual em 1965 editou-se a Resolução XXII na Segunda Conferência Interamericana Extraordinária da OEA, pela qual houve a expansão de suas atribuições,

dentre as quais se destaca a possibilidade de receber petições individuais para assegurar a proteção dos direitos fundamentais das pessoas na região (ORTIZ TORRICOS, 2014).

A partir de então foram sendo expandidas as atribuições da Comissão, dando-se a ela a função de receber comunicações, conhecer de petições ou queixas individuais e formular recomendações a todos os Estados membros da OEA ou a um Estado em particular. Constituiu a criação da CIDH, nesse aspecto, um importante avanço na formação de um aparato judicial no sistema que pudesse levar à maior proteção do indivíduo em face de violações a seus direitos.

Salienta-se, entretanto, que a Comissão, ainda assim, não detinha meios para lograr uma proteção real e efetiva, muitos se recusando a acatar as recomendações por ela formuladas sob o fundamento de que não fazia ela parte da estrutura institucional da OEA, já que criada apenas por meio de uma Resolução. Tal situação apenas foi corrigida quando da primeira reforma à Carta da OEA (1967), pela qual se constituiu a Comissão como o principal órgão da OEA, com competência relativa a todos os Estados membros de tal organização, e se reafirmou suas atribuições.

No entanto, a despeito da edição da Carta da OEA e da Declaração Americana e da criação da CIDH, ainda assim a proteção dos direitos humanos na região não era efetiva. Isso porque embora a Declaração Americana previsse importantes direitos fundamentais e a CIDH se destinasse à garantia de sua observância, não detinha (e ainda não detém) tal Declaração o mesmo valor e força jurídica que os tratados, possuindo ela apenas carga principiológica. Em razão de tal fato, não possuía, e não possui, referida Declaração o condão de levar à responsabilização internacional do Estado em caso da inobservância a seus preceitos.

Dessa forma, visando concretizar o objetivo geral de proteção dos direitos humanos, surgiu a defesa da necessidade de edição de um tratado de direitos humanos na região, de forma a conferir aos direitos nele previstos caráter obrigatório e força jurídica vinculante e, dessa maneira, fixar a obrigatoriedade de empreendimento de medidas pelos Estados membros da OEA para se assegurar a proteção dos direitos humanos. Nesse âmbito, foi elaborada a CADH, a qual foi editada em novembro de 1969 e entrou em vigor em 1978, convenção esta que se constitui como o documento de maior peso no SIDH, servindo de parâmetro de conduta para os Estados membros do sistema.

A edição da CADH representa o maior avanço para a proteção dos direitos humanos no SIDH, já que por meio de sua elaboração, como adiante se verá, firma-se o vínculo jurídico necessário para se exigir o estabelecimento de comunicações entre distintas cortes judiciais no sistema, ante a obrigatoriedade que os países do sistema passaram a deter de procurar garantir

os direitos previstos no tratado interamericano, e cria-se o órgão judicial responsável pela fiscalização do cumprimento de tais obrigações.

A CADH, ou Pacto de São José da Costa Rica, é o instrumento normativo de maior importância no SIDH, dela derivando obrigações jurídicas para os Estados que a ratificaram (ORTIZ TORRICOS, 2014). Referida Convenção estipula como necessidade a formação de um sistema de proteção jurisdicional dos direitos humanos no âmbito dos países americanos e, ao mesmo tempo, admite que a eficácia desse mecanismo de proteção depende do reconhecimento pelos Estados da região de que os direitos pertencem às pessoas, de modo que os Estados devem garanti-los e os organismos internacionais devem protegê-los em última instância (VIANA GARCÉS, 2008).

Tendo em vista a evolução que trouxe para a proteção dos direitos humanos no Sistema Interamericano, mencionada Convenção é o principal diploma de proteção dos direitos humanos nas Américas, seja diante da sua abrangência geográfica, visto que conta com 24 Estados signatários, seja diante do catálogo de direitos civis e políticos que ela prevê ou da instituição de um sistema de supervisão e controle das obrigações assumidas pelos Estados signatários (RAMOS, 2009).

No tocante a esse sistema de supervisão, a Convenção previu a existência de duas instituições encarregadas de garantir o respeito aos direitos consagrados pelo ordenamento jurídico internacional: a Comissão Interamericana de Proteção dos Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Proteção dos Direitos Humanos (Corte IDH), a primeira, como ressaltado, já existente no SIDH, a CADH apenas delimitando sua estrutura e atribuições, e a segunda sendo criada pela CADH. Diante da instituição de tais órgãos, o modelo interamericano passou a possuir, se comparado com outros modelos internacionais de proteção dos direitos humanos, uma amplitude maior no tocante a seu raio de atuação e à gama de possibilidades de articulação de soluções a seu alcance em matéria de reparações (BAZAN, 2015).

A CIDH é um órgão com caráter quase-judicial criado no SIDH, sua competência alcançando todos os Estados partes da OEA, tendo em vista sua criação anteriormente à elaboração da CADH e sua previsão expressa na Carta da OEA. Detém ela o objetivo de promover a proteção dos direitos humanos na América, sendo ela autorizada a fazer recomendações aos governos, preparar estudos e relatórios, solicitar aos governos informações relativas às medidas por eles adotadas para a proteção. Além disso, corresponde ela ao órgão competente para examinar comunicações que contenham denúncias relativas à violação de direitos humanos, caso em que, julgando pela admissibilidade da denúncia, possui

o dever de encaminhar o caso para a Corte IDH¹⁰⁴.

A única competência da CIDH que não atinge todos os Estados membros da OEA, mas sim apenas os que ratificaram a CADH, é a competência estabelecida no art. 41, “f”, da CADH, qual seja, a de análise das petições individuais ou comunicações estaduais a ela dirigidas (ORTIZ TORRICOS, 2014).

Já a Corte IDH corresponde ao órgão judicial do SIDH, detendo ela competência consultiva e contenciosa e sendo ela a responsável pela interpretação autêntica dos direitos previstos na CADH. O Tribunal Interamericano, com sede em São José da Costa Rica, é composto por sete juízes dos Estados-membros OEA, com mandato de seis anos (havendo a possibilidade de reeleição uma única vez), suas competências distinguindo-se com relação a cada Estado tendo em vista a aceitação ou não da competência contenciosa da Corte IDH¹⁰⁵.

Dos vinte e quatro países que ratificaram a CADH, vinte e um deles reconhecem a competência da Corte IDH, quais sejam, Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Colômbia, Chile, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Uruguai e Venezuela¹⁰⁶.

No tocante à competência contenciosa da Corte IDH, destaca-se que apenas com relação aos Estados que tenham expressamente reconhecido sua competência de pleno direito detém o Tribunal Interamericano competência para conhecer dos casos a ela submetidos (VENTURA ROBLES, 2000). Somente com relação a tais Estados, portanto, permite-se ao

¹⁰⁴ As competências da CIDH encontram-se estabelecidas no art. 41 da CADH, todas elas, com exceção da estabelecida na alínea “f” atingindo todos os Estados membros da OEA, inclusive aqueles que não ratificaram a CADH. O art. 41 estabelece que: A Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e, no exercício do seu mandato, tem as seguintes funções e atribuições: a) estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América; b) formular recomendações aos governos dos Estados membros, quando o considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos; c) preparar os estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções; d) solicitar aos governos dos Estados membros que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos; e) atender às consultas que, por meio da Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, lhe formularem os Estados membros sobre questões relacionadas com os direitos humanos e, dentro de suas possibilidades, prestar-lhes o assessoramento que eles lhe solicitarem; f) atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade, de conformidade com o disposto nos artigos 44 a 51 desta Convenção; e g) apresentar um relatório anual à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos.

¹⁰⁵ Nesse ponto, insta frisar que se permite aos Estados-partes da CADH a opção pelo reconhecimento da competência contenciosa da Corte IDH, cada Estado podendo aceitá-la no ato de ratificação da CADH, aceitá-la apenas em momento posterior à ratificação, ou rejeitá-la, caso em que apenas fica submetido à competência consultiva de tal tribunal. Nesse sentido, destaca o art. 62.1 da CADH: “Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção”.

¹⁰⁶ Frisa-se que Trinidad e Tobago também havia se submetido à competência jurisdicional da Corte IDH. Entretanto, em 1998 denunciou a CADH, de forma que atualmente tal reconhecimento se queda sem efeito (FIX-ZAMÚDIO, 2013).

Tribunal Interamericano que este se pronuncie acerca de sua responsabilidade internacional em razão da violação a direitos previstos na CADH ou outros instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos correlatos e estabeleça obrigações para o Estado condenado, que podem constituir na reparação das consequências da violação, bem como no pagamento de uma justa indenização à parte lesionada (AYALA CORAO, 2013)¹⁰⁷.

O objetivo de intervenção da Corte IDH por meio de suas sentenças em casos contenciosos consiste essencialmente em reabilitar o direito, a liberdade ou a garantia violados, mediante o estabelecimento de reparações. Por meio da reparação se evita que se agravem suas consequências pela indiferença do meio social, pela impunidade e pelo esquecimento. A reparação, desse modo, possui um duplo significado: promove a satisfação das vítimas ou de seus familiares cujos direitos foram violados e reestabelece a ordem jurídica quebrada por tais violações (BAZAN, 2015).

Por outro lado, com relação à competência consultiva da Corte IDH, esta é exercida de forma plena pelo Tribunal Interamericano, de modo que seus pronunciamentos atingem todos os Estados membros da OEA, tendo eles ratificado ou não a CADH e tendo eles aceitado ou não a competência da Corte IDH. Trata-se da competência da Corte de responder às consultas formuladas pelos Estados Membros da OEA sobre temas relacionados à interpretação dos direitos previstos na CADH ou outros tratados de direitos humanos vigentes na região, ou sobre a compatibilidade de preceitos da legislação doméstica em face de tais instrumentos internacionais (art. 64, da CADH)¹⁰⁸.

Diante da criação desse importante órgão judicial no SIDH, a interpretação e a aplicação dos direitos humanos ou fundamentais deixaram, pois, de ser tarefas exclusivas dos Estados. Isso porque, ao se atribuir jurisdição sobre direitos fundamentais a tal órgão, houve uma evidente “*autolimitación de los Estados en el ejercicio de sus potestades decisórias y de sus competencias jurisdiccionales y revisoras de las mismas*”¹⁰⁹ (GARCÍA ROCA, 2009). Como destaca Ortiz Torricos (2014, p. 268):

¹⁰⁷ Salienta-se que embora a competência contenciosa da Corte IDH apenas atinja os Estados que reconheceram sua competência plena, a interpretação conferida pela Corte aos direitos previstos na CADH quando da prolação de sentença acaba por atingir todos os Estados da OEA, como se verá no item 4.1.3 deste trabalho.

¹⁰⁸ Art. 64.1. 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.

¹⁰⁹ [...] autolimitação dos Estados no exercício de seus poderes decisórios e de suas competências jurisdicionais e revisoras das mesmas (tradução livre).

*En definitiva, a partir de las competencias jurisdiccionales que se otorga a los tribunales internacionales de protección de los derechos humanos, cuando los Estados han ratificado los tratados sobre derechos humanos, los mismos (los Estados) no solo han dejado de tener el monopolio de la tutela y protección de los derechos, sino que también han renunciado a la autonomía de sus propios tribunales en la interpretación de los derechos (...).*¹¹⁰

Diante da atribuição dessa essencial competência ao Tribunal Interamericano, afirma-se que a Corte IDH, componente judicial do SIDH, configura-se como uma peça essencial do sistema (GARCÍA RAMÍREZ, 2011), tendo contribuído enormemente para o avanço na proteção dos direitos humanos, seja por meio da possibilidade de tal órgão judicial possibilitar a responsabilização internacional de países violadores às normas regionais destinadas à proteção dos direitos humanos, seja por meio do fato de ela propiciar meios para a formação de um diálogo interjudicial em sentido estrito na região, como se verá, diálogo este destinado à fixação de entendimentos acerca de como devem ser interpretados os direitos assegurados pela CADH.

O que se observa é que a existência um instrumento internacional ao qual a maioria os países da região manifestaram sua adesão de forma espontânea (CADH) tornou a observação das normas convencionais e das normas complementares do sistema, bem como da interpretação conferida a tais normas pelo órgão judicial ao qual os países vincularam-se (Corte IDH), uma necessidade. Diante da edição da CADH e da consequente criação da Corte IDH, o direito regional passa a possuir um grande impacto sobre o direito estatal, ante as obrigações internacionais assumidas (GARCÍA ROCA; NOGUEIRA ALCALÁ; BUSTOS GISBERT, 2012).

Assim é que se afirma que a partir da criação de um órgão judicial destinado a garantir a responsabilização internacional dos Estados no caso de violação a direitos humanos e da fixação de obrigações jurídicas imperativas, estabelece a CADH o vínculo jurídico necessário para se concluir pela obrigatoriedade de promoção do diálogo interjudicial entre cortes constitucionais dos países que compõem o sistema e o Tribunal Interamericano.

Tal vínculo é firmado a partir do momento da ratificação pelo Estado de referido tratado, já que é a partir de tal momento que o Estado passa a assumir o compromisso internacional de tutelar os direitos humanos em todos os aspectos, sendo ele ainda reforçado pelo reconhecimento, pela maioria dos países da região, da competência consultiva e contenciosa da Corte IDH para o julgamento de casos que envolvem violações a direitos

¹¹⁰ Definitivamente, a partir das competências jurisdicionais que se outorga aos tribunais internacionais de proteção dos direitos humanos, quando os Estados ratificam os tratados sobre direitos humanos, eles mesmos (os Estados) não somente deixam de deter o monopólio da tutela e proteção dos direitos, mas também renunciam à autonomia de seus próprios tribunais na interpretação dos direitos (...) (tradução livre).

humanos¹¹¹.

Em efeito, o vínculo jurídico é decorrente essencialmente do compromisso assumido pelos Estados, ao ratificarem a CADH, de empreenderem medidas para tornar tal Convenção eficaz e de, em razão disso, garantir a proteção dos indivíduos da região latino-americana. Como destaca García-Sayán (2013, p. 806) “*los Estados que por decisión soberana se hacen parte de tratados internacionales sobre derechos humanos o promueven el funcionamiento de sus órganos de protección, se imponen a sí mismos el deber de aplicar en su orden interno esos compromisos internacionales*”¹¹². Nesse sentido estabelece a própria Corte IDH (1982, parágrafo 29), como se denota da análise da decisão prolatada na Opinião Consultiva OC-2/82, na qual se estabeleceu, no tocante a tratados como a CADH, que

*Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación com otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.*¹¹³

Assim, ante a evolução o SIDH por meio da contínua elaboração de documentos destinados a assegurar a observância dos direitos humanos, evolução essa que culminou na elaboração da CADH e, por meio dela, na criação de um tribunal regional para tornar efetiva a observância a suas normas, estabelece-se o vínculo jurídico necessário para que sejam promovidas interações entre cortes constitucionais nacionais e o Tribunal Interamericano, ou seja, criam-se meios para a promoção de um diálogo em sentido estrito no SIDH.

4.1.2 O arcabouço normativo regional e a obrigatoriedade da promoção do diálogo

Consoante visto tópico 3.3.4 deste trabalho, o diálogo em sentido estrito caracteriza-se por se referir a um processo de comunicação derivado da obrigação de levar em consideração a jurisprudência de algum tribunal externo para aplicar o próprio direito, obrigação esta derivada essencialmente de algum vínculo jurídico entre as partes dialogantes.

¹¹¹ Dentre os países que compõem o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, apenas 03 não aceitaram a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, quais sejam, Dominica, Granada e Jamaica.

¹¹² [...] os Estados que por decisão soberana passam a fazer parte de tratados internacionais sobre direitos humanos ou promovem o funcionamento de seus órgãos de proteção, impõem a si mesmos o dever de aplicar em seu ordenamento interno esses compromissos internacionais (tradução livre).

¹¹³ Seu objeto e fim são a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos, independentemente de sua nacionalidade, tanto em face de seu próprio Estado como em face dos outros Estados contratantes. Ao aprovar esses tratados sobre direitos humanos, os Estados se submetem a uma ordem legal dentro da qual eles, pelo bem comum, assumem várias obrigações, não em relação a outros Estados, mas sim para os indivíduos sob sua jurisdição (tradução livre).

No tocante ao requisito da obrigatoriedade, o qual é essencial para a caracterização do diálogo em sentido estrito, insta frisar que ele se encontra evidente no âmbito do SIDH em decorrência não apenas da existência de um tratado internacional juridicamente vinculante ratificado pelos Estados da região (no caso, a CADH, como frisado no tópico anterior), mas, sobretudo, ante a existência de um conjunto de regras estabelecidas em referido tratado que preveem tal obrigatoriedade, cláusulas essas às quais os Estados signatários manifestaram sua expressa concordância.

Nesse sentido esclarece Acosta Alvarado (2013), a qual descreve minuciosamente quais as normas da Convenção que permitem e demandam a promoção de um diálogo e que, nesse sentido, contribuem para o estabelecimento de uma rede judicial interamericana destinada à proteção dos direitos humanos.

Dentre os dispositivos e princípios interamericanos citados pela autora¹¹⁴, salienta-se a importância dos artigos 1.1, 2 e 29 da Convenção Americana, sobretudo em razão de serem tais dispositivos os que de maneira clara reforçam a obrigatoriedade de tomada de medidas para o cumprimento dos objetivos visados pelo SIDH.

Com relação ao art. 1.1¹¹⁵ da CADH, este estabelece o compromisso dos Estados-partes em respeitar os direitos e liberdades previstos na Convenção e fixa a obrigatoriedade geral de respeito e garantia pelos Estados e por seus agentes dos direitos protegidos pelo sistema. Há, inclusive, entendimento no sentido de que tal respeito não se limita à redação da Convenção, mas também à interpretação interamericana de tais direitos fixada pela Corte IDH (aspecto este que será melhor tratado em tópico específico)¹¹⁶, já que possui ela a responsabilidade primária em promover a interpretação das normas convencionais (ORTIZ TORRICOS, 2014).

Esse preceito, consoante o entendimento sedimentado no Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (CORTE IDH, 1988, parágrafos 165 e 166), constitui o fundamento genérico da proteção dos direitos dispostos na CADH, sendo ele fundamental para determinar se uma

¹¹⁴ A autora cita não apenas os art. 1.1, 2 e 29 da CADH como disposições que permitem o diálogo, mas também o princípio da subsidiariedade, previsto no preâmbulo da Convenção e que é reforçado pelas disposições relativas ao direito de acesso à justiça (art. 8 e 25); e os art. 63, 65, 68 e 69 da CADH, que preveem o conteúdo das reparações ante a condenação da Corte IDH pela violação a direitos humanos, a obrigatoriedade do pronunciamento da Corte quanto a tais questões e a supervisão pela Corte do cumprimento das decisões proferidas.

¹¹⁵ Art. 1.1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

¹¹⁶ Para a compreensão da vinculação do Estado à interpretação conferida pela Corte IDH quanto aos direitos previstos na CADH, vide item 4.1.3 desse trabalho.

violação a direitos humanos previstos na Convenção pode efetivamente ser atribuída a um Estado parte. A partir de tal dispositivo, impõe-se aos Estados o dever fundamental de respeito e garantia às liberdades fundamentais, sob pena de serem responsabilizados internacionalmente, e o dever de garantir o livre e pleno exercício dos direitos identificados na CADH a todos sujeitos a sua jurisdição.

Já o art. 2¹¹⁷ da CADH promove meios para que haja o devido respeito às garantias e liberdades fundamentais a que se faz referência no art. 1.1 da CADH. A diferença, aqui, consoante frisado por Ferrer Mac-Gregor (2013), é que o art. 2º não estabelece uma obrigação implícita de respeito e garantia, mas sim uma obrigação específica, uma obrigação adicional que complementa as obrigações fixadas no art. 1.1 da CADH.

Referido dispositivo convencional destina-se a tornar mais determinante e certo o respeito aos direitos e liberdades previstos na Convenção, que, entretanto, não substitui a obrigação geral prevista no artigo 1º da CADH¹¹⁸. Isso porque estabelece a necessidade de os Estados ajustarem seu ordenamento jurídico para cumprirem com o objetivo geral de proteção dos direitos humanos perseguido pelo SIDH, ou seja, estabelece

[...] el deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”¹¹⁹ (CORTE IDH, 1988, parágrafo 166).

A necessidade de empreendimento de medidas para a adequação do ordenamento interno é uma obrigação que toda jurisdição nacional deve cumprir de boa-fé, como consequência natural de os Estados terem ratificado a Convenção e terem, conseqüentemente, se obrigado a respeitar e garantir os direitos nela contidos (art. 1.1 da CADH) e, diante disso, garantir a efetividade mínima da CADH. Nenhuma jurisdição nacional pode desvincular-se dessa perspectiva sem infringir a obrigação de cumprir de boa-fé a sentença e ser responsabilizado internacionalmente pela violação de direitos humanos. Nogueira Alcalá

¹¹⁷ Art. 2º. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades

¹¹⁸ Nesse sentido destacou a Corte IDH (1986, parágrafo 06) quando da emissão da Opinião Consultiva nº 7, relativa à *Exigibilidade do direito de retificação ou resposta* (arts. 14.1, 1.1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), ao pontuar que o art. 2º impõe “uma obrigação adicional, que se soma à imposta pelo artigo 1 da Convenção, dirigida a fazer mais determinante e certo o respeito aos direitos e liberdade que a Convenção reconhece. Por isso é que a obrigação que resulta do artigo 2 complementa, mas de nenhuma maneira substitui ou supre, a obrigação geral e não condicionada que resulta do artigo 1” (tradução livre)

¹¹⁹ [...] o dever dos Estados parte de organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas através das quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos (tradução livre).

(2011) inclusive destaca ser este o entendimento sedimentado por muitas cortes da região em suas sentenças nacionais, como as cortes da Argentina, Costa Rica, El Salvador, México, República Dominicana, Bolívia, Colômbia, Equador, Peru e Guatemala.

Frisa-se, contudo, que o disposto no art. 2º da CADH não fixa apenas o dever de cumprimento de boa-fé das obrigações contraídas e a impossibilidade de invocação das disposições internas para agir de forma contrária à CADH, deveres estes também previstos nos art. 26¹²⁰ e 27¹²¹ da Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados (CVDT). O dispositivo convencional ora em evidência vai além da CVDT, para prever também o dever de os Estados tomarem medidas de adaptação de seus ordenamentos às normas convencionais, a partir da tomada de medidas concretas para o cumprimento das obrigações a que consentiram quando da ratificação da CADH.

Salienta-se que mesmo que não haja na Convenção a previsão específica de quais as medidas necessárias para que se promova a adequação, tem-se que estas podem referir-se à supressão de normas e práticas que violem direitos humanos, à expedição de normas destinadas a garantir a sua observância, para, dessa maneira, tornar efetivos os direitos e liberdades previstos em referido instrumento normativo¹²², ou, ainda, à não aplicação, no caso concreto, de normas internas contrárias a direitos previstos na CADH.

Ainda, do mesmo modo que com relação ao art. 1.1 da Convenção se ressaltou a necessidade de se respeitar não somente os direitos da CADH, mas também a jurisprudência da Corte IDH, a maioria dos teóricos também entendem que referida obrigação de tomada de medidas concretas à adequação de seu ordenamento interno e suas práticas às normas convencionalmente asseguradas, obrigação esta derivada do art. 2º da CADH, também implica a necessidade de adaptação do ordenamento interno às sentenças que determinam obrigações precisas em casos concretos, bem como às interpretações dos direitos emanadas da

¹²⁰ Art. 26. Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé.

¹²¹ Art. 27. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado (...).

¹²² Nesse sentido fixou a Corte IDH quando da análise do Caso La Cantuta Vs. Perú, cuja sentença foi proferida no dia 29 de novembro de 2006, pelo qual se estabeleceu, no parágrafo 172, que “Certamente o artigo 2 da Convenção não define quais são as medidas pertinentes para a adequação do direito interno à mesma, obviamente por isso depender do caráter da normas que a requeira e as circunstâncias da situação concreta. Por isso, a Corte interpretou que tal adequação implica a adoção de medidas em duas vertentes, a saber: i) a supressão das normas e práticas de qualquer natureza que violem as garantias previstas na Convenção ou que desconheçam os direitos alí reconhecidos ou obstaculizam seu exercício, e ii) a expedição de normas e o desenvolvimento de práticas conducentes à efetiva observância de ditas garantias. O Tribunal entendeu que a obrigação da primeira vertente não é cumprida enquanto a norma ou prática violatória à Convenção é mantida no ordenamento jurídico e, portanto, se satisfaz com a modificação, a derrogação, ou de algum modo a anulação, ou a reforma das normas ou práticas que tenham esses alcances, segundo” (CORTE IDH, 2006c, parágrafo 172, tradução livre). Do mesmo modo, foi o estabelecido no Caso Durand y Ugarte vs. Perú (CORTE IDH, 2000, parágrafo 118).

ratio decidendi das decisões e opiniões consultivas da Corte IDH (NOGUEIRA ALCALÁ, 2011).

Nesse ponto reside um dos aspectos mais importantes para a compreensão da obrigatoriedade do estabelecimento de diálogos em sentido estrito no âmbito do SIDH. Isso porque a partir do momento em que a norma prevista no art. 2º da CADH é interpretada no sentido de exigir que cortes constitucionais nacionais formulem decisões de forma compatível com as decisões proferidas pela Corte IDH, estabelece-se como condição necessária para que se assegure a observância a referido dispositivo convencional que haja uma constante interação entre referidos tribunais.

Dessa maneira, a observância ao artigo 2º transcende o âmbito meramente legislativo, tornando imperativo que as autoridades administrativas e juízes nacionais realizem interpretações que não limitem o padrão interpretativo mínimo estabelecido pela Corte IDH, obrigação essa que inclusive justifica a realização pela Corte IDH de um controle de convencionalidade sobre a interpretação realizada pela jurisdição nacional (FERRER MAC-GREGOR, 2013).

A partir do art. 2º da CADH, prevê-se, pois, o dever de os Estados derogarem todas as normas internas contrárias ao regime interamericano (controle de convencionalidade)¹²³, de emitirem e interpretarem as normas internas em consonância com as disposições da CADH e da interpretação dos direitos nela previstos efetuada pela Corte IDH (interpretação conforme)¹²⁴, e de adequarem o comportamento de seus agentes estatais e sua estrutura institucional em prol do SIDH.

Impõem tais disposições que sejam removidos os obstáculos existentes no ordenamento interno para a garantia efetiva dos direitos humanos, a supressão ou não aplicação de normas que impliquem violação às garantias previstas na CADH e à interpretação conferida a direitos convencionais pela Corte IDH, e a expedição de normas e o desenvolvimento de práticas conducentes à efetiva observação de referidas garantias (BAZAN, 2011). Há uma obrigação, pois, de adequação normativa, que consiste justamente na obrigação de os Estados adaptarem seu direito e práticas internos, desde o texto constitucional até a última disposição administrativa (NOGUEIRA ALCALÁ, 2013), às disposições da CADH e à jurisprudência da Corte IDH, para garantir, então, o efeito útil das normas internacionais, de forma que a aplicação de normas ou práticas internas contrárias ao fim do instrumento internacional não anule a proteção internacional conferida aos direitos

¹²³ Com relação ao controle de convencionalidade, vide item 4.2.1 deste trabalho.

¹²⁴ Para a compreensão da doutrina da interpretação conforme, vide item 4.2.1 deste trabalho.

humanos (BAZAN, 2011)¹²⁵.

A omissão dos Poderes do Estado em promover a adaptação de seu ordenamento jurídico, suas práticas e suas decisões judiciais pode, inclusive, levar à responsabilização internacional de tal Estado. Isso porque, como sustentado por Huertas Díaz, De Carli e Soares (2017, p. 43),

*Si el país es omiso en el respeto y garantía de los derechos humanos contenidos en la Convención Americana, todo esto parece confirmar que se estaría ante un estado de cosas inconvencionales, pues no solo se estaría inobservando y ofendiendo el catálogo nacional de derechos humanos, sino también el internacional, en específico de aquel que surge del seno del Sistema Interamericano.*¹²⁶

Essa norma, na perspectiva de Acosta Alvarado (2013, p. 44), é uma das joias do SIDH, já que “*gracias a ella, el juez regional ha podido influir realmente en la reformulación de los ordenamientos internos en pro de los derechos humanos a través de sus órdenes directas y por medio de los parámetros que establece en su jurisprudencia*”¹²⁷.

Da conjugação dos art. 1.1 e 2 da CADH, os Estados assumem o compromisso de respeitar os direitos e liberdades previstos e de garantir seu livre e pleno exercício por toda pessoa sujeita a sua jurisdição, sem qualquer discriminação, bem como de adotar as medidas legislativas, executivas e judiciais que forem necessárias para tornar tais direitos e liberdades efetivos¹²⁸. Nessa perspectiva, os tribunais, órgãos legislativos e órgãos do Executivo passam a ter um papel crucial na promoção dos direitos humanos na região, por deterem eles o papel de a todo e qualquer momento procurar adequar os atos internos às normas e entendimentos jurisprudenciais regionais relativas a direitos fundamentais dos indivíduos.

Como terceira disposição que fixa a obrigatoriedade de promoção de um diálogo na

¹²⁵ Este é inclusive o entendimento reafirmado pela Corte IDH quando do julgamento do Caso Castillo Petruzzi y outro vs. Peru, pelo qual se assentou que “O dever geral do artigo 2 da Convenção Americana implica a adoção de medidas em duas vertentes. Por uma parte, a supressão das normas e práticas de qualquer natureza que violem as garantias previstas na Convenção. Por outra, a expedição de normas e o desenvolvimento de práticas conducentes à efetiva observância de tais garantias. Evidentemente, o Estado não levou a cabo, no que diz respeito às disposições aplicáveis ao julgamento do acusado, o que deveria realizar à luz do artigo 2 da Convenção” (CORTE IDH, 1999, parágrafo 207, tradução livre).

¹²⁶ Se o país é omisso com o respeito e a garantia dos direitos humanos contidos na Convenção Americana, tudo isso parece confirmar que se estaria diante de um estado de coisas inconvencionais, pois não somente se estaria inobservando e ofendendo o catálogo nacional de direitos humanos, mas também o internacional, em especial aquele que surge no seio do Sistema Interamericano (tradução livre).

¹²⁷ [...] graças a ela, o juiz regional pode influir na reformulação dos ordenamentos internos em prol dos direitos humanos por meio de suas ordens diretas e dos parâmetros que estabelece em sua jurisprudência (tradução livre).

¹²⁸ No tocante à inter-relação entre os artigos 1.1 e 2 da CADH, Antônio Augusto Trindade, em seu voto dissidente no Caso Caballero Delgado y Santana versus Colômbia bem esclarece que “os Estados Partes têm uma obrigação geral, emanada de um princípio geral do Direito Internacional, de tomar todas as medidas de direito interno para garantir a efetiva proteção (efeito útil) dos direitos consagrados. As duas obrigações gerais consagradas na Convenção Americana – a de respeitar e garantir os direitos protegidos (artigo 1.1) e a de adaptar o direito interno aos regulamentos de proteção internacional (artigo 2) – parecem estar inelutavelmente interligadas” (CORTE IDH, 1995, parágrafos 8-9, tradução livre).

região, temos o art. 29¹²⁹ da CADH, o qual destaca a imprescindibilidade de as cortes nacionais utilizarem-se da regra da interpretação *pro homine* referida no primeiro capítulo deste trabalho quando do exercício hermenêutico que envolve normas interamericanas.

A obrigação prevista no dispositivo legal em questão refere-se mais a uma obrigação imposta aos juízes nacionais e interamericanos do que aos demais Poderes do Estado. Isso porque torna explícita a necessidade de que, quando do exercício de hermenêutica, de interpretação de normas e entendimentos jurisprudenciais para sua aplicação no caso concreto, tais juízes optem pela aplicação da norma, seja ela regional ou nacional, ou da interpretação conferida a tal norma, que seja mais favorável à pessoa. Desse modo, impõem-se aos Estados limites em sua atuação perante os indivíduos, demandando que estes deixem de aplicar normas ou entendimentos que de alguma forma suprimam ou limitem o gozo dos direitos previstos na CADH ou outros instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, ou promovam interpretações, nos casos concretos submetidos a sua análise, que excluam ou limitem os efeitos de tais instrumentos internacionais.

O princípio *pro homine*, ao exigir a aplicação da norma mais protetiva ao indivíduo, constitui requisito indispensável para a promoção do diálogo e, mais especificamente, ao exercício do controle de convencionalidade¹³⁰, tratando-se de norma essencial para a resolução de eventuais conflitos existentes entre normas internacionais e nacionais de proteção dos direitos humanos (CONCI, 2012). Impõe ele como premissa indiscutível, pois, que os juízes nacionais devem sempre, quando da análise de um caso concreto e quando da constatação de um conflito entre a norma regional e a nacional, aplicar a norma ou interpretação que mais proteja os direitos humanos ao indivíduo assegurados.

Frisa-se que tal imposição não versa acerca de uma demanda que estabelece uma hierarquia entre sistemas, mas sim de uma demanda que exige a utilização da norma mais favorável à proteção dos direitos, garantias e liberdades do homem (BAZAN, 2011). Não implica, assim sendo, violação à soberania estatal ou o estabelecimento da subordinação de uma ordem jurídica à outra, mas, pelo contrário, apenas exige que se confira primazia à dignidade da pessoa humana, não importando o *status* hierárquico que um tratado internacional de direitos humanos adquire no âmbito interno ou a procedência do

¹²⁹ Art. 29. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) 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; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

¹³⁰ Vide item 4.2.1 deste trabalho.

entendimento jurisprudencial mais favorável, mas sim se o conteúdo da norma ou jurisprudência externa é materialmente mais protetivo que as normas nacionais (CONCI, 2014).

Há de se pontuar, ainda no tocante ao art. 29 da Convenção, que em todo e qualquer caso as autoridades nacionais podem validamente ampliar a eficácia das normas previstas no Pacto de São José da Costa Rica mediante a aplicação do princípio *pro personae*, apenas não se permitindo, nesse sentido, a limitação de qualquer direito. Isso porque a Convenção e a interpretação dos direitos de tal instrumento pela Corte IDH apenas fixam um padrão mínimo em matéria de direitos humanos, permitindo a existência de normas internas mais protetivas e, ao mesmo tempo, autorizando que os juízes nacionais eventualmente formulem entendimentos dissonantes com os critérios interpretativos da Corte IDH, quando estes forem formulados de maneira fundamentada e permitam ao indivíduo um maior grau de efetividade da proteção aos direitos humanos em geral (FERRER MAC-GREGOR, 2013).

Nesse sentido é que se afirma ser possível que por meio do exercício de um juízo de ponderação se conclua pela inaplicabilidade, no caso concreto, da legislação regional ou da interpretação conferida pela Corte IDH a algum direito previsto na CADH, por ser a norma interna mais protetiva à pessoa. Dessa forma, não se defende a completa subsunção dos Estados ao Direito Regional e dos juízes nacionais aos juízes regionais, mas sim que os interesses do indivíduo sejam considerados quando da análise do caso concreto.¹³¹

Referidas normas previstas na CADH, as quais clamam pela adaptação do direito interno às normas convencionais e que obrigam os Estados a, na análise de um caso concreto, aplicarem a norma, seja ela regional ou nacional, que mais proteja o indivíduo, em conformidade com o princípio *pro homine*, criam meios para que os juízes nacionais se utilizem das normas regionais e jurisprudência da Corte IDH para fundamentar suas decisões, mesmo que não haja normas constitucionais específicas que estabeleçam essa possibilidade (ACOSTA ALVARADO, 2013).

Por conseguinte, além das disposições nacionais que preveem a hierarquia entre normas internacionais e o sistema jurídico interno, que estabelecem a complementariedade do

¹³¹ Cita-se como exemplos de sentenças nas quais as cortes nacionais negaram-se a aplicar os preceitos da CADH e a interpretação da Corte IDH no tocante a determinada matéria, por entenderem que as normas internas protegem de maneira mais abrangente a pessoa: a Sentença C-442/2011 da Corte Constitucional Colombiana, na qual a Corte recusou-se a declarar inconstitucionais normas que tipificavam o delito de calúnia e injúria, mesmo diante da existência de decisão da Corte IDH em sentido de que deveria prevalecer a liberdade de expressão em todo e qualquer caso (Caso Kimel vs. Argentina); e o Caso Espósito, da Corte Suprema da Argentina, em que o juiz nacional reusou-se a declarar a prescrição da ação penal mesmo ante a existência de decisões da Corte IDH relativa à necessidade de respeito aos processos internos, sob o argumento de que o respeito às garantias processuais não poderia constituir óbice para negar os direitos das vítimas.

sistema internacional e que promovem uma abertura do Estado à sistemática internacional, denota-se que as normas interamericanas, em especial o art. 29 da CADH, acabam por autorizar os juízes nacionais a servirem-se do direito e jurisprudência regional como fundamento de suas decisões¹³². Acabam elas, ainda, por preencher o vazio deixado pela ausência de previsão de tais normas de hierarquia e de abertura constitucional para as normas regionais no ordenamento jurídico nacional, fixando a obrigatoriedade de cumprimento de todas as obrigações previstas na CADH, seja mediante a adaptação do ordenamento interno ao internacional, seja mediante a aplicação das normas regionais e entendimentos da Corte IDH em detrimento das internas quando aquelas forem mais favoráveis (GARCÍA ROCA; NOGUEIRA ALCALÁ; BUSTOS GISBERT, 2012).

Reforça-se: mesmo nos casos de países que não preveem em suas Constituições internas a necessidade de adaptação às normas internacionais, que estabelecem que as normas da CADH são hierarquicamente inferiores às normas constitucionais, ou que rejeitam a aplicação da CADH e da interpretação fornecida pela Corte IDH no caso concreto, se vislumbra a obrigatoriedade de adaptação do ordenamento interno ao regional, de cumprimento às obrigações gerais previstas na CADH e de observância ao princípio *pro homine*. Referida necessidade nasce da simples ratificação voluntária da CADH por tais Estados, já que estes optaram por aderir aos preceitos da Convenção no exercício de sua soberania, obrigando-se a empreender medidas para a completa proteção dos direitos humanos em seu país e em toda a região (ACOSTA ALVARADO, 2013).

O processo de harmonização do direito interno e internacional no âmbito do SIDH não é, assim, uma simples opção colocada à disposição dos órgãos nacionais e regionais e, em especial, dos juízes interamericanos e nacionais, em razão de ambos os ordenamentos perseguirem um objetivo comum. Corresponde a um processo obrigatório, como frisado, em razão da existência de obrigações jurídicas imperativas estabelecidas na Convenção Americana de Direitos Humanos, obrigações essas que clamam por essa harmonização.

Dessarte, seja por mandado nacional ou por mandado internacional, se exige dos órgãos nacionais, sejam estes do Legislativo, do Executivo, ou do Judiciário, efetuem um exercício de harmonização entre o ordenamento interno e o internacional, ou seja, busquem adaptar o direito interno ao regional por meio da edição de normas para o efeito útil das normas regionais, da supressão de normas contrárias à Convenção ou da aplicação da norma

¹³² Vide item 2.1.2.2 desse trabalho, para que seja possível compreender de que forma os Estados nacionais em geral passaram a prever em suas Constituições normas visando promover a abertura do direito interno ao direito internacional, com o estabelecimento de cláusulas de abertura da ordem interna à ordem externa.

ou da interpretação mais favorável à pessoa, ainda que para tanto tenha que se servir do direito ou jurisprudência regional. Como destaca Acosta Alvarado (2013, p. 91 e 95):

[...] Ahora bien, aun cuando existan estas normas sobre incorporación y jerarquía o incluso sin que ellas existan, y más allá de las cláusulas de remisión, el proceso de armonización también tiene lugar, según los propios jueces nacionales, como consecuencia del ejercicio de interpretación conforme o de la interpretación pro personae al que según ellos están obligados bien sea en virtud de los mandatos constitucionales o como resultado de las normas internacionales. (...) los jueces nacionales tienen claro el porqué de la interacción: el conjunto normativo que los vincula así lo exige. Desde su punto de vista, el uso del derecho interamericano y, por lo tanto, de la jurisprudencia regional a la cual se le reconoce fuerza vinculante, es imperativo. Esta conclusión es la que les permite – y obliga a – adaptar el derecho nacional con miras a cumplir tanto los mandatos constitucionales cuanto las obligaciones interamericanas.¹³³

Não se pode esquecer que o diálogo implica uma dupla via, sem a qual não há que se falar efetivamente em diálogo. Nesse tocante, salienta-se que especialmente o art. 29 da CADH exige que os juízes interamericanos, como parte da cadeia de salvaguarda, também se sirvam das normas ou decisões nacionais como ponto de referência em suas próprias interpretações¹³⁴, devendo eles efetuar um juízo de ponderação que garanta a interpretação mais favorável, ainda que isso signifique servirem-se das normas constitucionais ou da interpretação de juízes nacionais (ACOSTA ALVARADO, 2015). Ora, ao mesmo tempo em que obriga as cortes locais a buscarem aplicar a norma ou interpretação mais favorável, exige-se também que a Corte IDH leve em consideração as normas e interpretações nacionais potencialmente mais benéficas à pessoa (BAZÁN, 2013).

A existência de normas específicas veiculando a obrigatoriedade de interação entre os diversos órgãos judiciais que compõem o sistema permite a afirmação da possibilidade de

¹³³ Agora, mesmo que existam estas normas sobre incorporação e hierarquia, ou mesmo sem que elas existam, e mais além das cláusulas de remissão, o processo de harmonização também tem lugar de acordo com os próprios juízes nacionais, como consequência do exercício de interpretação conforme ou de interpretação *pro personae* ao qual segundo eles estão obrigados, bem seja em virtude dos mandados constitucionais ou como resultado das normas internacionais. (...) os juízes nacionais têm claro o porquê da interação: o conjunto normativo assim o exige. De seu ponto de vista, o uso do direito interamericano e, portanto, da jurisprudência regional à qual se reconhece força vinculante, é imperativo. Esta conclusão é a que lhes permite – e obriga a – adaptar a legislação nacional com o fim de cumprir tanto os mandatos constitucionais quanto as obrigações interamericanas (tradução livre).

¹³⁴ Nesse sentido, temos os seguintes casos apreciados pela Corte IDH, na qual se fez referência à jurisprudência de cortes nacionais latino-americanas: Caso do Massacre de Maripán vs. Colômbia (CORTE IDH, 2005); Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia (CORTE IDH, 2006b); Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala (CORTE IDH, 2010b); Caso Valle Jaramillo e outros vs. Colômbia (CORTE IDH, 2008c); Caso Manuel Cespada Vargas vs. Colômbia (CORTE IDH, 2010g); Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México (CORTE IDH, 2010a); Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela (CORTE IDH, 2011a); Caso López Mendoza vs. Venezuela (CORTE IDH, 2011d); Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile (CORTE IDH, 2012b); Caso Mendoza e outros vs. Argentina (CORTE IDH, 2013); Caso Gelman vs. Uruguai (CORTE IDH, 2011c); Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil (CORTE IDH, 2010e); Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador (CORTE IDH, 2012g); Caso Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica (CORTE IDH, 2012a); entre outros casos.

promoção de um diálogo em sentido estrito no SIDH, sobretudo em razão de identificarem a obrigatoriedade da comunicação para a própria eficácia da proteção, bem como de exigirem a bidirecionalidade nessa comunicação, requisitos esses intrínsecos ao conceito de diálogo em sentido estrito.

Ademais, há de se esclarecer que além do fato de ser necessária a observância à CADH e à jurisprudência da Corte IDH em razão da ratificação da Convenção e da aceitação da competência da Corte, a necessidade de um diálogo e de garantia de proteção também deriva do fato de que os direitos fundamentais pertencem ao *ius cogens*, ou seja, são matérias imperativas do direito internacional, nos termos do art. 53¹³⁵ da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, já que são direitos aceitos pela comunidade internacional, os quais não admitem acordo em sentido contrário, somente podendo ser modificados por norma ulterior de direito internacional de mesmo caráter (BAZÁN, 2013).

Referindo-se a postulados aceitos pelos Estados, todos eles devem cumprir com tais premissas e normas de direito convencional e consuetudinário que se estabeleçam sobre a base de normas *ius cogens*, pois os princípios reconhecidos pelas nações são vinculantes para todos os Estados, inclusive aqueles fora de todo o vínculo convencional.

De qualquer modo, o que há de se perceber é que há uma obrigatoriedade e articulação e interação judicial no âmbito do SIDH, interação essa que deve ser realizada por meio de uma relação de reciprocidade entre as cortes nacionais e o Tribunal Interamericano na busca da proteção do indivíduo.

Tal obrigatoriedade, segundo Acosta Alvarado (2015), promove meios para a formação de uma rede judicial interamericana, cujo principal mérito é a formação de um direito comum interamericano, potencializando a efetiva proteção dos indivíduos na região e a formação de um *ius commune* interamericano, com caráter dinâmico e progressivo. A formação de um direito harmônico, na perspectiva da autora, permite a fixação de normas mínimas de proteção; ajuda a elevar os parâmetros de salvaguarda; facilita a comunicação entre os diversos cenários de tutela; permite alcançar uma coerência que facilita a igualdade; e serve como parâmetro de validade das normas, tanto constitucionais quanto internacionais, e parâmetro geral de conduta.

No que tange à formação de um *ius commune* latino-americano, Cavallo (2011) bem

¹³⁵ Art. 53, da CVDT: É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de direito internacional geral. Para os fins da presente Convenção, 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.

salienta que este se refere à formação de um direito constitucional com aspectos comuns no tocante aos lineamentos propriamente constitucionais, ou seja, no tocante à defesa da democracia, da separação de poderes, da participação política, do controle do poder e da garantia de proteção aos direitos humanos, o qual tem sido elaborado por meio da atuação da Corte IDH e do diálogo estabelecido com os países pertencentes ao SIDH. Do mesmo modo, Acosta Alvarado (2015) esclarece que a partir da formação de *ius commune interamericano* como linguagem comum, elevam-se os parâmetros mínimos de proteção, obtém-se maior segurança jurídica, promove-se uma maior igualdade e, por conseguinte, possibilita-se a transformação dos sistemas (ACOSTA ALVARADO, 2015).

O diálogo interjudicial em sentido estrito desenvolvido na região, diálogo este exigido por normas específicas da CADH, assegura, pois, a consecução dos objetivos constitucionais de proteção e, com isso, a efetividade do direito internacional dos direitos humanos, sendo ele essencial para a supremacia da proteção do indivíduo em todo e qualquer momento, independentemente do país no qual se encontra.

4.1.3 Os efeitos produzidos pela jurisprudência da Corte IDH e sua relação com a obrigatoriedade do estabelecimento do diálogo: a “coisa interpretada” e seus efeitos

Além de se identificar a existência de um vínculo jurídico no SIDH e de normas regionais que especificamente delimitam a obrigatoriedade de órgãos internos adaptarem o ordenamento, práticas e decisões aos parâmetros da CADH, de tais órgãos aplicarem a norma e entendimento jurisprudencial mais favorável à pessoa, seja a norma de origem interna ou regional, e de observarem os critérios mínimos de proteção dos direitos humanos fixados pelas normas regionais, denota-se que a promoção de um diálogo em sentido estrito no SIDH é possibilitada e exigida, ainda, ante o desenvolvimento de entendimentos que têm sedimentado a necessidade de os órgãos judiciais nacionais e regionais interagirem e aplicarem não somente o direito mais favorável à pessoa, mas também as interpretações mais favoráveis ao indivíduo.

Fez-se referência a tal necessidade no tópico anterior, cumprindo, entretanto, delimitar as razões pelas quais se entende ser estritamente necessária a observância às decisões prolatadas pela Corte IDH quando da análise de casos concretos, além das razões pelas quais há a necessidade de o Tribunal Interamericano observar as decisões judiciais nacionais. A compreensão de referida necessidade é de essencial importância para o estudo do diálogo, em razão de que por meio da defesa da imprescindibilidade de se considerar a

interpretação conferida aos direitos convencionais pela Corte IDH, exige-se, concomitantemente, a intensificação das interações das cortes nacionais com a Corte IDH e vice-versa, ou seja, exige-se a intensificação do diálogo.

Quanto à mencionada necessidade, insta frisar que no âmbito do SIDH evidencia-se a existência de intensas discussões e debates acerca dos efeitos das decisões produzidas pelos órgãos que compõem o sistema, ou seja, quanto aos efeitos dos pronunciamentos da CIDH quando esta decide não submeter um caso à apreciação da Corte IDH, bem como quanto aos efeitos das sentenças e opiniões consultivas prolatadas pelo Tribunal Interamericano. Mencionadas discussões possuem essencial relevância para a identificação da vinculação dos Estados e, conseqüentemente, dos órgãos judiciais nacionais, à *ratio decidendi* contida nos pronunciamentos dos órgãos interamericanos.

Considerando o objeto de estudo deste trabalho, o qual enfoca na relação entre a Corte IDH e os tribunais superiores dos Estados que compõem o SIDH, visando identificar os fatores que permitem a promoção de um diálogo entre referidos tribunais, não se discorrerá demasiadamente acerca dos efeitos da obrigatoriedade de observância aos pronunciamentos da CIDH. Basta destacar, nesse ponto, que em razão do fato de a CIDH ser um órgão que não possui caráter judicial (mas sim apenas quase-judicial), não proferindo ela uma decisão judicial com caráter coercitivo, o entendimento predominante é o de que os informes definitivos e as recomendações da CIDH não possuem força vinculante, os pronunciamentos não adquirindo, pois, a qualidade de coisa julgada¹³⁶.

A despeito disso, há entendimentos, dentre os quais se inclui o da pesquisadora Ortiz Torricos (2014), no sentido de que ainda que os pronunciamentos não gerem efeito de coisa julgada, possuem eles efeito obrigatório, devendo os Estados realizarem todos os esforços necessários para a adoção das recomendações da CIDH, diante da aplicação do princípio da boa-fé. Isso porque, a partir de tal princípio, tem-se que no momento em que um Estado ratifica um tratado, ele passa a deter a obrigação de cumprir as decisões de todos os órgãos pertencentes ao sistema (inclusive de órgãos não-judiciais, como a CIDH), como um meio de se assegurar o respeito e a proteção dos direitos humanos, compromisso esse assumido pelo Estado no momento da ratificação¹³⁷.

¹³⁶ Os teóricos que entendem dessa forma salientam que os pronunciamentos da CIDH não fazem coisa julgada em razão de não serem pronunciados por uma autoridade jurisdicional (ORTIZ TORRICOS, 2014).

¹³⁷ Nesse sentido é o entendimento, ainda, da Corte IDH, consoante o ressaltado no Caso Loayza Tamayo vs. Peru. Consante disposto pela Corte: “79. A Corte já disse anteriormente que, de acordo com a regra de interpretação contida no art. 31.1 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, o termo ‘recomendações’, utilizado pela Convenção Americana, deve ser interpretado conforme seu sentido corrente (...). 80. No entanto, em virtude do princípio da boa fé, consagrado no mesmo artigo 31.1 da Convenção de Viena, se

Já no tocante aos pronunciamentos da Corte IDH, as controvérsias relativas ao efeito vinculativo de suas decisões divergem no tocante ao valor atribuído às opiniões consultivas e sentenças proferidas pela Corte IDH e às partes que são atingidas pelas decisões, as discussões, nesse ponto, concentrando-se na eficácia *inter partes* ou *erga omnes* dos pronunciamentos do Tribunal.

Primeiramente, com relação ao peso atribuído aos diferentes pronunciamentos da Corte IDH, cumpre pontuar que não obstante ser entendimento praticamente unânime que as sentenças prolatadas pela Corte IDH possuem efeito vinculante e obrigatório, ainda se discute se as opiniões consultivas produzem o mesmo efeito.

Nesse tocante, destaca-se a teoria de Buergenthal (1988), o qual se mostra favorável à negativa de atribuição de tal efeito às opiniões consultivas. Bazan (2015) bem resume as principais ideias lançadas pelo teórico, ressaltando que, para o doutrinador, a principal diferença entre as opiniões consultivas e as sentenças da Corte IDH é que apenas essa última possui eficácia vinculante, produzindo efeitos diretos, as opiniões consultivas apenas detendo caráter meramente consultivo, não sendo juridicamente obrigatórias.

Da posição apresentada por Buergenthal, depreende-se que apesar de as opiniões não serem exercícios meramente acadêmicos, mas sim pronunciamentos judiciais, apenas a sentença “es obligatoria para las partes em disputa, lo que supone que el Estado que la incumpla incurrirá en violación de la obligación establecida en el artículo 68 de la Convención y de las restantes previsiones de esta citadas por la Corte”¹³⁸, enquanto que uma opinião consultiva, por outro lado, “no es obligatoria, por lo que su incumplimiento no significará violación de la Convención”¹³⁹ (BAZAN, 2015, p. 54). Com base nesse entendimento, o Estado envolvido em atividades classificadas pela Corte, mediante uma opinião consultiva, como incompatíveis com a CADH, apenas ficaria advertido que sua conduta infringe obrigações consagradas na Convenção.

Em que pese tal entendimento, entretanto, há opiniões em sentido contrário,

um Estado assina e ratifica um tratado internacional, especialmente em se tratando de direitos humanos, como é o caso da Convenção Americana, ele tem a obrigação de fazer seus melhores esforços para aplicar as recomendações de um órgão de proteção como a Comissão Interamericana, que é, ademais, um dos principais órgãos da Organização dos Estados Americanos, cuja função é ‘promover a observância e a defesa dos direitos humanos’ no hemisfério (Carta da OEA, artigos 52 e 111). 81. Do mesmo modo, o art. 33 da Convenção Interamericana é um órgão competente junto com a Corte ‘para conhecer de assuntos relacionados ao cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados Partes’, de modo que, com a ratificação de referida Convenção, os Estados Partes se comprometem a atender as recomendações que a Comissão aprovou em seus informes” (CORTE IDH, 1997, parágrafos 79-81, tradução livre).

¹³⁸ [...] obrigatória para as partes em disputa, o que supõe que o Estado que não a cumpra incorra em violação da obrigação estabelecida no art. 68 da Convenção e das previsões restantes citadas pela Corte (tradução livre).

¹³⁹ [...] não é obrigatória, pelo que seu não cumprimento não significará violação à Convenção (tradução livre).

destacando-se nesse sentido as ideias de Bazan (2015), o qual defende que não há como se entender que as opiniões consultivas não possuem caráter vinculante. Isso porque tais opiniões, do mesmo modo que as sentenças da Corte IDH, resultam de um trabalho de hermenêutica da Corte enquanto intérprete última da CADH, de modo que, sendo elas provenientes de um órgão com função jurisdicional, não haveria como se negar que em algum nível elas possuem efeitos jurídicos e valores práticos. Parte o teórico do pressuposto, pois, de que tanto as sentenças quanto as opiniões consultivas da Corte IDH possuem efeito vinculante, sendo obrigatória a observância às mesmas, de modo que ao menos vinculam o Estado que solicitou a opinião consultiva ou que foi condenado pela Corte (BAZAN, 2015).

No tocante ao segundo ponto de divergência doutrinária acima destacado, qual seja, a discussão relativa às partes que são atingidas pelas decisões da Corte IDH, isto é, a discussão referente à eficácia *inter partes* ou *erga omnes* dos pronunciamentos da Corte IDH, destaca-se que é nesse ponto que cingem as mais importantes discussões relativas à possibilidade de se atribuir efeitos vinculantes à interpretação conferida pelo Tribunal Interamericano às normas convencionais, sobretudo no que diz respeito à eficácia *erga omnes* dos pronunciamentos do Tribunal Interamericano.

Com relação à eficácia *inter partes* das sentenças, destaca-se que não há grandes discussões quanto ao fato de as sentenças deterem tal efeito, vinculando de forma concreta o Estado condenado. Esta conclusão decorre das próprias disposições da CADH, a qual salienta o caráter inapelável das sentenças prolatadas (art. 67, da CADH)¹⁴⁰ e a obrigação de os Estados-partes cumprirem as decisões nos casos em que forem partes (art. 68.1 da CADH)¹⁴¹. Mencionados dispositivos convencionais constituem o fundamento principal no Pacto de São José da Costa Rica para outorgar às sentenças da Corte IDH seu caráter firme e vinculante no tocante aos Estados que fazem parte da lide, estabelecendo a impossibilidade de serem as sentenças proferidas pelo Tribunal Interamericano revisadas no âmbito nacional por nenhuma autoridade (FERRER MAC-GREGOR, 2013).

Dessa maneira, detendo efeito vinculante *inter partes*, a parte resolutiva das sentenças proferidas pela Corte IDH (na qual se estabelecem as obrigações impostas ao Estado violador) geram obrigações ao Estado violador, no sentido de que este detém o dever de cumprir a decisão proferida no procedimento contencioso. Assim destaca o juiz

¹⁴⁰ Art. 67. A sentença da Corte será definitiva e inapelável. Em caso de divergência sobre o sentido ou alcance da sentença, a Corte interpretá-la-á, a pedido de qualquer das partes, desde que o pedido seja apresentado dentro de noventa dias a partir da data da notificação da sentença.

¹⁴¹ Art. 68.1. Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.

interamericano Ferrer Mac-Gregor, em sentença pronunciada no Caso Gelman vs. Uruguai, ao ressaltar que a sentença “*produce una eficacia inter partes, que consiste en la obligación del Estado de cumplir con todo lo establecido en la sentencia interamericana de manera pronta, íntegra y efectiva*”¹⁴² (CORTE IDH, 2011c, ponto 3.3.33).

No marco do direito convencional interamericano, essa obrigação de cada Estado-parte cumprir as sentenças da Corte IDH deriva do princípio da responsabilidade internacional do Estado, a partir do qual os Estados devem cumprir de boa-fé as sentenças prolatadas pela Corte IDH, como uma obrigação derivada dos compromissos por eles assumidos quando da ratificação da Convenção Americana (AYALA CORAO, 2013). Diante da aplicabilidade de mencionado princípio, não se autoriza aos Estados que estes invoquem disposições de seu direito interno para deixar de cumprir uma norma convencional (*pacta sunt servanda*), nos termos dos artigos 26 e 27 da Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados¹⁴³.

Prolatada uma sentença condenatória contra um Estado, portanto, sentença essa que produz autoridade de “coisa julgada internacional”, todos os poderes, os órgãos e as autoridades do Estado condenado estão obrigados a cumprir a sentença, sem que isso requeira algum procedimento adicional de interpretação interno (ORTIZ TORRICOS, 2014). Isso implica que uma vez que a sentença é notificada às partes, ela produz uma eficácia vinculante e direta, existindo uma vinculação dos Estados aos conteúdos e efeitos da sentença (FERRER MAC-GREGOR, 2013).

Do mesmo modo, no caso de emissão de uma opinião consultiva pela Corte IDH, todavia existam entendimentos no sentido de que tais opiniões sequer seriam obrigatórias, não produzindo qualquer efeito *inter partes*¹⁴⁴, impera o entendimento de que em razão de a opinião consultiva ser proferida por uma corte com competência jurisdicional, o Estado que solicitou sua emissão encontra-se vinculado ao decidido, assumindo ele a obrigação de adotar todas as medidas ordenadas. Nesse sentido destaca Ortiz Torricos (2014, p. 285):

Los Estados son responsables del cumplimiento de los fallos que adquieren calidad de cosa juzgada, como son las sentencias declarativa y de condena (de fondo y de reparaciones) que emite la Corte IDH en el ejercicio de su función contenciosa,

¹⁴² [...] produz uma eficácia *inter partes*, que consiste na obrigação do Estado de cumprir com todo o estabelecido na sentença interamericana de maneira pronta, íntegra e efetiva (tradução livre).

¹⁴³ Nesse sentido, inclusive, é o entendimento da Corte IDH, como se observa da OC-14/94, de dezembro de 1994, referente à *Responsabilidade Internacional por expedição e aplicação de leis violatórias à Convenção (arts. 1 e 2 da CADH)*, a qual estabeleceu que “segundo o direito internacional as obrigações que este impõe devem ser cumpridas de boa-fé e não se pode invocar o direito interno para seu descumprimento” (CORTE IDH, 1994, parágrafo 36, tradução livre).

¹⁴⁴ Em que pese da posição minoritária, ainda há teóricos, como Montiel Arguello, que entendem que apesar de possuírem autoridade científica e moral, as opiniões consultivas não são obrigatórias para o Estado que as solicitou, não gerando a ele qualquer efeito (BAZAN, 2015).

*determinando se hubo o no violación de um derecho o de uma libertad protegida por la CADH (...).*¹⁴⁵

Por conseguinte, com base nesse entendimento, tanto as sentenças quanto as opiniões consultivas produzem efeitos direitos *inter partes*, diante do compromisso assumido pelos Estados partes da Convenção de cumprirem as decisões prolatadas pela Corte IDH (AYALA CORAO, 2013). Tal constatação decorre, inclusive, da identificação de que não haveria razão para existir tal órgão judicial no SIDH se o por ele determinado não tivesse vigência ou aplicação (ORTIZ TORRICOS, 2014).

As principais controvérsias doutrinárias centram-se, consoante já se fez referência, na discussão acerca da eficácia *erga omnes* das sentenças e opiniões consultivas, ou seja, na discussão acerca da possibilidade de os pronunciamentos da Corte IDH atingirem Estados que não fizeram parte da contenda. É nesse ponto que se destaca a recente formação de entendimentos tendentes a concretizar a ideia da necessidade de que sejam observadas, pelos Estados, não somente as normas regionais destinadas à proteção de direitos humanos, mas também as interpretações conferidas a tais normas pela Corte IDH, entendimento esse que, como já frisado, possibilita a afirmação da obrigatoriedade de promoção de um diálogo em sentido estrito no âmbito do SIDH.

Salienta Bazan (2015), que ainda há Estados e teóricos que sustentam que a vinculação às decisões da Corte apenas existe para aquele Estado contra o qual a sentença foi proferida ou em favor do qual a opinião consultiva foi prolatada. Nesse sentido, é o entendimento de Tello Mendoza (2015) e Gelli (2012), os quais salientam que não existe qualquer fundamento convencional que permita afirmar esse efeito *erga omnes* das decisões da Corte IDH para todos os países do SIDH, de modo que os pronunciamentos da Corte IDH, pois, não vinculam os Estados que não foram partes do processo, mas sim apenas possuem um efeito irradiador orientador.

Mencionado entendimento, entretanto, ao negar o caráter obrigatório das decisões da Corte IDH aos demais Estados pertencentes ao sistema, acaba por negar a própria competência do Tribunal Interamericano de intérprete da CADH e dos demais tratados internacionais de direitos humanos, limitando seu papel como promotor de direitos humanos na região, visto que limita sua atuação apenas para regular casos concretos submetidos a sua apreciação (FIX-ZAMÚDIO, 2013).

¹⁴⁵ Os Estados são responsáveis pelo cumprimento das decisões que adquirem a qualidade de coisa julgada, como são as sentenças declarativas e de condenação (de fundo e de reparações) que emite a Corte IDH no exercício de sua função contenciosa, determinando se houve ou não violação de um direito ou de uma liberdade protegida pela CADH (...) (tradução livre).

Por outro lado, também há entendimentos que defendem que as sentenças e opiniões consultivas produzem efeito *erga omnes*. A defesa de referido efeito decorre da ideia de que a interpretação conferida pela Corte IDH às normas convencionais e aos demais tratados de direitos humanos forma o que se denomina de “coisa interpretada”, fato que impede que os Estados membros do SIDH interpretem os direitos previstos nas normas regionais de proteção de direitos humanos de forma diferenciada à interpretação conferida pela Corte IDH (exceto em alguns casos específicos, como se verá no item 4.2.2 desse trabalho).

Tal questão é bastante discutida no âmbito do Sistema Interamericano, a Corte IDH já tendo se pronunciado em várias ocasiões quanto à necessidade de se levar em consideração a interpretação conferida pelo tribunal interamericano na análise do caso concreto¹⁴⁶.

Essa noção deriva da constatação pela doutrina de que as decisões dos organismos internacionais não somente influenciam no caso concreto julgado pelas cortes internacionais, mas transcendem tais casos, sendo aplicadas com cada vez mais frequência pelos tribunais nacionais para a resolução de casos similares (FIX-ZAMÚDIO, 2013). Evidencia-se, ainda, a aceitação de tal eficácia *erga omnes* dos pronunciamentos da Corte IDH pelas cortes constitucionais de mais alta hierarquia de alguns países latino-americanos, como Argentina, Peru, Colômbia, Costa Rica e República Dominicana¹⁴⁷, além de outros.

Importante é entendimento do juiz interamericano Ferrer Mac-Gregor (2013, p. 634),

¹⁴⁶ Destaca-se o estabelecido pela Corte IDH quando do julgamento do Caso Gelman vs. Uruguai, no qual, ao se discorrer acerca da vinculação do Estado às normas convencionais e à necessidade de promoção de um controle de convencionalidade para a adequação da legislação interna à internacional, se pontuou que os Estados “devem ter em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que do mesmo fez a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana” (CORTE IDH, 2011c, parágrafo 193, tradução livre).

¹⁴⁷ Destaca-se a existência de diversos julgados nesse sentido, cabendo citar o estabelecido pela Corte Superior da Costa Rica na Ação de Inconstitucionalidade nº 0421-S-90 (Voto 2312-95) emitida em 09 de maio de 1995, pela qual se consignou que “se a Corte Interamericana de Direitos Humanos é o órgão natural para interpretar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos [...], a força de sua decisão ao interpretar a Convenção e julgar leis nacionais à luz desta norma, seja em um caso contencioso ou em uma mera consulta, terá, a princípio, o mesmo valor que a norma interpretada” (parágrafo VII); o fixado pelo Tribunal Constitucional do Peru no Expediente No. 2730-2006-PA/TC, fundamento 12, proferido em julho de 2006, pelo qual se assentou que “A vinculatoriedade dos acórdãos da [Corte Interamericana] não se esgotam em sua parte resolutive (que, certamente, alcança apenas o Estado que é parte no processo), mas se estende a sua fundamentação ou *ratio decidendi*, com a adição de que, em virtude da [Quarta Disposição Final e Transitória (CDFT)] da Constituição e do Artigo V do Título Preliminar do [Código de Processo Constitucional], em tal âmbito a sentença resulta vinculante para todo o poder público nacional, inclusive naqueles casos em que o Estado peruano não foi parte do processo. Com efeito, a capacidade interpretativa e de aplicação da Convenção que a Corte Interamericana possui, reconhecida no artigo 62.3 de referido tratado, somada ao mandato do CDFT da Constituição, faz com que a interpretação das disposições da Convenção que é realizada em todo processo, seja obrigatório para todas as autoridades públicas internas, incluindo, é claro, este Tribunal”; bem como o assinalado pela Corte Suprema da Argentina, a qual salientou que a jurisprudência firmada pela Corte IDH se trata de uma “pauta de interpretação para os poderes argentinos constituídos no âmbito da sua competência e, conseqüentemente, também para o Supremo Tribunal de Justiça da Nação, com a finalidade de salvaguardar as obrigações assumidas pelo Estado argentino no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos” (Sentencia Mazzeo, Julio Lilo y otros, recurso de casación e inconstitucionalidad. M. 2333. XLII. y otros de 13 de Julio de 2007, párr. 20).

o qual defende que as sentenças interamericanas, ao adquirirem a autoridade de coisa julgada internacional, geram dois efeitos, quais sejam, um efeito direto com relação às partes da controvérsia (*res judicata*) e um efeito interpretativo indireto com relação aos Estados partes da CADH (*res interpretata*), este último referindo-se ao fato de que “*las autoridades nacionales quedan vinculados a la efectividad convencional y, conseqüentemente, al critério interpretativo establecido por la Corte IDH, en tanto estándar mínimo de efectividad de la norma convencional (...)*”¹⁴⁸, vínculo este derivado da obrigação de os Estados respeitarem, garantirem e adequarem seu ordenamento e conduta internos para se atingir os objetivos visados pela Convenção (Art. 1º e 2º da CADH).

Para que se possa compreender a doutrina da coisa interpretada no âmbito do SIDH, é necessário, primeiramente, que se entenda que Convenção Americana, seguida por outras normas, confiou à Corte IDH a atribuição de interpretar e aplicar referida Convenção, de modo que a Corte corresponde, pois, à intérprete oficial e autêntica do tratado americano (GARCÍA RAMÍREZ, 2011).

Diante de tal qualidade, as interpretações realizadas pela Corte IDH acerca dos direitos previstos na CADH e outros tratados, passam, então, a formar parte integrante da Convenção, já que nos casos sucessivos a CADH deve ser lida de modo conforme com a interpretação estabelecida em referidas decisões (AYALA CORAO, 2007). Consoante explica Nogueira Alcalá (2011), detendo a Corte o papel de interpretar os direitos previstos na CADH, bem como nos demais tratados de direitos humanos, a *ratio decidendi* dos casos contenciosos submetidos à apreciação da Corte e das decisões proferidas nas opiniões consultivas acabam por determinar o sentido e alcance das normas convencionais e demais instrumentos complementares.

Nesse sentido, em razão de a interpretação conferida pela Corte IDH a algum direito convencional tornar-se parte da própria CADH, a inobservância por algum Estado de tal interpretação implicaria, na realidade, uma inobservância às próprias normas convencionais. Referido entendimento, inclusive, restou consolidado por meio da OC nº 05/85, pela qual se salientou que, em sendo a Corte IDH o órgão naturalmente responsável pela interpretação da CADH, deve ser atribuído a seus pronunciamentos, seja em casos contenciosos seja em casos consultivos, o valor de norma interpretada, gerando obrigações para todos (CORTE IDH, 1985).

¹⁴⁸ [...] as autoridades nacionais ficam vinculadas à efetividade convencional e, conseqüentemente, ao critério interpretativo estabelecido pela Corte IDH, enquanto padrão mínimo de efetividade da norma convencional (...) (tradução livre).

Defende-se, ainda, que esse papel interpretativo exercido pela Corte não se restringe somente às normas contidas na CADH, a Corte IDH também possuindo competência para interpretar disposições sobre direitos humanos que figurem em outros tratados internacionais, desde que aplicáveis aos países da América (GARCÍA RAMÍREZ, 2011). Nesse sentido foi o entendimento firmado pela Corte na Opinião Consultiva 1-82 (1982, parágrafo 42), na qual expressamente se consignou que “*excluir, a priori, de su competencia consultiva tratados internacionales que obliguen, a Estados americanos, en materias concernientes a la protección de los derechos humanos, constituiría una limitación a la plena garantía de los mismos*”¹⁴⁹.

De tal forma, ante a aplicação da doutrina da “coisa interpretada”, as sentenças e opiniões consultivas da Corte IDH estabelecem os critérios com que se interpretam direitos fundamentais no âmbito dos Estados partes da CADH, da *ratio decidendi* derivando essa qualidade de “coisa interpretada” que deve ser seguida pelos Estados no cumprimento de suas obrigações internacionais (exceto em casos justificados, como se verá no item 4.2.2 desse trabalho, quando se analisa a técnica da margem de apreciação nacional).

Tais pronunciamentos, pois, além de gerarem efeitos diretos para o Estado no caso concreto, têm um efeito indireto ou interpretativo muito mais amplo contido em sua *ratio decidendi* (NOGUEIRA ALCALÁ, 2011), vinculando não somente os Estados que atuaram como partes em um procedimento contencioso ou consultivo ou os países que aceitaram expressamente a competência da Corte IDH, mas também todos os países pertencentes ao SIDH, visto que a jurisprudência da Corte IDH produziria um efeito geral e indireto a tais países (GARCÍA RAMÍREZ, 2011).

Isso porque, consoante já referido, os Estados, ao assumirem no exercício de sua soberania o compromisso de velar pelas normas convencionais, acabaram por também, mesmo que indiretamente, submeterem-se à interpretação pelo Tribunal Interamericano conferida aos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, por ser ele o intérprete autêntico das normas interamericanas relacionadas à proteção dos direitos humanos (GARCÍA RAMÍREZ, 2011). Os países que compõem o sistema acabam por obrigar-se, nesse sentido, a aplicar não somente a norma convencional, mas também a “norma convencional interpretada” (*res interpretata*), ou seja, o padrão mínimo fixado pela Corte IDH para resolver a controvérsia e lograr a efetividade regional de proteção dos direitos

¹⁴⁹ [...] excluir, a priori, de sua competência consultiva tratados internacionales que obliguen, a Estados Americanos, en materias concernientes a protección dos direitos humanos, constituiría uma limitação à plena garantia dos mesmos (tradução livre).

humanos (FERRER MAC-GREGOR, 2013).

Ao gerar efeitos a todos (*erga omnes*), a interpretação dos fatos, o valor das provas e o valor dos artigos da Convenção, entre outras questões, passam a ter efeito de coisa julgada também frente a casos futuros (ORTIZ TORRICOS, 2014), fato que acaba por contribuir para o respeito aos compromissos assumidos pelos Estados quando da ratificação da CADH, promovendo critérios interpretativos das normas convencionais, destinados a evitar futuras violações a direitos humanos na região.

Frisa-se que o entendimento exposto não implica a afirmação de que a Corte IDH, sob o aspecto formal, se constitui a corte revisora das decisões proferidas pelo Poder Judiciário dos Estados nacionais que se submetem a sua jurisdição. Como já salientado, não há uma relação de hierarquia entre cortes, já que a primeira apenas atua de forma complementar à segunda, exigindo o esgotamento dos recursos internos. O que se afirma é que a jurisprudência da Corte IDH se faz indiretamente presente em todo e qualquer âmbito, pois o descumprimento ao por ela estabelecido pode implicar que a Corte se pronuncie contra a violação e condene o Estado por tal violação.

De tal forma, apesar de a Corte IDH não deter competência para invalidar decisões nacionais, sua jurisprudência pode levar à condenação do Estado que toma uma decisão contrária a seus precedentes, em virtude de estes formarem “coisa julgada internacional” com caráter vinculante (CONCI, 2014). Alia-se ao entendimento de Conci (2012), o qual assevera que mesmo que a Corte IDH não seja corte revisora dos julgados proferidos em sede nacional, no caso de se verificar a incongruência do julgado, com o desrespeito a direitos humanos, argumentos relativos ao respeito ao direito nacional, à formação de coisa julgada, ou à contrariedade entre o DIDH e a Constituição, não podem ser reputados como juridicamente válidos, não afastando a aplicação da legislação internacional. A decisão da Corte, embora não anule o julgado, pode, nesse sentido, levar à responsabilização do Estado infrator.

Diante da doutrina da coisa interpretada, Nogueira Alcalá (2011) bem pontua que não somente o conteúdo da CADH, da Declaração Americana sobre Direitos Humanos, do Protocolo de São Salvador e de instrumentos complementares, mas também a jurisprudência da Corte IDH, constituem o acervo básico da *opinio communis* interamericano, em face da qual não podem ser opostas as peculiaridades ou identidades nacionais não aceitas pela própria Corte IDH. Compondo a *opinio communis* exige-se que a linha jurisprudencial dos órgãos jurisdicionais internacionais sirva de guia interpretativo às decisões dos órgãos jurisdicionais internos, processo este que ocorre por meio dos sistemas de controle de convencionalidade e interpretação conforme, como se verá no próximo tópico.

Tal entendimento tem sido ainda reforçado pelos juízes de alguns Estados latino-americanos, os quais, além de ressaltarem a necessidade de leitura conjunta das normas nacionais e normas interamericanas, destacam que a interpretação da norma convencional pela Corte IDH deve sempre ser observada pelos juízes nacionais no processo de análise dos casos concretos a eles submetidos, ante o fato de que, sendo a Corte IDH responsável primária pela interpretação das normas convencionais, suas decisões (sejam nos casos contenciosos ou consultivos) possuem efeito de coisa interpretada¹⁵⁰.

A “coisa interpretada” promove, por conseguinte, meios para o estabelecimento de um diálogo na região, justamente em razão de levar à formação de um *ius commune* interamericano, mediante a fixação de um padrão mínimo a ser assegurado em toda a região, que nenhum estado pode vulnerar (NOGUEIRA ALCALÁ, 2011). Ao exigir que os órgãos judiciais estatais, quando da análise do caso concreto, observem não somente normas regionais de proteção dos direitos humanos, mas também a interpretação conferida a tais normas pela Corte IDH, a doutrina indiretamente ressalta a obrigação de um contínuo contato das cortes nacionais com os julgados do Tribunal Interamericano.

Ainda, a doutrina em evidência acaba também por exigir o constante contato da Corte IDH com os pronunciamentos das cortes constitucionais nacionais. Isso porque, como já destacado no tópico anterior desse trabalho, apesar de as interpretações realizadas pela Corte IDH formarem “coisa interpretada” e de ser referida corte quem possui a função primária de interpretar a CADH, ainda assim a interpretação conferida pelo Tribunal Interamericano às normas convencionais possui o condão de ser superada.

Assim defende García Ramírez (2011), o que ressalta, ainda, que a única restrição a tal permissivo é que a possibilidade de divergência de interpretações apenas pode se operar, entretanto, quando os atos e decisões nacionais reconheçam aos indivíduos maiores direitos e

¹⁵⁰ Vislumbra-se a existência de diversos pronunciamentos judiciais de distintas cortes pertencentes ao Sistema Interamericano de proteção dos Direitos Humanos que afirmam a imprescindibilidade do diálogo como forma de harmonização. Nesse sentido, destaca-se: a) Caso *Productos Avon S.A.*, cuja sentença proferida em 1999 pela Corte Suprema da República Dominicana criou um recurso para a proteção dos Direitos Humanos com base na CADH; b) Sentença C-004/2003 da Corte da Colômbia, na qual se determinou que além das causas de procedibilidade do recurso de revisão previstos no CPP Colombiano, deveria ser acrescentada uma nova, possibilitando o recurso quando houvesse uma condenação internacional que ordenasse a revisão da sentença nacional; c) Sentenças 2313-1995, C-010/2000, C-406/1996 e T-568/1999 da Corte Constitucional Colombiana, na qual se reconheceu que as decisões da Corte IDH (seja no caso contencioso ou consultivo) fazem coisa interpretada, devendo sempre ser levadas em consideração na interpretação constitucional; d) Sentença 2730-06-PA/TC, do Tribunal Constitucional do Peru, pela qual se sedimentou que a *ratio decidendi* das decisões proferidas pela Corte IDH possui força vinculante; e) Sentença 2006-13381-27-RAC, do Tribunal Constitucional da Bolívia, na qual se reconheceu que as decisões da Corte IDH compõem o bloco de constitucionalidade da carta constitucional boliviana; f) Sentenças proferidas no Caso *Expósito* (004), Caso *Simón* (2005), Caso *Acosta* (1998), Caso *Bramajo* (1996) e outros da Corte Suprema da Argentina, pela qual se ressaltou a necessidade de cumprir as obrigações fixadas pela Corte IDH e de observar a jurisprudência por ela criada no exercício de interpretação convencional; entre outros.

liberdades, já que a interpretação conferida pela Corte IDH é tão somente o “piso” dos direitos humanos no SIDH.

Desta feita, observa-se que a competência interpretativa da Corte IDH não afasta o poder de os Estados também interpretarem a CADH, desde que a interpretação se dê com relação a hipóteses em que não há jurisprudência anterior da Corte IDH, e que não entre em conflito com os direitos previstos nos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos na região (GARCÍA RAMÍREZ, 2011). A eficácia interpretativa das sentenças e opiniões consultivas da Corte IDH é, dessa forma, apenas relativa, possibilitando-se certa margem interpretativa nacional. Como pontuado por Ferrer Mac-Gregor (2013, p. 654):

[...] al solo limitarse a la “jurisprudencia interamericana”, es decir, a la “norma convencional interpretada” y no así a la totalidad del fallo, esta eficacia interpretativa es “relativa”, en la medida en que se produce siempre y cuando no exista una interpretación que otorgue mayor efectividad a la norma convencional en el ámbito nacional. Esto es así, ya que las autoridades nacionales pueden ampliar el estándar interpretativo; incluso, pueden dejar de aplicar la norma convencional cuando exista otra norma nacional o internacional que amplie la efectividad del derecho o libertad en juego, en términos del artículo 29 de la Convención Americana.¹⁵¹

Portanto, apesar de a maior parte da doutrina se referir a esse processo de aplicação pelos juízes nacionais das normas e jurisprudência internacional, também se estabelece a obrigatoriedade de a Corte IDH levar em consideração o direito interno dos ordenamentos latino-americanos para a prolação de decisões e opiniões consultivas. A observância da jurisprudência nacional pelo Tribunal Interamericano promove uma influência constante e recíproca entre os tribunais interamericanos, ou seja, leva ao estabelecimento de um diálogo na região (FIX-ZAMÚDIO, 2013).

Dessarte, o diálogo entre a Corte IDH e as jurisdições nacionais, a despeito de conter caráter de verticalidade, conduz a um diálogo interjudicial em sentido estrito, diante da obrigatoriedade de os juízes nacionais observarem as normas convencionais e a interpretação a elas conferida pela Corte IDH (coisa interpretada), concomitantemente com a exigência de que o Tribunal Interamericano cite as legislações domésticas e a jurisprudência interna para justificar suas decisões e quando se observa que essas são mais favoráveis ao indivíduo.

Essa obrigatoriedade de observação às decisões da Corte IDH acaba por exigir o constante contato dos juízes nacionais com os internacionais, para a identificação da

¹⁵¹ [...] ao somente limitar-se à “jurisprudência interamericana”, ou seja, à “norma convencional interpretada” e assim à totalidade da decisão, essa eficácia interpretativa é “relativa”, na medida em que se produz sempre e quando não exista uma interpretação que outorgue maior efetividade à norma convencional no âmbito nacional. Isso é assim já que as autoridades nacionais podem ampliar o padrão interpretativo; inclusive, podem deixar de aplicar a norma convencional quando exista outra norma nacional ou internacional que amplie a efetividade do direito ou liberdade em jogo, nos termos do artigo 29 da Convenção Americana (tradução livre).

interpretação a ser conferida aos direitos humanos em casos concretos, fato que concretiza a exigência da promoção de constantes comunicações, de um diálogo em sentido estrito, entre as cortes constitucionais nacionais e o Tribunal Interamericano.

4.2 FERRAMENTAS PARA O DIÁLOGO

No contexto da obrigatoriedade e da bidirecionalidade identificadas na primeira parte desse capítulo, surge o diálogo. Entretanto, em que pese a constatação dessa obrigatoriedade no SIDH, salienta-se que não há como se proceder à constante comunicação sem que haja a delimitação de processos específicos para sua realização.

Nesse tocante, identificada a existência de um vínculo jurídico e de normas regionais e entendimentos específicos que delimitam a obrigatoriedade da promoção do diálogo em sentido estrito no SIDH, cumpre ainda demonstrar quais as principais ferramentas e técnicas que têm sido utilizadas pelos juízes interamericanos para garantir a aplicação comum dos direitos humanos na região, mormente em razão de ser por meio destas que efetivamente se promove o diálogo no SIDH.

Com relação às ferramentas utilizadas no âmbito do SIDH para garantir a observância às normas regionais pelos países que compõem o sistema, salienta-se que estas se referem ao controle de convencionalidade e à interpretação conforme. Correspondem elas, como será demonstrado, a mecanismos que promovem condições para a constante harmonização dos ordenamentos jurídicos interamericanos no processo de cumprimento da obrigação geral de adaptação das normas e interpretações internas às normas regionais e, com isso, garantir o próprio efeito útil dos dispositivos convencionais. Sua análise no contexto do SIDH é fundamental para a compreensão do modo de em que o diálogo é promovido na região, razão pela qual se efetua, no decorrer deste tópico, uma análise aprofundada do surgimento de tais ferramentas no SIDH, das principais características das mesmas e de como ela levam ao diálogo entre cortes nacionais e a Corte IDH.

Já no que se refere às técnicas utilizadas para incentivar a promoção do diálogo, destaca-se a técnica da margem de apreciação nacional, a qual, apesar de ainda não deter grande aplicabilidade no SIDH, não pode ser ignorada, ante sua importância para garantir que o diálogo seja promovido de forma recíproca e com a observância às condições particulares de cada Estado. Sua importância cinge no fato de referida técnica identificar questões consideradas fundamentais neste trabalho, pelo qual se destaca que no contexto atual há uma

necessidade premente de integração jurídica entre distintas ordens, integração esta, contudo, que não pode implicar a subsunção das ordens nacionais às regionais, consoante visto no primeiro capítulo dessa dissertação.

Desta feita, passa-se à análise de supramencionadas ferramentas e referida técnica da margem de apreciação nacional, para o fim de identificar a importância das mesmas para a compreensão do instituto do diálogo em sentido estrito promovido no SIDH.

4.2.1 Controle de Convencionalidade e Interpretação Conforme

A afirmação de que os Estados nacionais encontram-se vinculados à CADH e aos demais tratados de direitos humanos na região, bem como a conclusão de que as sentenças e opiniões consultivas do Tribunal Interamericano possuem caráter vinculante *erga omnes*, de modo que os juízes nacionais devem levar em consideração os pronunciamentos de referido órgão judicial quando do julgamento de casos concretos submetidos a sua análise (ante a formação de “coisa interpretada internacional”), encontram estreita ressonância com os mecanismos do controle de convencionalidade e da interpretação conforme, servindo de parâmetro para os mesmos (ALCALÁ, 2011).

Surgidas em um sistema jurídico-político construído a partir de vontades soberanas, referidos mecanismos correspondem às principais ferramentas utilizadas para o atendimento à obrigação imposta às autoridades judiciais, seja no âmbito regional ou nacional, de exercerem um controle sobre as normas, contrastando se a normativa interna de um Estado é compatível ou não com a CADH ou com outros tratados de direitos humanos aplicáveis na região e, ainda, com a interpretação dada pela Corte IDH às normas convencionais (ORTIZ TORRICOS, 2014).

A diferença entre as ferramentas é sutil, podendo-se inclusive afirmar que a interpretação conforme é apenas um desdobramento do controle de convencionalidade. Há distinções, contudo, a diferença essencial entre as duas ferramentas residindo nas consequências do processo de controle.

Explica-se: no caso de se verificar, ante a comparação de uma norma ou prática interna a uma norma convencional ou à interpretação conferida a tal norma pela Corte IDH, que as normas ou práticas são totalmente incompatíveis, impõe-se ao Estado, por meio do controle de convencionalidade, a tomada de medidas necessárias para expulsar referida norma do ordenamento jurídico ou para obstar a prática considerada inconveniente; por outro lado, no caso de se verificar a incompatibilidade parcial, exige-se apenas, ante a aplicação da

doutrina da interpretação conforme, que o Estado nacional, quando da aplicação da norma interna, a interprete de forma consonante com a norma ou interpretação internacional. O exercício da verificação da compatibilidade interna com o ordenamento internacional pode deter, portanto, dois resultados: um repressivo ou destrutivo, que leva à declaração da inconvenção, e um positivo ou construtivo, destinado a fazer com que o direito interno seja interpretado em conformidade com o internacional, para harmonizar os ordenamentos jurídicos do SIDH (PEDRO SAGÜES, 2013).

Ambas as ferramentas surgem no contexto da busca de convergência entre as ordens judiciais internas e a ordem regional, constituindo instrumentos hábeis de coordenação do contato promovido entre o sistema regional de proteção dos direitos humanos e os direitos constitucionais (CONCI, 2012). Ao viabilizarem tal contato entre o direito interno e o direito regional, ou seja, ao constituírem-se como ferramentas destinadas à articulação entre diferentes cortes, acabam por se constituírem, concomitantemente, como ferramentas indispensáveis para a promoção do diálogo interjudicial em sentido estrito no âmbito do SIDH, promovendo meios para a consolidação de um *ius commune* na região (FERRER MAC-GREGOR; HERRERA GARCÍA, 2013).

Por meio de referidas ferramentas, portanto, promovem-se condições à congruência entre distintas ordens jurídicas (GARCÍA RAMÍREZ, 2011), possibilitando a concretização de um diálogo entre cortes nacionais e a Corte IDH e, em consequência, promovendo maiores condições para a efetiva proteção dos direitos humanos no SIDH, já que possibilitam uma convergência de interpretações em tal matéria no sistema.

Dessarte, tendo em vista a correlação entre tais ferramentas, as quais se constituem como procedimentos específicos para a concretização do diálogo entre as cortes nacionais e a Corte IDH, serão elas estudadas conjuntamente, para a identificação de como tais ferramentas promovem meios para o constante contato entre as cortes nacionais e o Tribunal Interamericano, bem como para demonstrar como elas têm sido utilizadas no SIDH.

4.2.1.1 O desenvolvimento das ferramentas do controle de convencionalidade e interpretação conforme pela jurisprudência: noções e características essenciais

A obrigatoriedade da utilização do controle de convencionalidade e da doutrina da interpretação conforme como ferramentas para uma maior proteção dos direitos humanos decorre da necessidade de observância, pelos Estados que compõem o SIDH, das normas convencionais e dos pronunciamentos da Corte IDH (necessidade esta discutida em tópico

anterior)¹⁵², ante a assunção por referidos Estados da obrigação de honrar os compromissos firmados no cenário internacional (BAZAN, 2011).

Conforme visto em tópico anterior, a CADH, os tratados complementares de proteção dos direitos humanos e a jurisprudência da Corte IDH formam o piso de proteção dos direitos humanos no SIDH, piso este que constitui o “bloco de convencionalidade” do sistema, ou seja, o “paradigma de controle de validade de atos em sentido *lato* (sentenças, leis, atos administrativos, Constituições) expedidos pelos Estados nacionais submetidos ao sistema americano de direitos humanos” (CONCI, 2013, p. 76).

Referido bloco de convencionalidade corresponde ao parâmetro de controle da legitimidade do ordenamento jurídico interno (ALCALÁ, 2011), o qual é realizado por meio do controle de convencionalidade e da interpretação conforme, as quais se referem a ferramentas desenvolvidas no âmbito do SIDH justamente ante a constatação da necessidade do estabelecimento de procedimentos específicos para assegurar a observância às normas componentes do bloco de convencionalidade do sistema.

As ferramentas em enfoque se constituem, pois, como mecanismos úteis, adequados e necessários para o cumprimento e a devida implementação das diretrizes contidas nas normas regionais e nos pronunciamentos do Tribunal Interamericano (FERRER MAC-GREGOR, 2013), vinculando-se à necessidade de os Estados conformarem seus atos internos aos compromissos por eles internacionalmente assumidos, de modo a evitar sua responsabilização internacional e para o fim da sustentabilidade do próprio sistema de proteção interamericano (BAZAN, 2013). Nesse sentido destaca Sérgio García Ramírez (CORTE IDH, 2006e, parágrafo 8):

[...] no cabría esperar que ésta [la Corte IDH] se viese en la necesidad de juzgar centenares o millares de casos sobre un solo tema convencional – lo que entrañaría un enorme desvalimiento para los individuos –, es decir, todos los litigios que se presenten en todo tiempo y en todos los países, resolviendo uno a uno los hechos violatorios y garantizando, también uno a uno, los derechos y libertades particulares. La única posibilidad tutelar razonable implica que una vez fijado el ‘criterio de interpretación y aplicación’, éste sea recogido por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico: a través de políticas, leyes, sentencias que den transcendencia, universalidad y eficacia a los pronunciamientos de la Corte constituida – insisto – merced a la voluntad soberana de los Estados y para servir a decisiones fundamentales de éstos, explícitas en sus constituciones nacionales y, desde luego, en sus compromisos convencionales internacionales.¹⁵³

¹⁵² Vide item 4.1.3 deste trabalho.

¹⁵³ [...] não cabia esperar que esta (a Corte IDH) se visse na necessidade de julgar centenas ou milhares de casos sobre um só tema convencional – o que estranharia um enorme desvalimiento para os indivíduos –, é dizer, todos os litígios que se apresentam em todo o tempo e em todos os países, resolvendo um a um os feitos violatórios e garantindo, também um a um, os direitos e liberdade particulares. A única possibilidade tutelar razoável implica que uma vez fixado o critério de interpretação e aplicação, este seja reconhecido pelos Estados no conjunto de seu aparelho jurídico: através de políticas, leis, sentenças que deem transcendência, universalidade e eficácia aos

Insta acentuar que como visto no t3pico 4.1.2 deste trabalho, h3 diversas normas que fundamentam o controle de convencionalidade e a interpreta33o conforme no sistema interamericano, estas correspondendo essencialmente, mas n3o exclusivamente, aos art. 1.1, 2 e 29 da CADH e art. 26 e 27 da CVDT, sobretudo diante do fato de tais normas exigirem a adapta33o do ordenamento interno 33 interpreta33o conferida pela Corte IDH aos direitos humanos, como meio de garantir o efeito 33til das disposi33es convencionais no plano dos direitos internos¹⁵⁴. Ainda, a exig33ncia de aten33o ao *pacta sunt servanda*, ao cumprimento de boa-f3e, e 33 impossibilidade de invocar disposi33es do direito interno para justificar o descumprimento de tratados internacionais (Art. 26, 31.1 e 27 da Conven33o de Viena), implicam a necessidade de realiza33o do controle de convencionalidade e da interpreta33o conforme como meio de efetiva prote33o dos direitos humanos na regi33o (BAZAN, 2011).

Para que se possa entender em que sentido os institutos do controle de convencionalidade e da interpreta33o conforme promovem meios para o constante contato entre as cortes nacionais e o Tribunal Interamericano, 3e necess33rio que sejam realizadas algumas constata33es iniciais, identificando como tais ferramentas surgiram no cen33rio interamericano, delimitando a abrang33ncia das mesmas e verificando em que 33mbitos se desenvolvem.

A compreens33o de tais quest33es auxilia na identifica33o das caracter33sticas essenciais das ferramentas sob enfoque e, em consequ33ncia, delineam como a intera33o entre cortes constitucionais e a Corte IDH 3e promovida.

A express33o controle de convencionalidade foi primeiramente introduzida no cen33rio interamericano a partir de votos isolados do ex-Presidente da Corte IDH, o ministro S3ergio Garc33a Ram33rez, o qual utilizou-se, pela primeira vez, da express33o “controle de convencionalidade”, no julgamento do Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala (CORTE IDH, 2003). Em referido julgado, o ministro referiu-se 33 responsabilidade global do Estado,

pronunciamentos da Corte constitu33da – insisto – 33 merc3e da vontade soberana dos Estados e para servir a decis33es fundamentais deles, expl33citas em suas Constitui33es nacionais e, desde lodo, em seus compromissos convencionais internacionais (tradu33o livre).

¹⁵⁴ Nesse sentido, destaca-se o pontuado no par33grafo 87 do Caso “*La 33ltima Tentaci33n de Cristo*” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile (2001): “87. *En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convenci33n Americana establece la obligaci33n general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convenci33n, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del effet utile). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convenci33n sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jur33dico interno, tal como lo requiere el art33culo 2 de la Convenci33n. Dichas medidas s3o son efectivas cuando el Estado adapta su actuaci33n a la normativa de prote33o de la Convenci33n*”.

assinalando que este não se pode subtrair “*de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del ‘control de convencionalidad’ que trae consigo la jurisdicción de la Corte Internacional*”¹⁵⁵.

Além da referência ao controle de convencionalidade em tal caso, o ministro Sérgio García Ramírez também fez alusão a tal instituto em outras ocasiões, como no Caso Tibi vs. Equador (CORTE IDH, 2004), no Caso López Álvarez vs. Honduras (CORTE IDH, 2006d) e no Caso Vargas Areco vs. Paraguai (CORTE IDH, 2006f), entre outros, nos quais ressaltou a importância do controle de convencionalidade, motivo pelo qual se considera que tal jurista é o precursor principal na utilização do termo (BAZAN, 2015).

Em que pese tal fato, denota-se que a Corte, entretanto, apenas começou a aplicar a expressão “controle de convencionalidade” no sentido destacado no tópico anterior, ou seja, como um mecanismo de averiguação da compatibilidade entre as normas internas e as normas convencionais, a partir do Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile (CORTE IDH, 2006a), a partir do qual a Corte IDH precisou seus principais elementos, sedimentando no parágrafo 124 da sentença que

*[...] el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.*¹⁵⁶

No caso citado, a Corte IDH passou a desenvolver as linhas mestras do controle de convencionalidade, definindo um modelo repressivo de controle que deve ser levado a cabo no SIDH (CONCI, 2014). Pela primeira vez estabeleceu-se a obrigatoriedade da realização do controle de convencionalidade e fixou-se, ainda, que o controle deve ser realizado não somente com relação às normas da CADH, mas também no tocante à jurisprudência da Corte IDH. Destaca-se, ainda, que somente a partir do caso em questão estabeleceu-se à possibilidade (e necessidade) de os juízes nacionais efetuarem o controle, já que até então este era de incumbência própria da Corte IDH.¹⁵⁷

Além de referido caso, frisa-se a importância do Caso *Trabajadores cesados del*

¹⁵⁵ [...] de este regime convencional de responsabilidad, deixando suas atuações fora do ‘controle de convencionalidade’ que traz consigo a jurisprudência da Corte Internacional (tradução livre).

¹⁵⁶ [...] o Poder Judicial deve exercer uma espécie de controle de convencionalidade entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos à Convenção Americana de Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judicial deve ter em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana (tradução livre).

¹⁵⁷ Destaca-se que após o julgamento proferido no Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile (CORTE IDH, 2006a), os elementos essenciais do controle de convencionalidade foram reafirmados em outros casos, como no Caso La Cantuta vs. Peru (CORTE IDH, 2006c, parágrafo 173).

Congresso vs. Peru (CORTE IDH, 2006e), este considerado paradigmático, tendo em vista que além de estabelecer mais especificamente a necessidade de os juízes nacionais realizarem tal controle (visto que tal obrigação foi fixada genericamente no caso anterior), fixou a obrigatoriedade de os órgãos do Poder Judiciário interno exercerem de ofício o controle de convencionalidade, no marco de suas competências e regulações processuais correspondentes (ORTIZ TORRICOS, 2014)¹⁵⁸, bem como admitiu que o controle interno deve ser exercido dentro do marco das respectivas competências de cada juiz, considerando os pressupostos materiais de admissibilidade e procedência.

Ante tal admissão, evidencia-se que a Corte IDH manteve-se atenta para a necessidade de que cada Estado do SIDH disponha, soberanamente, com relação às ferramentas a serem utilizadas e ao modo de realização do controle de convencionalidade e de cumprimento das decisões internacionais (CONCI, 2012).

Após tais julgados, foram proferidos diversos outros destinados a ressaltar a importância e a imprescindibilidade do exercício do controle de convencionalidade. Nesse sentido, destaca-se o Caso *Boyce y otros vs. Barbados* (CORTE IDH, 2007), pelo qual se firmou concretamente de que forma deve ser implementado o controle de convencionalidade pelos juízes nacionais, ressaltando-se a necessidade de estes efetuarem, no exercício de sua competência jurisdicional, não apenas um controle de constitucionalidade, mas também de convencionalidade¹⁵⁹.

Do mesmo modo, frisa-se a importância do Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (CORTE IDH, 2010a) também considerado de essencial importância para o desenvolvimento da ferramenta em questão, visto que por meio dele a Corte IDH ampliou a vinculação dos sujeitos encarregados de levar adiante o controle de convencionalidade, determinando a necessidade de sua efetivação não somente pelos juízes, mas também por

¹⁵⁸ Nesse sentido, foi o estabelecido no parágrafo 128 do Caso *Trabajadores Cesados do Congresso vs. Peru*: “Quando um Estado ratifica um tratado internacional, como a Convenção Americana, seus juízes também estão sujeitos a ela, o que os obriga a garantir que o efeito útil da Convenção não seja diminuído ou anulado pela aplicação de leis contrárias às suas disposições, objeto e fim. Em outras palavras, os órgãos do Poder Judiciário devem exercer não só o controle de constitucionalidade, mas também “de convencionalidade” *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no âmbito das respectivas competências e das correspondentes regulações processuais” (CORTE IDH, 2006e, parágrafo 128, tradução livre). Do mesmo modo, restou consignada a imprescindibilidade de exercício de ofício do controle de convencionalidade nos casos *Heliodoro Portugal vs. Panamá* (CORTE IDH, 2008a, parágrafo 180); *Radilla Pacheco vs. México* (CORTE IDH, 2009, parágrafo 339); *Fernández Ortega y otros vs. México* (CORTE IDH, 2010d, parágrafo 236); *Rosendo Cantú y otra vs. México* (CORTE IDH, 2010h, parágrafo 219); e *Liakat Ali Alibux vs. Suriname* (CORTE IDH, 2014b, parágrafo 151).

¹⁵⁹ Nesse sentido, foi o estabelecido nos parágrafos 77 a 80 da sentença proferida pela Corte IDH, em 2007, no julgamento do Caso *Boyce y otros vs. Barbados* (CORTE IDH, 2007).

todos os órgãos encarregados da administração da justiça¹⁶⁰.

Ainda, ressalta-se a imprescindibilidade do Caso *Gelman vs. Uruguai* (CORTE IDH, 2011c), pelo qual se firmou que o controle de convencionalidade é uma obrigação de toda autoridade pública, e não somente do Poder Judicial¹⁶¹; do Caso *Gudiel Álvarez y otros vs. Guatemala* (CORTE IDH, 2012e), o qual ressaltou a imprescindibilidade de entender como parâmetro de convencionalidade não apenas o estabelecido na CADH, mas também as normas de outros tratados de direitos humanos¹⁶²; da Opinião Consultiva OC-21 (2014d), a partir da qual se firmou que o controle de convencionalidade deve ser exercido não somente sobre a base do firmado nos casos contenciosos submetidos à Corte IDH, mas também sobre o firmado no exercício de sua competência consultiva; do Caso *Radilla Pacheco vs. México* (CORTE IDH, 2010) e do Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* (CORTE IDH, 2012b), de extrema relevância para o entendimento da doutrina da interpretação conforme, visto que firmaram o entendimento de que as normas nacionais devem ser sempre interpretadas em consonância com a CADH e com a jurisprudência da Corte IDH¹⁶³; e do Caso *Masacre de Santo Domingo vs. Colômbia* (CORTE IDH, 2012c), pelo qual se ressaltou a subsidiariedade do sistema contencioso internacional, firmando que o Estado deve ser o primeiro a levar a efeito o controle de convencionalidade¹⁶⁴, entre outros, a partir dos quais as discussões acerca da possibilidade e necessidade de promoção do controle de convencionalidade e da interpretação conforme alcançaram sua expressão máxima.

Pontua Ferrer Mac-Gregor (2013), que em mais de vinte casos contenciosos a Corte IDH se pronunciou sobre algum aspecto do controle de convencionalidade ou da interpretação conforme, sendo possível verificar pronunciamentos nesse sentido com relação a casos em que figuravam como parte a Argentina, Barbado, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Guatemala, México, Panamá, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela.¹⁶⁵ As ferramentas em

¹⁶⁰ Nesse sentido, foi o estabelecido no parágrafo 225 do julgamento do Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (CORTE IDH, 2010a, parágrafo 225), no Caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname* (CORTE IDH, 2014b, parágrafo 151) e no Caso *Personas Dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana* (CORTE IDH, 2014a, parágrafo 311).

¹⁶¹ Trata-se de entendimento firmado no parágrafo 239, do mencionado caso, além de também ser evidente em outros casos posteriores, como se verifica da análise do parágrafo 497 do Caso de *Personas Dominicanas e Haitianas expulsadas vs. República Dominicana* (CORTE IDH, 2014a) e dos parágrafos 213 e 244 do Caso *Rochac Hernández y otros vs. El Salvador* (CORTE IDH, 2014c).

¹⁶² Vide parágrafo 330 do caso citado. Destaca-se que tal entendimento foi também salientado no Caso *Masacres de Río Negro vs. Guatemala* (CORTE IDH, 2012f, parágrafo 262).

¹⁶³ Vide parágrafos 338 e 284, respectivamente.

¹⁶⁴ Nesse sentido, vide os parágrafos 142 a 144 da sentença proferida em mencionado caso.

¹⁶⁵ Destacam-se, nesse sentido, os seguintes casos: Caso *Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina* (CORTE IDH, 2011b, parágrafos 93, 94 e 113); Caso *Furlan y Familiares vs. Argentina* (CORTE IDH, 2012b, parágrafos 303 a 305); Caso *Boyce y otros vs. Barbados* (CORTE IDH, 2007, parágrafo 79); Caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia* (CORTE IDH, 2010f, parágrafo 202); Caso *Gomes Lund y otros vs. Brasil* (CORTE IDH, 2010e,

questão, portanto, tiveram um amplo desenvolvimento a partir dos progressivos pronunciamentos da Corte, evidenciando-se a tendência de se consagrar a obrigatoriedade de promoção do controle e da interpretação conforme de ofício não somente pelos juízes nacionais, mas também por todos os órgãos encarregados da administração da justiça e por todas as autoridades públicas, bem como de sua realização por meio da utilização não somente da CADH como base, mas também de outros tratados internacionais de direitos humanos e da jurisprudência da Corte IDH.

Além disso, consoante destacado no Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (CORTE IDH, 2010a, parágrafos 226 a 232), bem como na Supervisão do cumprimento da sentença proferida no Caso *Gelman vs. Uruguai* (CORTE IDH, 2011c, parágrafos 75 a 86), evidencia-se que os tribunais de mais alta hierarquia da região tem se referido ao controle de convencionalidade e à interpretação conforme, tendo em conta os entendimentos firmados pela Corte IDH.¹⁶⁶

Por meio dos julgados acima destacados, denota-se, pois, a relevância do controle de convencionalidade e da interpretação conforme para a promoção do diálogo, por exigirem eles a constante necessidade de adaptação do ordenamento jurídico interno às normas convencionais e à interpretação conferida pela Corte IDH a tais normas. É possível subtrair de dos pronunciamentos acima, ainda, algumas noções essenciais para a compreensão do funcionamento de tais ferramentas e das possibilidades de utilização das mesmas.

Nesse tocante, destaca-se ser possível constatar que o controle de convencionalidade e a interpretação conforme, são ferramentas que devem ser utilizadas tanto pela Corte IDH,

parágrafos 49 e 106); Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (CORTE IDH, 2006a, parágrafo 124); Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* (CORTE IDH, 2012b, parágrafos 282 a 284); Caso *Manuel Cespada Vargas vs. Colombia* (CORTE IDH, 2010g, parágrafo 213); Caso *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia* (CORTE IDH, 2012c, parágrafos 142 a 144); Caso *Masacres de Rio Negro vs. Guatemala* (CORTE IDH, 2012f, parágrafo 262); Caso *Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala* (CORTE IDH, 2012e, parágrafo 330); Caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* (CORTE IDH, 2009, parágrafo 339); Caso *Fernández Ortega e otros vs. México* (CORTE IDH, 2010d, parágrafos 236 e 237); Caso *Rosendo Cantú y outra vs. México* (CORTE IDH, 2010h, parágrafos 219 e 220); Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (CORTE IDH, 2010^a, parágrafos 21 e 225 a 233); Caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá* (CORTE IDH, 2008a, parágrafo 180); Caso *Vélez Lóor vs. Panamá* (CORTE IDH, 2010i, parágrafo 287); Caso *Comunidad Indígena Xákmok vs. Paraguay* (CORTE IDH, 2010c, parágrafo 311); Caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* (CORTE IDH, 2006e, parágrafo 128); Caso *La Cantuta vs. Perú* (CORTE IDH, 2006c, parágrafo 173); Caso *Gelman vs. Uruguay* (CORTE IDH, 2011c, parágrafo 239); Caso *Chocrón vs. Venezuela* (CORTE IDH, 2011a, parágrafos 164, 165 e 172); Caso *López Mendoza vs. Venezuela* (CORTE IDH, 2006d, parágrafos 226 a 228).

¹⁶⁶ Pontuam-se em referidos casos a existência de diversos pronunciamentos das Cortes Nacionais ressaltando a imprescindibilidade do controle de convencionalidade e da interpretação conforme, sendo mencionadas sentenças proferidas pela Corte Suprema de Justiça de Costa Rica; pelo Tribunal Constitucional da Bolívia; pela Suprema Corte de Justiça da República Dominicana; pelo Tribunal Constitucional do Peru; pela Corte Suprema de Justiça da Nação da Argentina; pela Corte Constitucional da Colômbia; pela Câmara Penal da Corte Suprema de Justiça de Guatemala; pela Suprema Corte de Justiça da Nação do México; e pela Corte Suprema de Justiça do Panamá.

que a realiza não somente nos casos contenciosos, mas também nos consultivos submetidos a sua apreciação, quanto das autoridades nacionais, especialmente as judiciais (CONCI, 2014).

O controle realizado pela Corte IDH no âmbito de sua competência consultiva é realizado quando o Tribunal Interamericano constata que uma norma interna de determinado Estado (abstrata ou aplicável a um caso concreto) viola a CADH, hipótese em que o juiz regional, em atendimento a uma solicitação de um Estado da OEA e nos termos do art. 64.2¹⁶⁷ da CADH, emite um pronunciamento no qual se manifesta expressamente acerca da compatibilidade ou incompatibilidade da lei interna aos instrumentos internacionais. Já no âmbito da competência contenciosa, o controle realiza-se quando um caso é submetido à Corte IDH e esta constata, quando do julgamento do caso concreto, que a norma ou ato internos violam a CADH ou outros tratados internacionais de direitos humanos (ORTIZ TORRICOS, 2014).

De qualquer modo, qualquer que seja a competência da Corte IDH (consultiva ou contenciosa), o que se verifica é que o entendimento predominante tem sido no sentido de impor a realização do controle pela Corte, no sentido de se pronunciar quanto à adequação das normas internas de determinado Estado à CADH e aos demais tratados de proteção dos direitos humanos (ORTIZ TORRICOS, 2014).

Frisa-se que à Corte IDH incumbe não a exclusão das normas internas incompatíveis, visto que tal fato implicaria a ingerência da Corte IDH no âmbito nacional, mas sim de declarar sua inconvenção, exigindo que o Estado tome as providências necessárias para a exclusão da legislação interna inconvenção de seu ordenamento jurídico ou para estabelecer para tal norma uma interpretação que seja compatível com o bloco de convenção (MARTINS; MOREIRA, 2011).

Com relação ao controle realizado pelos juízes nacionais, o qual também será retratado em tópico destinado ao tema¹⁶⁸, ressalta-se que este é subsidiário ao controle realizado pela ordem internacional. Sua obrigatoriedade, como já frisado, deriva da imposição da necessidade de os juízes nacionais verificarem a adequação das normas e práticas internas à CADH e a outros instrumentos internacionais complementares, bem como aos padrões interpretativos da Corte IDH, para a tutela de direitos humanos básicos. Nesse sentido, o controle de convenção realizado pelos juízes nacionais implica a imprescindibilidade de estes conhecerem o bloco jurídico de direitos humanos e o acervo jurisprudencial da Corte

¹⁶⁷ Art. 64.2. 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.

¹⁶⁸ Vide item 4.2.1.2.

IDH, contribuindo, se adequadamente empregado, para a aplicação harmônica, ordenada e coerente do direito vigente no Estado (BAZAN, 2011).

Outro fator essencial que pode ser identificado da análise dos julgados proferidos pela Corte IDH no tocante às ferramentas em evidência, ainda que não haja expressa menção da Corte quanto à questão, é que o controle de convencionalidade diferencia-se do controle de constitucionalidade realizado no âmbito interno de cada Estado.

Consoante destaca Ortiz Torricos (2014), o controle de convencionalidade não visa substituir o controle de constitucionalidade, mas sim apenas demanda que as autoridades públicas averiguem não somente a constitucionalidade de uma norma, mas também que paralelamente verifiquem a convencionalidade da mesma, para evitar, nesse sentido, que os pronunciamentos, normas e atos internos infrinjam as normas convencionais. Uma lei, para ser considerada válida perante todo o sistema deve, dessa forma, passar necessariamente por dois crivos: um no plano interno, relacionado à compatibilidade da norma interna com a Constituição nacional; e outro no plano externo, relacionado à compatibilidade com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado. Somente com a verificação da compatibilidade interna e externa é que uma norma pode ser reputada como válida e sem qualquer vício (MARTINS; MOREIRA, 2011).

Ambos, o controle de convencionalidade e o de constitucionalidade, desenvolvem-se de maneira semelhante, ou seja, mediante a comparação de uma norma com a CADH (ou outro tratado internacional de direitos humanos vigente na região) ou com a Constituição nacional, respectivamente. É diante de tais semelhanças que Alvarado (2013) afirma que naqueles casos em que se assevera que a norma internacional possui hierarquia constitucional ou suprallegal, o bloco de convencionalidade se subsume ao bloco de constitucionalidade, de modo que o exercício do controle de constitucionalidade resulta ser um controle de convencionalidade e vice-versa, por se desenvolverem de forma semelhante.

No entanto, há diferenças entre as duas espécies de controle.

Como destacado por Conci (2014), uma das principais diferenças reside no fato de que no controle de constitucionalidade imperam os critérios estrutural-hierárquico e, ainda, temporal ou especial, enquanto que no controle de convencionalidade apenas imperam critérios materiais para a resolução de eventuais conflitos. Explica-se: para a doutrina do controle de convencionalidade pouco importa a hierarquia das normas, critério este formal e estrutural, não interessando discorrer sobre se os tratados internacionais são superiores às leis e às Constituições no plano internacional ou interno. A relação de validade se estabelece, pois, a partir de um critério material, qual seja, da maior proteção da pessoa humana, ou seja, a

partir da aplicação do critério *pro persona* ou *pro homine*.

Em outro estudo relativo à mesma temática, o autor esclarece que diante de tal fato, independentemente do *status* hierárquico que as Constituições nacionais conferem aos tratados de direitos humanos, há de operar-se o controle de convencionalidade para que prevaleça a regulação jurídica, seja nacional ou internacional, mais protecionista. Tal perspectiva respeita a noção de que inexistente uma relação vertical entre a Corte IDH e os tribunais nacionais, pregando-se a necessidade de prevalecerem as normas jurídicas de direitos humanos que sejam mais protecionistas a respeito dos indivíduos ou menos restritivas a seus direitos (CONCI, 2013).

Essa inter-relação entre as normas nacionais e internacionais se dá mediante uma análise substancial, ou seja, mediante a análise da norma mais favorável ao indivíduo, de modo que não importa o modo ou o *status* hierárquico que um tratado de direitos humanos adquire no âmbito interno, mas sim seu conteúdo e a verificação de que a norma é materialmente mais protecionista que as normas nacionais (CONCI, 2013).¹⁶⁹ Sendo assim, a declaração de inconveniência de uma norma interna apenas é possível quando a proteção derivada do direito internacional seja mais efetiva que a proteção conferida pelo ordenamento interno (CONCI, 2014), de modo que a mera contrariedade da legislação nacional a uma norma internacional não leva necessariamente à inconveniência, devendo os juízes analisar caso a caso (CONCI, 2013).

Nesse tocante, todo e qualquer controle exercido tendo como paradigma um tratado no cenário nacional, exercido com base na hierarquia desse tratado, será na realidade um controle de constitucionalidade ou legalidade, dependendo do posicionamento referente à hierarquia dos tratados no direito interno adotado. Apenas haverá que se falar em controle de convencionalidade caso sejam adotados somente critérios materiais para a resolução de eventuais conflitos entre direitos humanos previstos em diferentes ordens jurídicas, sem o exercício de qualquer juízo quanto à hierarquia possivelmente existente entre tais normas (CONCI, 2012).

Outra diferença essencial reside no fato de que o controle de convencionalidade se institui a partir de um fluxo normativo internacional e não do direito interno, aprofundando a necessidade de um maior contato entre os juízes de diferentes Estados e a Corte

¹⁶⁹ É diante de tal consideração que, consoante já frisado, pouco importa, para o estudo do controle de convencionalidade, que se delimite com precisão qual o *status*, segundo uma perspectiva formal ou estrutural, das normas internacionais no ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque a validade das normas internacionais se estabelece por meio de um critério material, de maior proteção, pouco importando a aplicação de um ordenamento jurídico ou outro, desde que haja a aplicação da norma mais favorável ou menos restritiva de direitos.

Interamericana, ou seja, de um diálogo entre cortes promovido de forma heterárquica. Diante de tal consideração, ou seja, da afirmação que o controle de convencionalidade se institui de um fluxo normativo internacional, é que se afirma que o momento inicial para sua realização, tanto pela Corte IDH quanto pelos juízes nacionais, ocorre a partir da ratificação do tratado internacional.

Dessa maneira, ao invés de utilizar-se de argumentos fundados na lógica do precedente de força vinculante (como no controle de constitucionalidade), ou seja, na lógica segundo a qual os juízes nacionais devem observar os julgados com caráter vinculante das cortes nacionais de mais alta hierarquia, a partir do controle de convencionalidade se estabelece um diálogo baseado na força persuasiva dos julgados, mesmo que se invoque um raciocínio ou um julgado de modo a decidir contrariamente a ele ou mesmo chegando a um resultado não alcançado no julgado paradigma (CONCI, 2014).

Desta feita, “a produção de efeitos jurídicos pelo tratado internacional de direitos humanos em sede internacional já basta para que possam todas as autoridades, nacionais ou internacionais, exercer o controle de convencionalidade” (CONCI, 2012, p. 71), independentemente da incorporação do tratado internamente. Apenas o controle de constitucionalidade exige a formalidade da incorporação para a utilização da norma internacional como parâmetro de controle interno de normas.

De qualquer modo, há de se ter presente que a proteção da pessoa humana fixa a necessidade de realização de ambas as espécies de controle. Como frisa Augusto Cançado Trindade em seu voto fundamentado no julgamento do Caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Peru* (CORTE IDH, 2006e, parágrafo 3), a constante interação entre os ordenamentos jurídicos internacional e nacional obriga os órgãos do Poder Judiciário de cada Estado a conhecerem não somente o direito constitucional, mas também o DIDH, para o exercício de um controle, tanto de constitucionalidade como de convencionalidade, de ofício, para tornar efetiva a proteção da pessoa humana.

Por fim, outro importante atributo que é possível subtrair dos pronunciamentos da Corte IDH e de alguns tribunais nacionais diz respeito ao âmbito de abrangência das ferramentas em questão, ou seja, a sobre que espécies de normas podem ser efetuadas. Nesse âmbito, vislumbra-se que o entendimento predominante tem sido no sentido de que o controle de convencionalidade e a interpretação conforme podem ser realizadas não somente sobre leis internas de um Estado, mas também sobre as Constituições estatais, mesmo que, nesse caso, a utilização de tais ferramentas não esteja isenta de dificuldades operacionais (BAZAN, 2013), sobretudo ante o entendimento de alguns Estados de que a utilização de tais técnicas com

relação a normas constitucionais implicaria uma ofensa patente à soberania Estatal.

Quanto a tal entendimento, bem pontua Nogueira Alcalá (2013, p. 915) que a utilização dos mecanismos do controle de convencionalidade e da interpretação conforme não limita o poder estatal, mas sim decorre ela da própria aceitação pelos Estados, no exercício de sua soberania, da CADH e da competência da Corte IDH:

*Al ratificar la CADH como también otros tratados sobre derechos humanos, el Estado, en el ejercicio de su potestad pública (soberanía) ha consentido en limitar su propio poder en beneficio de un bien superior al mismo, que es el respeto de la dignidad inherente a toda persona humana que se expresa en el reconocimiento de derechos humanos o fundamentales, los cuales se constituyen como un límite al ejercicio del poder estatal. En tal sentido, ello implica reconocer que el poder del Estado, la soberanía estatal, se encuentra limitada en su ejercicio por el respeto y garantía efectiva de tales derechos, reconociendo los estados partes de la CADH, jurisdicción a la CIDH [Corte IDH] para que esta determine con carácter vinculante y con la obligación del Estado Parte de acatar la sentencia y concretarla como obligación de resultado, aunque ello implique la reforma misma de la Constitución (...).*¹⁷⁰

Ademais, esse posicionamento decorre ainda da observância do art. 27 da CVDT, ante o entendimento de que a exigência em referido artigo formulada conduz à noção de que um Estado jamais pode invocar disposições do direito interno, inclusive as normas constitucionais (visto que estas também são disposições internas), para deixar de cumprir alguma obrigação internacional. Nesse sentido, inclusive, é o entendimento da Corte IDH (1984, parágrafo 14), a qual fixou que as “leis internas” são “*toda la legislación nacional y para todas las normas jurídicas de cualquier naturaleza, incluyendo disposiciones constitucionales*”¹⁷¹.

Diante disso, há entendimentos no sentido de se permitir a realização do controle de convencionalidade inclusive sobre normas constitucionais. Do mesmo modo, afirma-se a necessidade de realização da interpretação conforme das normas constitucionais às normas da CADH, de forma que no caso de uma norma constitucional possuir duas ou mais interpretações possíveis, uma contrária às normas convencionais e outra conforme os direitos convencionalmente assegurados, impõe-se aos juízes constitucionais o dever de adotar apenas

¹⁷⁰ Ao ratificar a CADH como também outros tratados sobre direitos humanos, o Estado, no exercício de seu poder público (soberania) consentiu em limitar seu próprio poder em benefício de um bem superior ao mesmo, que é o respeito da dignidade inerente a toda pessoa humana que se expressa no reconhecimento de direitos humanos ou fundamentais, os quais se constituem como um limite ao exercício do poder estatal. Em tal sentido, isso implica reconhecer que o poder do Estado, a soberania estatal, se encontra limitada em seu exercício pelo respeito e pela garantia efetiva de tais direitos, reconhecendo os Estados Partes da CADG, jurisdição à CIDH [Corte IDH] para que esta determine com caráter vinculante e com a obrigação do Estado Parte de acatar a sentença e concretizá-la como obrigação de resultado, ainda que isso implique a reforma mesma da Constituição (tradução livre).

¹⁷¹ [...] toda a legislação nacional e para todas as normas jurídicas de qualquer natureza, incluindo disposições constitucionais (tradução livre).

essa última interpretação, da mesma forma que o fazem quando da análise da interpretação conforme das leis internas com a Constituição nacional (NOGUEIRA ALCALÁ, 2013).

Isso porque, consoante frisado por Vergottini (2011), o vínculo entre as jurisdições requer o ajuste sucessivo das normas internacionais ou nacionais para a efetividade da proteção dos direitos humanos, de modo que se impõe que nos casos em que for necessária a realização de modificações legislativas, inclusive constitucionais, para que o ordenamento interno se adeque à jurisprudência internacional e, dessa maneira, desapareça a fricção entre a jurisdição nacional e a internacional e seja garantida a devida proteção do homem, sejam elas realizadas. Ressalta-se que em mais de uma ocasião tal controle foi exercido sobre regras constitucionais, destacando-se o Caso La última tentación de Cristo (CORTE IDH, 2001).

O que se evidencia, pois, é que nos últimos anos tem havido uma grande expansão na jurisprudência interamericana de entendimentos tendentes a consolidar a imprescindibilidade da promoção do controle de convencionalidade e da interpretação conforme para a própria eficiência do SIDH. Ainda, identifica-se que a tendência em delimitar a obrigatoriedade de utilização de tais ferramentas sobre leis e normas constitucionais consolida a imprescindibilidade de que haja uma constante interação das cortes internas com a Corte IDH, como forma de assegurar a compatibilidade do ordenamento interno com o regional.

4.2.1.2 As distintas modalidades de controle de convencionalidade e interpretação conforme: a formas de utilização das ferramentas no SIDH

Fixadas as características essenciais do controle de convencionalidade e da interpretação conforme e demonstrado como tais ferramentas surgiram no âmbito do SIDH, cumpre discorrer acerca da forma de operacionalização de tais ferramentas. A delimitação da forma de utilização de tais ferramentas demonstra, essencialmente, como o diálogo entre cortes nacionais e a Corte IDH é promovido no SIDH, sua apresentação sendo de grande relevância para o presente estudo.

Como destacado, o controle de convencionalidade e a interpretação conforme são realizados tanto por meio da Corte IDH quanto por meio dos agentes nacionais. Ou seja, tanto os juízes da Corte IDH quanto os juízes nacionais têm o dever de controlar a validade dos atos internos a partir das normas internacionais de direitos humanos no plano regional. Ante a diversidade da forma de realização de tais controles, cabe esclarecer as diferenças entre tais modalidades e suas características essenciais para a adequada compreensão do instituto.

O controle de convencionalidade e a interpretação conforme exercidos pela Corte

IDH ocorre em razão de esta ser chamada, seja num caso contencioso, seja num caso consultivo, a exercer o confronto entre atos domésticos e disposições convencionais e a apreciar a compatibilidade entre eles. A princípio, o controle de convencionalidade e tal interpretação conforme incumbem à Corte IDH, tratando-se de uma função original, própria ou externa (GARCÍA RAMÍREZ, 2011) e a qual demanda, para sua concretização, a subordinação de todo o ordenamento jurídico ao respeito e à garantia dos direitos assegurados convencionalmente (NOGUEIRA ALCALÁ, 2013).

Há de se salientar, neste ponto, consoante o destacado pelo juiz interamericano Sérgio García Ramírez, em seu voto fundamentado proferido no julgamento do Caso Vargas Areco vs. Paraguai (CORTE IDH, 2006f, parágrafo 155), que no tocante à função exercida pela Corte IDH, de verificação da adequação do ordenamento interno ao internacional, tal função não implica a constatação de que a Corte possui competência absoluta para revisar em todo e qualquer caso a atuação dos juízes nacionais, visto que, caso assim o fosse, a Corte usurparia as competências a ela atribuídas, violando seu caráter subsidiário e complementar. Não constitui ela uma nova e última instituição decisória, hierarquicamente superior às instancias nacionais e destinada a dar a última palavra acerca de uma controvérsia suscitada no ordenamento interno.

Do mesmo modo dispôs o juiz Ferrer Mac-Gregor, em seu voto fundamentado no Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México (CORTE IDH, 2010^a, parágrafo 11), ao salientar que *“su actuación se limitará al análisis de determinadas violaciones de los compromisos internacionales asumidos por el Estado demandado en el caso particular, y no de todas y cada una de las actuaciones de los órganos jurisdiccionales domésticos”*¹⁷². A Corte, pois, apenas verifica o cumprimento aos compromissos assumidos pelos Estados, averiguando se estes violaram ou não a CADH ou outro tratado de direitos humanos.

As tarefas do controle de convencionalidade e da interpretação conforme no âmbito internacional consistem em julgar, no caso concreto, se um ato ou normativa de direito interno é incompatível com a CADH, com outros tratados internacionais de direitos humanos, ou, ainda, com os pronunciamentos anteriores da Corte IDH, caso em que a Corte, no exercício de tal controle ou interpretação conforme, impõe a obrigatoriedade de reforma do ato ou da norma ou da prática ou interpretação dos mesmos em conformidade com a CADH, para a efetiva proteção dos direitos humanos. Ainda, também consiste em verificar se um Estado não

¹⁷² [...] sua atuação se limitaria à análise de determinadas violações dos compromissos internacionais assumidos pelo Estado demandado no caso particular, e não de todas e cada uma das atuações dos órgãos jurisdicionais domésticos (tradução livre).

tem cumprido com seu dever de adotar disposições de direito interno para garantir o exercício de direitos previstos na Convenção, o que leva a Corte a impor ao Estado o dever de tomar medidas legislativas ou de outro caráter para reverter a situação (BAZAN, 2011)

Dessarte, a partir do momento em que a Corte IDH constata a violação, esta, dirigindo-se ao Estado infrator, no exercício do controle de convencionalidade, dispõe que ele deverá adotar a reforma legislativa pertinente para compatibilizar a lei interna com a CADH (ORTIZ TORRICOS, 2014). Como pontua Nogueira Alcalá (2013, p. 919), o controle é, pois, uma ferramenta utilizada pela Corte IDH, por meio do qual ela

[...] determina la compatibilidad o incompatibilidad del derecho interno o los actos de agentes de un Estado Parte, a través de una sentencia judicial, em que determina el sentido y alcance de las disposiciones convencionales y, en su caso, ordena al Estado Parte, como obligación de resultado, modificar, suprimir o derogar normas de derecho interno y prácticas de agentes estatales contrarias a los atributos y garantías de los derechos asegurados por la CADH y los tratados o convenciones complementarios del sistema, para garantizar efectivamente el ejercicio de los derechos humanos por las personas sujetas a la jurisdicción de dicho Estado Parte.¹⁷³

Em que pese o entendimento de que à Corte IDH incumbe a função primordial de exercer o controle de convencionalidade e a interpretação conforme, desde o julgamento do Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile (CORTE IDH, 2006a) acima referido estabeleceu-se a possibilidade de os Estados Nacionais os realizarem, esta atividade fiscalizadora resultando, em especial, do previsto no art. 2º da CADH, que obriga os Estados a adotarem as medidas necessárias para fazer efetivos os direitos e liberdades fundamentais consagrados na CADH (CONCI, 2014).

É importante acentuar que esse controle de convencionalidade ou interpretação conforme não são apenas obrigações impostas aos juízes nacionais, visto que também implicam a obrigação de os Poderes Executivo e Legislativo os realizarem. Apesar de se entender que é no âmbito do Poder Judiciário que os maiores avanços no processo de interação entre ordens jurídicas estrangeiras são promovidas, insta frisar que não se descarta que a atuação dos Poderes Executivo e Legislativo é bastante relevante, tais poderes não estando isentos da realização de um controle de convencionalidade de leis e atos e da busca de promoção da interpretação das normas internas em consonância com as normas

¹⁷³ [...] determina a compatibilidade ou incompatibilidade do direito interno ou os atos dos agentes de um Estado Parte, através de uma sentença judicial, em que determina o sentido e alcance das disposições convencionais e, no caso, ordena ao Estado Parte, como obrigação de resultado, modificar, suprimir ou derogar normas de direito interno e práticas de agentes estatais contrárias aos atributos e garantias dos direitos assegurado pela CADH e os tratados ou convenções complementares ao sistema, para garantir efetivamente o exercício dos direitos humanos pelas pessoas sujeitas à jurisdição de referido Estado Parte (tradução livre).

convencionais.

No tocante ao controle exercido pelos Poderes Executivo e Legislativo, frisa-se que ambos podem ser exercidos tanto de forma preventiva quanto repressiva. No âmbito do Executivo, o controle preventivo é exercido pelo Presidente da República, por meio do veto a um projeto de lei inconveniente, enquanto o controle repressivo ocorre por meio do ajuizamento de ações destinadas a expulsar determinada lei do ordenamento pátrio, como, por exemplo, o ajuizamento de uma ação direta de inconveniente de uma norma. Já no âmbito do Poder Legislativo, o controle preventivo ocorre por meio da não aprovação de leis reputadas inconvenientes e da edição de leis para tornar efetivos os direitos previstos nas normas internacionais, enquanto o repressivo ocorre por meio da revogação de leis consideradas incompatíveis com a CADH e pela suspensão, pelo Senado Federal, de uma lei declarada inconveniente pela Corte IDH (entendimento este decorrente de uma interpretação extensiva do art. 52, X, da CF) (MARTINS; MOREIRA, 2011).

Contudo, considerando o foco deste trabalho, analisa-se apenas o controle de convencionalidade e a interpretação conforme realizados pelos juizes nacionais, principais protagonistas na utilização de tais ferramentas no âmbito do SIDH.

O controle jurisdicional de convencionalidade ou interpretação conforme internos, na acepção de García Ramírez (2011), referem-se ao poder conferido a determinado órgão jurisdicional, ou a todos os órgãos jurisdicionais, para verificar a congruência entre os atos e normas internos com as disposições do direito internacional e com a jurisprudência dos tribunais internacionais encarregados de interpretar as normas internacionais. Este é inclusive o entendimento firmado pela Corte IDH em diversos casos submetidos a sua apreciação, referido tribunal estabelecendo a necessidade da verificação de tal congruência entre o ordenamento interno e o internacional pelos juizes nacionais. Como destacado pela Corte IDH, no Caso Almonacid Arellano vs. Chile (CORTE IDH, 2006a)¹⁷⁴:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato

¹⁷⁴ Frisa-se que o texto transcrito também foi reproduzido em diversos outros casos submetidos à apreciação da Corte IDH, entre eles destacando-se: Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos (CORTE IDH, 2009, parágrafo 339); Caso Comunidad Indígena Xakmok Kasek vs. Paraguay. (CORTE IDH, 2010c, parágrafo 311); Caso La Cantuta vs. Perú (CORTE IDH, 2006c, parágrafo 173); Caso Fernandez Ortega y Otros vs. Mexico (CORTE IDH, 2010d, parágrafo 236); Caso Lopez Mendoza vs. Venezuela (CORTE IDH, 2011d, parágrafo 226); Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México (CORTE IDH, 2010a, parágrafo 225); Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela (CORTE IDH, 2011a, parágrafo 164); Caso Rosendo Cantu vs. México (CORTE IDH, 2010h, parágrafo 219); Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia (CORTE IDH, 2010f, parágrafo 202); Caso Gomes Lund vs. Brasil (CORTE IDH, 2010e, parágrafo 176), entre outros.

*del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.*¹⁷⁵

Consiste, pois, na obrigação dos juízes de constatarem o “acomodamento das normas jurídicas internas que aplicam em casos concretos à CADH (e outros instrumentos internacionais essenciais no campo dos direitos humanos) e aos *standards* interpretativos que a Corte IDH tem formulado no exercício de sua função jurisdicional” (BAZAN, 2015, p. 41), podendo implicar a obrigação de supressão das normas e práticas contrárias a tais normas e *standards*, de expedição de normas e do desenvolvimento de práticas conducentes à efetiva observância das garantias e de delimitação de uma interpretação da norma regional de forma compatível como as normas e interpretações regionais, para, por conseguinte, assegurar o efeito útil dos instrumentos internacionais.¹⁷⁶

Isso porque, como pontuado no Caso Almonacid Arellano vs. Chile (CORTE IDH, 2006a), quando se verifica que o Legislativo falhou em sua tarefa de suprimir ou de não editar leis contrárias à CADH, o Poder Judiciário permanece vinculado ao dever de garantia previsto no art. 1.1 da Convenção e, conseqüentemente, deve se abster de aplicar a normativa interna contrária à Convenção, sob pena de responsabilização internacional.

O exercício do controle de convencionalidade e da interpretação conforme pelos juízes internos implica, então, que tais juízes confrontem as normas internas com as normas e

¹⁷⁵ A corte é consciente que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparelho do Estado, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam mermados pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e fim, e desde um início carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judicial deve exercer uma espécie de ‘controle de convencionalidade’ entre as normas Americanas sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judicial deve ter em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana (tradução livre).

¹⁷⁶ Nesse sentido restou sedimentado no julgamento do Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá: “A Corte tem interpretado que tal adequação implica adoção de medidas em duas vertentes, a saber: i) a supressão de normas e práticas de qualquer natureza que resultam na violação às garantias prevista na Convenção ou que desconsiderem os direitos ali reconhecidos ou dificultam seu exercício, e ii) a emissão de normas e o desenvolvimento de práticas conducentes à efetiva observância de referidas garantias. Precisamente, no que diz respeito à adoção de tais medidas, é importante enfatizar que a defesa ou observância dos direitos humanos à luz dos compromissos internacionais relativos ao trabalho dos operadores de justiça, deve ser realizada através do que é conhecido como ‘controle de convencionalidade’, segundo o qual cada juiz deve garantir o efeito útil dos instrumentos internacionais, de modo que não seja diminuído ou anulado pela aplicação de normas ou práticas internas contrárias ao objeto e propósito do instrumento internacional ou do padrão internacional de proteção dos direitos humanos” (CORTE IDH, 2008^a, parágrafo 180, tradução livre).

entendimentos internacionais, para verificar se aquelas vulneram de alguma forma as segundas. São as ferramentas utilizadas pelos juízes nacionais ante a percepção de que o direito internacional e a interpretação a tais direitos realizada pelos tribunais internacionais são vinculantes, bem como diante da assunção por tais juízes nacionais de sua responsabilidade em garantir a completa proteção dos direitos humanos no SIDH. Implica, desta feita, a imprescindibilidade de que os juízes domésticos tenham a consciência de que também são juízes interamericanos, de modo que devem eles buscar garantir a aplicabilidade da CADH e demais tratados de direitos humanos internamente (NOGUEIRA ALCALÁ, 2013, p. 921).

Insta acentuar que a verificação da necessidade de utilização das ferramentas em evidência decorre da noção de que a jurisdição interamericana não é destinada a substituir as jurisdições nacionais na busca da proteção dos direitos humanos. Essa jurisdição tem caráter subsidiário ou complementar, a justiça supranacional apenas intervindo em casos muito específicos: quando a jurisdição interna não opera ou não resolve devidamente a violação cometida; quando não houver mais recursos internos para combater o desvio ou a inatividade do Estado; quando se solicita o julgamento perante a Comissão Interamericana e esta admite o caso; ou quando a própria Comissão leva o litígio ao conhecimento da Corte (GARCÍA RAMÍREZ, 2011).

Dessa forma, em vista do caráter complementar do direito internacional, evidencia-se não somente a possibilidade, mas a imprescindibilidade de que seja efetuado o controle interno de convencionalidade e que os juízes nacionais procurem interpretar o direito interno em conformidade com o regional, para que os Estados tomem, nesse sentido, todas as providências necessárias para a adequação do ordenamento interno às normas convencionais, evitando a necessidade de interferência do plano internacional e evitando a responsabilização internacional do Estado por um ato ou omissão ilícito que redunde em violação aos direitos humanos (BAZAN, 2015).

Dessarte, mesmo que o controle e interpretação realizados pela Corte IDH sejam os controles e interpretações autênticos, eles são subsidiários, apenas devendo ser empreendidos quando todos os controles jurisdicionais nacionais falham e não há outra alternativa à pessoa a não ser buscar o amparo internacional (NOGUEIRA ALCALÁ, 2013). Os juízes se convertem nos primeiros juízes interamericanos, detendo eles a maior responsabilidade de harmonizar a legislação nacional com os parâmetros interamericanos.

Apresentando-se como uma importante ferramenta de adaptação dos ordenamentos nacionais às normas regionais, o controle e interpretação internos acabam por se constituírem

como mecanismos essenciais para a economia processual (evitando a ativação desnecessária da Corte IDH) e para a conservação da sustentabilidade do próprio esquema de proteção interamericano (BAZAN, 2015). É diante de tal fato que se afirma que devem eles ser exercidos de maneira imediata, espontânea, de ofício (Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Peru), não devendo se esperar a provocação da parte interessada (GARCÍA RAMÍREZ, 2011).

Especificamente no tocante à ferramenta da interpretação conforme, insta salientar que esta implica que

[...] todas las normas relativas a derechos humanos (del rango jerárquico que sea) se deberán interpretar a la luz de la propia Constitución y de los tratados internacionales en la materia. Esto implica la creación de una especie de bloque de constitucionalidad (integrado no solamente por la carta magna, sino también por los propios tratados internacionales), a la luz del cual se deberá interpretar el conjunto del ordenamiento (...).¹⁷⁷ (CARBONELL, 2013, p. 604).

Em virtude dessa doutrina, tem-se que as autoridades judiciárias estatais, quando do exercício de suas funções, devem seguir os entendimentos dos direitos convencionais que foram interpretados pela autoridade regional nas sentenças por ela emitidas. Consoante pontuado por García Roca (2012), o trabalho desenvolvido pelos tribunais estatais como intérpretes de direitos não pode divergir dos entendimentos internacionais firmados pelos órgãos supranacionais aos quais se encontram vinculados.

Como destacado por Eduardo García de Enterría, citado por Hector Fix-Zamudio, a interpretação conforme tem suas origens nos princípios estabelecidos pela jurisprudência norte-americana, a qual preconiza que as normas gerais devem ser interpretadas em consonância com a Constituição, de modo que uma norma geral não deve ser declarada inválida ainda quando ela seja parcialmente inválida. Logo, se não pode a norma ser invalidada em face de uma Constituição, com maior razão ainda ela não deve ser invalidada em face de uma Convenção se ela puder ser interpretada em conformidade com tal convenção, já que esta produz efeitos gerais (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2006, *apud* FIX-ZAMÚDIO, 2013).

No âmbito dessa doutrina do seguimento nacional ou interpretação conforme, a Corte IDH continua a ser o órgão encarregado de interpretar a CADH, ou seja, de exercer a interpretação autêntica dos dispositivos da CADH, interpretação essa que se constitui como o

¹⁷⁷ [...] todas as normas relativas a direitos humanos (do patamar hierárquico que seja) devem ser interpretadas à luz da própria Constituição e dos tratados internacionais na matéria. Isso implica a criação de uma espécie de bloco de constitucionalidade (integrado não somente pela Carta Magna, mas também pelos próprios tratados internacionais), à luz do qual se deverá interpretar o conjunto do ordenamento (...) (tradução livre).

“faro que ilumina a jurisdicciones nacionales de cada uno de los Estados partes, que tienen la obligación de tener en cuenta no solo lo que establecen o regulan los tratados de protección regional, sino la interpretación que de ellos realice el máximo intérprete o la Corte IDH”¹⁷⁸ (ORTIZ TORRICOS, 2014, p. 326).¹⁷⁹

Esse entendimento é decorrente da própria constatação da eficácia *erga omnes* das decisões da Corte IDH, constituindo uma obrigação essencial para a contínua formação do diálogo entre as cortes nacionais e a Corte IDH, já que a partir da contínua observância pelas cortes nacionais dos pronunciamentos da Corte IDH se promove um importante processo de interação entre os tribunais nacionais e internacionais da região (ORTIZ TORRICOS, 2014).

Noutro norte, insta salientar, especificamente no tocante ao controle de convencionalidade interno, que existem duas possibilidades para sua promoção pelos órgãos judiciais: o controle concentrado, pelo qual se deposita o exercício do controle em um órgão jurisdicional supremo; e o difuso, pelo qual se confere o controle a um amplo número de julgadores, todos titulares da função jurisdicional (GARCÍA RAMÍREZ, 2011), o reconhecimento da possibilidade deste último sendo decorrente, em sua essência, da estipulação, a partir do julgamento do Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México (CORTE IDH, 2010a), da necessidade de que o controle de convencionalidade seja realizado por todo juiz ou tribunal que exerça função jurisdicional.

Quanto à diferença entre o controle concentrado e difuso, bem disciplina Sergio García Ramírez, em seu voto proferido no julgamento do Caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Peru* (CORTE IDH, 2006e, parágrafos 4 e 12). Consoante frisado pelo juiz interamericano:

[...] *el control de constitucionalidad, como valoración y decisión sobre el acto de autoridad sometido a juicio, se encomienda a un órgano de elevada jerarquía dentro de la estructura jurisdiccional del Estado (control concentrado) o se asigna a los diversos órganos jurisdiccionales en lo que respecta a los asuntos de los que toman conocimiento conforme a sus respectivas competencias (control difuso). (...) Este “control de convencionalidad”, de cuyos buenos resultados depende la mayor difusión del régimen de garantías, puede tener – como ha sucedido en algunos países – carácter difuso, es decir, quedar en manos de todos los tribunales cuando*

¹⁷⁸ [...] farol que ilumina a jurisdições nacionais de cada um dos Estados partes, que têm a obrigação de ter em conta não somente o que estabelecem ou regulam os tratados de proteção regional, mas sim a interpretação que de eles realiza o máximo intérprete ou a Corte IDH (tradução livre).

¹⁷⁹ Nesse sentido, destaca-se o entendimento da Corte Suprema da Argentina, que reconheceu que a interpretação realizada pela Corte IDH deve servir de guia de interpretação dos preceitos convencionais pelo Estado Argentino (Caso Giroldo H (1995)); da Corte Suprema da Costa Rica, que ressaltou o papel da Corte IDH como órgão natural para interpretar a CADH, preconizando que seus entendimentos, seja no caso contencioso ou consultivo, possui o mesmo valor que a norma interpretada (Ação de Inconstitucionalidade – Expediente 0421-S-90); do Tribunal constitucional do Peru, que assume como obrigatória a interpretação que em qualquer caso tenha a Corte IDH realizado acerca de um direito da CADH (Sentença do Expediente 218-02-HC/TC; Sentença do Expediente 2730-2006/PA/TC).

*éstos deban resolver asuntos en los que resulten aplicables las estipulaciones de los tratados internacionales de derechos humanos.*¹⁸⁰

Por conseguinte, no exercício do controle de convencionalidade, qualquer juiz ou tribunal pode declarar a inconvencionalidade de uma lei ou um ato interno, a Corte IDH destacando a possibilidade de sua realização não somente por meio do sistema concentrado ou abstrato, caso em que a declaração de inconvencionalidade produz eficácia *erga omnes*, mas também por meio do sistema difuso, inclusive nos casos em que os juízes nacionais não possuem a competência ou permissão para a realização do controle de constitucionalidade, caso em que a invalidade terá efeitos *inter partes*. Em qualquer caso, não efetuado o controle, o Estado pode ser responsabilizado internacionalmente (MARTINS; MOREIRA, 2011).

A Corte IDH até o momento não se pronunciou de maneira favorável à adoção de um ou outro regime de controle, tendo apenas assentado que o controle interno deve ser exercido dentro do marco de certas competências, as quais devem ser fixadas de acordo com o princípio da legalidade, e conforme determinados procedimentos, os quais também devem ser previstos em lei.¹⁸¹ Dessa forma, no tocante à possibilidade de controle difuso ou concentrado de convencionalidade, a escolha do método a ser utilizado compete, segundo a Corte IDH, aos Estados, no exercício de sua soberania. Ressalta-se, entretanto, que se entende que o controle de convencionalidade difuso se apresenta como mais propício para assegurar os objetivos visados pelo SIDH, já que a partir dele se possibilita um controle mais extenso, visto que realizado por maior número de tribunais.

Dentro desse marco de competências, se o controle de convencionalidade é exercido por um órgão que detém a competência constitucional de derrogar normas contrárias à Constituição, tal órgão, no exercício do controle concentrado abstrato e de caráter preventivo, poderá e deverá expulsar a norma interna contrária às normas convencionais. Por outro lado, se o órgão interno apenas detém competência para o exercício do controle no caso concreto, com efeito *inter partes*, ele apenas poderá deixar de aplicar a norma interna naquele caso, para

¹⁸⁰ [...] o controle de constitucionalidade, como valoração e decisão sobre o ato de autoridade submetido a juízo, se encomenda a um órgão de elevada hierarquia dentro da estrutura jurisdicional do Estado (controle concentrado) ou se assigna aos diversos órgãos jurisdicionais no que respeita aos assuntos de que tomam conhecimento conforme suas respectivas competências (controle difuso). (...) Este “controle de convencionalidade”, de cujos bons resultados depende a maior difusão do regime de garantias, pode ter – como sucede em alguns países – caráter difuso, ou seja, se concentrar nas mãos de todos os tribunais quando estes devem resolver assuntos em que resultem aplicáveis as estipulações dos tratados internacionais de direitos humanos (tradução livre).

¹⁸¹ Nesse sentido é o entendimento fixado no Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Peru (CORTE IDH, 2006e, parágrafo 128), pelo qual se salientou que o controle “não se deve limitar exclusivamente pelas manifestações ou atos das partes em cada caso concreto, do mesmo modo que esse controle não deve ser exercido sem considerar outros supostos formais e materiais de admissibilidade e procedência desse tipo de ação”.

a devida observância dos direitos assegurados pela CADH (NOGUEIRA ALCALÁ, 2013).

O importante é que haja o controle de convencionalidade, resultando secundário o método escolhido para seu exercício. Não é preciso que o lesionado invoque a proteção do órgão jurisdicional para que este aplique seus poderes e declare a existência de uma violação e as consequências desta violação. O controle se exerce de ofício, fato que, entretanto, não impede que sejam estipulados alguns requisitos formais e materiais de admissibilidade e procedência para o exercício do controle (GARCÍA RAMÍREZ, 2011).

Apesar do desenvolvimento da ideia de necessidade de adaptação dos preceitos internos aos internacionais, nem todos os países e teóricos compartilham dessa mesma ideia. Nesse sentido, ressalta-se o entendimento de Ezequiel Malarino (2010), o qual considera que, antes de mais nada, os tribunais nacionais devem averiguar se o ordenamento jurídico constitucional não se opõe à interpretação firmada pelos órgãos supranacionais, como a Corte IDH, para somente então decidir se irá aplicar ou não a interpretação conferida.

De qualquer forma, o que há de se considerar é que as doutrinas do controle de convencionalidade e da interpretação conforme, se bem instrumentadas nos moldes em que assinalados acima, são ferramentas importantes para o estabelecimento de um diálogo jurisprudencial, que, como explica Ferrer Mac-Gregor em seu voto fundamentado no julgamento do Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (CORTE IDH, 2010a, parágrafo 31), “*incide en la debida articulación y creación de estándares en materia de protección de los derechos humanos en el continente americano*”. Promovem meios, pois, para se assegurar a primazia da ordem jurídica internacional dos direitos humanos e para a edificação de um *ius commune* em tal matéria, no cenário interamericano, de modo a assegurar, de tal forma, o império do Estado de Direito, a vigência dos direitos humanos e a harmonização do ordenamento regional interamericano (GARCÍA RAMÍREZ, 2011).

O controle de convencionalidade e a interpretação conforme favorecem o diálogo jurisdicional interno e internacional, já que contribui para “*erigir, detallar, enriquecer e impulsar la cultura jurídica común, conforme al proyecto favorecedor del ser humano y conductor del poder público*”¹⁸². Esse diálogo é necessário, sobretudo ante o fato de que “*no es conveniente ni realista pretender que todo el orden jurídico sea producto de una sola fuente internacional, con operación puramente endogámica, ciega y sorda a las incitaciones que*

¹⁸² [...] erigir, detalhar e enriquecer a cultura jurídica comum, conforme o projeto favorecedor do ser humano e condutor do poder público (tradução livre).

surgen de las fuentes nacionales de reflexión y decisión”¹⁸³ (GARCÍA RAMÍREZ, 2011, p. 129).

Desta feita, é na busca pela compatibilidade entre o ordenamento interno e o regional, seja por meio da ferramenta do controle de convencionalidade ou por meio da ferramenta da interpretação conforme, seja ela promovida pela Corte IDH ou pelas cortes nacionais, que o diálogo em sentido estrito tem se operado no SIDH, já que por meio de tais ferramentas se promove um constante contato entre supramencionadas cortes, para o cumprimento da obrigação a elas impostas de buscar garantir a eficácia interna e externa dos ordenamentos jurídicos no que diz respeito à proteção dos direitos humanos.

4.2.2 Técnica da margem de apreciação nacional

Além das ferramentas que têm sido utilizadas no âmbito do SIDH para o desenvolvimento do diálogo em sentido estrito, destaca-se a emergência de uma importante técnica no sistema, a qual, apesar de não ser aceita por alguns doutrinadores e juristas como técnica aplicável no cenário interamericano, corresponde a um mecanismo fundamental para incentivar a promoção do diálogo na região. Trata-se da técnica da margem de apreciação nacional, cujo desenvolvimento como mecanismo ligado ao diálogo interjudicial deve-se, em sua essência, à questão relativa à fragmentariedade jurídica existente entre os distintos sistemas jurídicos.

Diante dos aspectos relativos à evidente existência de um pluralismo jurídico, político, econômico, social e cultural no cenário global, não se pode negar que cada país possui características próprias que o distingue dos demais. É diante de tal constatação que se observa que nem sempre o diálogo implica um acordo, a comunicação, como já destacado, também podendo levar ao dissenso.

A despeito de o diálogo se referir a uma interação necessária, a liberdade de sua promoção encontrando-se limitada pela vinculação jurídica e à obrigatoriedade de se observar os pronunciamentos da Corte IDH, cumpre pontuar que se permite, em determinadas situações, ante as divergências culturais e sociais entre as sociedades de cada Estado, que as interpretações relativas aos direitos humanos no âmbito interno de cada Estado sejam diversas. Ou seja, permite-se a utilização da técnica da margem de apreciação nacional em

¹⁸³ [...] não ser conveniente ou realista pretender que todo o ordenamento jurídico seja produto de uma só fonte internacional, com operação puramente endogâmica, cega e surda às incitações que surgem das fontes nacionais de reflexão e decisão (tradução livre).

alguns casos específicos (NOGUEIRA ALCALÁ, 2011), técnica essa que, como se verá, destina-se justamente a permitir certo dissenso na interpretação dos direitos humanos, de forma a assegurar que a defesa de tais direitos não comprometa as particularidades culturais e sociais existentes em referido território.

Justifica-se essa permissão em razão de se evidenciar que apesar de os Estados encontrarem-se vinculados aos mesmos tratados, de os direitos humanos deterem uma pretensão universalista e de os órgãos internacionais buscarem o estabelecimento de um direito comum, os diferentes Estados encontram-se em situação econômica, social, política e jurídica diferenciada. Referidas distinções exigem, para o equilíbrio entre o respeito às diversidades jurídicas e sociais e a proteção dos direitos humanos, bem como para que não haja a aplicação forçada pelo tribunal internacional de um entendimento por ele firmado, que seja aplicada a margem de apreciação nacional (CASALS, 2009).

A técnica, nas palavras de Napolini e Silveira (2016, p. 87), apresenta-se como a “saída encontrada pela CEDH para enfrentar um antigo problema dos Direitos Humanos, ou seja, a questão da universalidade *versus* a diversidade cultural”, visto que referida margem “permite conjugar a universalidade dos Direitos Humanos com as especificidades culturais”.

A possibilidade de os Estados nacionais divergirem da interpretação conferida pela Corte IDH a uma norma convencional promove, ante as constatações acima formuladas, condições para o estabelecimento de um autêntico diálogo interjudicial, visto ser o dissenso, a divergência de interpretações, que asseguram que não haja a subjugação completa da ordem interna à internacional (TELLO MENDOZA, 2015). Corresponde, dessa maneira, a um elemento que aprofunda a necessidade de estabelecimento de um diálogo, para o contínuo aprendizado com a experiência de outras ordens jurídicas.

Salienta-se que a origem da técnica da margem de apreciação não deriva de nenhuma fonte normativa ou doutrinária, mas sim de uma construção jurisprudencial formada no âmago do Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos (SEDH) pela Comissão Europeia de Direitos do Homem (CEDH). A princípio, foi a técnica utilizada no julgamento do caso *Cyprus*, em 1958-1959, do caso *Lawless vs. Irlanda*, de 1º de julho de 1961 e do *Greek Case*, em 1969, todos relativos à aplicabilidade do art. 15¹⁸⁴ da Convenção Europeia de Direitos

¹⁸⁴ Artigo 15. Derrogação em caso de estado de necessidade: 1. Em caso de guerra ou de outro perigo público que ameace a vida da nação, qualquer Alta Parte Contratante pode tomar providências que derroguem as obrigações previstas na presente Convenção, na estrita medida em que o exigir a situação, e em que tais providências não estejam em contradição com as outras obrigações decorrentes do direito internacional. 2. A disposição precedente não autoriza nenhuma derrogação ao artigo 2º, salvo quanto ao caso de morte resultante de actos lícitos de guerra, nem aos artigos 3º, 4º (parágrafo 1) e 7º. 3. Qualquer Alta Parte Contratante que exercer este direito de derrogação manterá completamente informado o Secretário Geral do Conselho da Europa

Humanos, pelo qual se estabelece que nos casos de guerra ou outra emergência pública, um Estado Membro pode tomar medidas contrárias às suas obrigações decorrentes da CEDH.

Posteriormente, foi a técnica utilizada no tocante a outros artigos da convenção, possibilitando-se a divergência de julgamento entre o Estado nacional e o TEDH em hipóteses outras que não apenas o estado de guerra ou de emergência. Destaca-se, contudo, a importância dos casos acima citados, em vista de que, pelo julgamento de referidos casos, a técnica da margem de apreciação nacional sedimentou-se no SEDH como critério importante para uma maior integração europeia, posto salientar a necessidade de se levar em consideração as peculiaridades de cada país, em respeito às diferenças existentes, e de ser permitir, em consequência, que em determinadas situações o Estado nacional divirja das normas convencionais quando da análise do caso concreto¹⁸⁵.

Segundo Carozza (1998, p. 1220), a técnica da margem de apreciação se refere à possibilidade conferida pela Corte Europeia aos Estados pertencentes ao bloco europeu de aplicarem as normas convencionais e a interpretação conferida a tais normas pelo Tribunal Europeu de modo relativo, permitindo que aqueles deixem de se utilizar das normas e interpretações internacionais e apliquem somente as normas e entendimentos internos, mesmo que contrários à Convenção, quando isso for necessário ao respeito à diversidade existente entre distintas nações. Nas palavras do autor:

*The margin of appreciation doctrine has been described as the latitude of deference or error which the Strasbourg organs will allow to national bodies before it is prepared to declare a violation of one of the Convention's substantive guarantees. The doctrine overtly injects a certain degree of relativity into the application of the Convention's norms, and has thus been considered the cornerstone of the Convention's respect for the diversity of nations.*¹⁸⁶

Refere-se, pois, a uma técnica que, surgida no Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos, busca garantir o respeito às diversidades culturais existentes na região, encontrando-se baseada na noção de que cada sociedade tem o direito a certo espaço para a

das providências tomadas e dos motivos que as provocaram. Deverá igualmente informar o Secretário - Geral do Conselho da Europa da data em que essas disposições tiverem deixado de estar em vigor e da data em que as da Convenção voltarem a ter plena aplicação.

¹⁸⁵ Posteriormente, reconheceu-se a aplicabilidade da teoria da margem de apreciação nacional em outras hipóteses, destacando-se que recentemente foi ela aplicada no julgamento do caso *A, B and C vs. Irlanda*, em 2010, hipótese na qual se reconheceu a possibilidade de a Irlanda proibir o aborto em seu país, em razão de as leis do país não o considerar como um direito fundamental da mulher irlandesa (CORTE EDH, 2010).

¹⁸⁶ A teoria da margem de apreciação tem sido descrita como a latitude de deferência ou erro que os órgãos de Estrasburgo permitirão aos órgãos nacionais antes de estarem dispostos a declarar uma violação de uma das garantias substanciais da Convenção. A doutrina injeta abertamente certo grau de relatividade na aplicação das normas da Convenção e, portanto, foi considerada a pedra angular do respeito da Convenção pela diversidade das nações (tradução livre).

resolução de conflitos internos entre direitos individuais e interesses nacionais ou entre diferentes concepções morais (SERNA DE LA GARZA, 2013). Isso porque se entende que não obstante se busque uma harmonização da proteção dos direitos humanos, tal harmonização não significa a unificação de ordenamentos ou a subsunção de um ao outro (NOGUEIRA ALCALÁ, 2011).

Frisa-se que embora a doutrina tenha se desenvolvido no Sistema Europeu, não há impedimentos para sua aplicação no SIDH, mesmo que tal aplicação ainda seja limitada em referido sistema, ante a maior homogeneidade cultural da região quando em comparação com o Sistema Europeu. Ressalta-se, contudo, que a despeito de diversos teóricos defenderem sua imprescindibilidade para o desenvolvimento do sistema, a Corte IDH até o momento apenas a aplicou expressamente em uma hipótese submetida a sua apreciação, qual seja, na Opinião Consultiva OC-4 (1984), na qual a Corte IDH emitiu opinião quanto à proposta de emenda, pelo Governo da Costa Rica, a dispositivos constitucionais que regiam o instituto da naturalização.

Em tal oportunidade, a Corte IDH salientou que aos Estados é permitida certa margem de apreciação no exercício de sua soberania. No entanto, o Tribunal Interamericano ao mesmo tempo mostrou-se preocupado com o maior uso da técnica, por entender importar ela um risco de serem produzidos julgamentos subjetivos e arbitrários no âmbito do sistema, de forma a levar a possíveis violações a direitos humanos na região. Essa preocupação é a que tem levado ao pouco desenvolvimento da técnica no âmbito do SIDH e à ausência de sua aplicação, pela Corte IDH, em outros casos submetidos a sua análise.

A despeito de tal preocupação, há de se considerar que se deve permitir, em certa medida, que haja divergências, para a própria preservação das diversidades culturais existentes, consoante já destacado. Há de se levar em consideração, ainda, que são os tribunais nacionais que conhecem a realidade e as peculiaridades de seu país, de modo que a valoração e a interpretação que estes fazem do direito devem ser levadas em consideração pelos tribunais supranacionais, sob pena de estes se imporem sobre os tribunais nacionais, desconsiderando a legitimidade do direito nacional, esta sendo uma das principais críticas existentes com relação ao processo de inter-relacionamento entre o direito nacional e o internacional (ORTIZ TORRICOS, 2014).

A garantia aos Estados nacionais de certa margem de apreciação nacional mais se adequa ao cenário de pluralismo e diversidade existente, justificando racionalmente as disparidades culturais entre as diferentes comunidades nacionais. As distinções, pois, devem ser assumidas pelo poder público e, em especial, pelas autoridades judiciais, as quais, ao

tempo de conhecer as controvérsias no caso concreto, possuem o dever de levar em consideração as particularidades de seu próprio Estado para que se possa emitir um pronunciamento que não vá contra os direitos humanos, mas que também não ignore a realidade econômica, cultural e política do país.

Referido entendimento decorre da percepção de que o direito não pode ser aplicado e interpretado apenas de forma geral ou abstrata, já que a partir da interpretação de um direito de uma forma tão indefinida se perderia a realidade, a eficácia e a vigência de tal direito (ORTIZ TORRICOS, 2014). Dessarte, nos casos em que são abordados temas altamente controvertidos no campo ético, que suponham uma modificação na forma de vida escolhida por determinada sociedade, deve-se permitir a tal sociedade a possibilidade de interpretar o direito de forma divergente com a interpretação conferida pela Corte IDH (TELLO MENDOZA, 2015).

Ressalta-se que há críticas à doutrina da margem de apreciação nacional, argumentando-se que por meio da mesma se limitaria o papel dos tribunais constitucionais no processo de homogeneização da interpretação conferida aos direitos humanos e se possibilitaria que se atenuasse o impacto de determinadas condenações dirigidas aos Estados-partes, o que agiria em sentido contrário à finalidade dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, criando óbices à integral proteção dos direitos humanos.

Em que pese tal fato, há de se ter presente que embora os países que compõem os blocos regionais aspirarem objetivos comuns a diversidade cultural deve ser considerada. Como afirma García Ramírez (2011, p. 128), “*el control interno de convencionalidad supone cierto margen nacional de apreciación. Sería imposible excluirlo en la hipótesis (...) de que no existan definiciones del tribunal supranacional o de que pudiera haber decisiones nacionales que brinden mejor protección al ser humano*”¹⁸⁷.

Por tal motivo, naqueles temas sobre os quais não há total consenso, se abre a possibilidade de as autoridades jurisdicionais nacionais resolverem as denúncias de violações a direitos fundamentais em sentido diferente à interpretação anteriormente conferida pelo órgão supranacional, considerando que são tais autoridades as que melhor conhecem os valores e as necessidades da sociedade em que trabalham.

Logo, ainda que a princípio se exija que os órgãos nacionais apliquem as diretrizes da CADH e os enunciados da Corte IDH, há situações em que o juiz nacional terá uma maior

¹⁸⁷ [...] o controle interno e convencionalidade supõe certa margem nacional de apreciação. Seria impossível a excluir na hipótese (...) de não existirem definições do tribunal supranacional ou de não haver decisões nacionais que conferem melhor proteção ao ser humano (tradução livre).

margem de criatividade. Como pontuado por Pedro Sagües (2013, p. 998):

[...] *en otras situaciones el juez nacional, operador del principio de convencionalidad, tendrá un alto margen de creatividad cuando tenga que interpretar el derecho doméstico según las reglas del Pacto de San José, y no exista jurisprudencia (en el punto sometido a su revisión), de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Allí, naturalmente, tendrá un vasto campo de acción, porque le tocará desplegar al Pacto sin el corse interpretativo (en el caso, no diseñado) por la Corte Interamericana. Desde luego, eso no significa que pueda interpretar al Pacto como quiera, al estilo de una “interpretación libre”, porque aparte del texto del mismo, la interpretación histórico-autoral y la finalista lo estarán acompañando; pero hay que reconocer que en tal hipótesis cuenta con mayor autonomía.*¹⁸⁸

É claro que não se admite a aplicação de tal técnica indiscriminadamente. Como ressalta Ortiz Torricos (2014, p. 336), essa técnica “*tiene sus propios y naturales límites, porque no está para convalidar ilegalidades o violaciones a los derechos, sob pretexto de la realidad nacional*”¹⁸⁹, impondo-se que no tocante ao núcleo central irreduzível, ao piso mínimo estabelecido pela comunidade internacional como de imperativa proteção, nenhum Estado pode desvincular-se ou alegar desconhecer. Logo, não se admitem como válidas soluções nacionais profundamente ilegítimas, que contrariem normas cogentes do direito internacional, nesses casos não havendo que se falar no caráter superior do direito à diversidade e na técnica da margem de apreciação nacional.

Por outro lado, entende-se que ao menos deve ser conferida a possibilidade de utilização da técnica em alguns casos, até mesmo porque a partir do momento que se possibilita aos Estados, mesmo diante dos compromissos internacionais por ele assumidos, o integral respeito às suas peculiaridades, criam-se condições para que haja uma maior aceitação da obrigatoriedade de atendimento às disposições convencionais e de promoção de um diálogo com cortes estrangeiras, em especial a Corte IDH (ORTIZ TORRICOS, 2014). Eliminam-se grandes obstáculos para a aceitação da necessidade de constantes interações e da imprescindibilidade de adequação das normas internas às normas regionais, o que se considera de essencial importância para o desenvolvimento do diálogo no SIDH.

¹⁸⁸ [...] em outras situações o juiz nacional, operador do princípio de convencionalidade, terá uma alta margem de criatividade quando tenha que interpretar o direito doméstico segundo as regras do Pacto de São José, e não exista jurisprudência (no ponto submetido a sua revisão), da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ali, naturalmente, terá um vasto campo de ação, porque lhe caberá implantar o Pacto sem o critério interpretativo (no caso, não desenhado) da Corte Interamericana. Desde logo, isso não significa que se pode interpretar o Pacto como queira, ao estilo de uma “interpretação livre”, porque à parte do texto do mesmo, a interpretação histórico-autoral e a finalista o estarão acompanhando; mas há que se reconhecer que em tal hipótese conta com maior autonomia (tradução livre).

¹⁸⁹ [...] tem seus próprios e naturais limites, porque não está para convalidar ilegalidade ou violações aos direitos, sob o pretexto da realidade nacional (tradução livre).

CONCLUSÃO

A identificação da possibilidade do estabelecimento de um diálogo em sentido estrito no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, ou seja, de um diálogo de cunho obrigatório e realizado com reciprocidade entre as cortes constitucionais dos países que compõem o sistema e a Corte IDH, é uma tarefa que necessariamente passa pela identificação dos fatores que permitem e exigem sua promoção.

Nesse tocante, pode-se constatar a existência de diversos fatores, sejam eles históricos, normativos ou teóricos, que denotam essa exigência, demonstrando a importância do estabelecimento de uma relação dialógica entre diferentes cortes, especialmente no que se refere à proteção dos direitos humanos. Tais fatores restaram demonstrados ao longo do presente trabalho, com o fim de evidenciar e levar a uma aceitação, entre juristas e teóricos, não somente da importância, mas também da obrigatoriedade do estabelecimento de comunicações entre distintas instâncias decisórias para, dessa forma, auferir maiores meios de concretizar o objetivo comum existente entre os planos jurídicos interno e internacional, qual seja, a proteção do indivíduo contra arbitrariedades e violações constantes a seus direitos mais básicos.

No que concerne aos fatores históricos e teóricos, denota-se que um dos elementos fundamentais à afirmação da existência e da exigência da promoção de comunicações entre distintas cortes constitucionais se relaciona à própria evolução da proteção conferida aos direitos humanos no plano internacional e no plano interno, desde a segunda metade do século XX. Isso porque a partir do momento em que o direito internacional passa ter como sujeito a pessoa humana, não mais se limitando à regulação das relações entre Estados, e do conseqüente surgimento de um ramo do direito internacional destinado especificamente a garantir essa proteção, qual seja, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, bem como a partir do concomitante momento em que há uma abertura do direito constitucional ao direito internacional, com o objetivo primordial de demonstrar o comprometimento dos Estados com alguns dos compromissos por eles assumidos na esfera internacional, cria-se um espaço propício para a promoção de interações.

As transformações proporcionadas pelos processos de constitucionalização do direito internacional e internacionalização do direito constitucional levam à confluência entre as distintas ordens jurídicas, à necessidade de articulação e interação entre elas, justamente em razão de tais ordens deterem finalidades comuns, de elas tutelarem basicamente os mesmos

direitos e de deterem elas um foco comum, este relativo à tutela dos direitos inerentes à pessoa humana. Promovem, desta feita, um cenário propício ao desenvolvimento de contínuas comunicações entre os órgãos judiciais domésticos e as cortes internacionais e regionais, em razão de levar à formação de um sistema jurídico em que a pessoa é protegida em mais de um nível, os diferentes planos de proteção devendo comunicar-se para a integral tutela do indivíduo em todos os aspectos. Assim, permitem a convergência entre os distintos planos jurídicos de proteção do indivíduo, convergência esta fundamental para o estudo do diálogo interjudicial.

Do mesmo modo, decorrente desses processos de internacionalização do direito constitucional e de constitucionalização do direito internacional, constata-se que a superação de alguns conceitos tidos como preponderantes para o estudo do direito e do inter-relacionamento entre distintas ordens jurídicas também cria caminhos para possibilitar o estabelecimento de diálogos interjudiciais. A progressiva formação do Direito Internacional dos Direitos Humanos e a assunção, pelos Estados, de compromissos internacionais destinados a garantir a observância a tais direitos, modificam positivamente as relações estabelecidas entre os planos normativos interno e internacional. Além de conduzirem à elevação do indivíduo a sujeito primário de proteção, tanto na ordem interna quanto na ordem internacional, levam à relativização de conceitos antes preponderantes quando do estudo das interações entre os distintos planos de proteção.

De um lado, levam à negação do caráter absoluto da soberania estatal, ou seja, levam à superação da ideia geral de que um Estado é totalmente autônomo, não podendo sofrer qualquer ingerência externa e não podendo, ainda, ser responsabilizado internacionalmente pelo descumprimento aos direitos previstos na esfera internacional. De outro, promovem condições para a superação de ideias relativas à completa separação entre o ordenamento jurídico interno e o externo (dualismo jurídico) e relacionadas à hierarquia entre os dois planos (monismo jurídico), para afirmar a existência de uma constante coordenação heterárquica entre instâncias normativas de diferentes planos de proteção dos direitos humanos, coordenação esta que se constitui como pressuposto para a constante articulação entre ordens jurídicas.

Diante de tais modificações, cria-se um sistema que caminha rumo ao estabelecimento de interações, justamente ante a percepção de que não mais é possível que um Estado continue a atuar de forma isolada dos demais Estados e da ordem jurídica internacional ou regional, tendência esta que é concretizada, ainda, ante o desenvolvimento econômico, social, cultural e jurídico da sociedade nas últimas décadas.

No tocante a esse desenvolvimento, denota-se que este se relaciona eminentemente ao progressivo aumento da complexidade da sociedade, consoante demonstrado por Luhmann, e, conseqüentemente, à globalização, e se constitui como outro fator fundamental para a defesa da necessidade de articulação entre diferentes sistemas jurídicos, já que aumentam a interdependência entre os diferentes sistemas jurídicos. Isso porque, a partir de então, além de se constatar que os problemas relativos a direitos humanos não se limitam às fronteiras territoriais, atingindo a sociedade global como um todo, percebe-se que apesar de um problema poder ser considerado meramente local, a solução a ele conferida por outro sistema pode conduzir a maiores benefícios do que aquela que poderia ser dada pelo Estado isoladamente.

A complexidade da sociedade e a globalização dela decorrente, pois, consagram uma tendência que já se encontrava em plena formação desde a segunda metade do século XX, qual seja, a necessidade de convergência entre os distintos planos de proteção da pessoa e a decorrente imprescindibilidade do estabelecimento de mecanismos próprios para essa inter-relação. Vislumbra-se que somente com a estipulação de referidos mecanismos, há condições para se assegurar a própria subsistência de um sistema composto por diferentes ordens que, por vezes, se sobrepõem umas às outras, já que destinadas à tutela dos mesmos direitos.

Nesse sentido, identifica-se que o processo de confluência entre o direito internacional e o direito interno e as conseqüências dele resultantes, bem como as transformações promovidas na estrutura da sociedade a partir do aumento de sua complexidade, correspondem a fatores preponderantes para a promoção de um diálogo entre cortes constitucionais e internacionais ou regionais, ressaltando a necessidade de contínua comunicação para a própria perpetuidade do sistema e para a constante evolução na proteção dos direitos humanos. A evolução proporcionada pela globalização e a aproximação entre a ordem jurídica internacional e a nacional repercutem de maneira decisiva para se afirmar a necessidade do estabelecimento de constantes comunicações entre distintas ordens jurídicas, para evitar a imposição de uma ordem sobre a outra e, concomitantemente, para assegurar que ao indivíduo sejam garantidos seus direitos mais básicos, independentemente do local em que se encontre.

Noutro norte, porém estritamente correlacionados com os fatores acima destacados, denota-se que outras questões e conceitos também delineiam essa necessidade de promoção de diálogos interjudiciais. Cita-se como fatores teóricos decisivos para possibilitar essa interação a própria evolução do constitucionalismo contemporâneo, com a formação de um constitucionalismo multinível, bem como a ideia de alteridade, esta vista como um imperativo

na sociedade contemporânea.

Com relação ao constitucionalismo multinível, ressalta-se que a defesa de seu desenvolvimento por teóricos constitucionalistas destinou-se a abarcar a nova realidade contemporânea de convergência entre os sistemas constitucionais e o direito internacional. Sua importância cinge no fato de que a partir desta nova fase do constitucionalismo contemporâneo as perspectivas mudam, o estudo do constitucionalismo deixando de centrar-se meramente no âmbito interno para abarcar a imprescindibilidade de inter-relacionar-se com outras Constituições ou normas internacionais de mesmo valor, sobretudo ante a constatação da existência de uma pluralidade de ordens jurídicas que tutelam os mesmos direitos.

A evolução teórica proporcionada pela emergência da ideia de que nos encontramos em um constitucionalismo não mais limitado a fronteiras territoriais, no qual se destaca que os diferentes ordenamentos (interno e internacional) são componentes formalmente autônomos de uma mesma unidade constitucional, devendo haver cooperação e aceitação mútua entre eles para a proteção de valores comuns, salienta a necessidade de contínua articulação para a promoção de tal cooperação. Nesse sentido, o constitucionalismo multinível ressalta a imprescindibilidade do diálogo para a concretização dessa articulação, tratando-se, pois, de uma construção teórica que leva à possibilidade e salienta a necessidade de se compensarem as deficiências crescentes das Constituições nacionais por meio de um diálogo interjudicial.

Quanto ao conceito de alteridade, denota-se que sua defesa também delinea a necessidade de constante interação entre ordens jurídicas de distintas localidades. Isso porque, apesar de normalmente ser um conceito destinado a demonstrar a necessidade de observância e respeito a outra pessoa, nas relações entre particulares, também se refere a uma ideia que consagra justamente a imprescindibilidade de se perceber que a evolução da proteção conferida aos direitos humanos somente é possível a partir da soma de diferentes perspectivas, soma esta que apenas é possibilitada por meio da aceitação do outro, da interpretação conferida pelo outro e das soluções conferidas por outras ordens jurídicas a problemas semelhantes.

Nessa perspectiva, a alteridade relaciona-se estritamente com o diálogo, constituindo elemento indispensável à promoção do mesmo. Com base em tal conceito, permite-se o oferecimento de respostas mais adequadas a diferentes problemas constitucionais, em razão de levar em consideração as mais diferentes perspectivas existentes no contexto da sociedade atual, caracterizada por sua fragmentariedade. Possibilita a superação de resistências à maior articulação entre distintas ordens, por ressaltar a importância de todas as perspectivas existentes e por afirmar a impossibilidade de uma universalidade dos direitos humanos sem

que se levem em consideração as divergências de interpretações existentes.

Permite, dessa forma, uma maior aceitação da ideia de que o futuro da proteção dos direitos humanos, cujo conceito implicitamente contém a ideia de universalidade, apenas será possível com a atuação conjunta de todos os Estados e culturas, atuação essa que somente é possibilitada, ao menos no SIDH, com o estabelecimento de comunicações entre diferentes Estados e entre estes e a Corte IDH, até mesmo ante a inexistência de mecanismos formais de integração entre órgãos judiciais na região.

Além dos fatores históricos e teóricos acima destacados, constata-se a existência de alguns fatores específicos ao SIDH que consagram definitivamente essa exigência do estabelecimento de diálogos em sentido estrito na região.

Primeiramente, identifica-se a existência de fatores decorrentes da própria evolução do SIDH, ante a criação de um aparato judicial destinado especificamente a garantir a proteção do cidadão americano.

A edição da Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece o vínculo jurídico necessário entre os países que compõem o sistema para exigir o estabelecimento de um diálogo interjudicial em sentido estrito na região, já que por ter sido ratificado de maneira espontânea pelos Estados, no exercício de sua soberania, tornou obrigatória a observação das normas convencionais e das normas complementares do sistema. Do mesmo modo, a criação da Corte IDH reforça o vínculo jurídico existente, por possibilitar que no caso de não observação às normas convencionais aos quais os Estados espontaneamente manifestaram sua concordância sejam eles responsabilizados na esfera internacional, assegurando a necessidade de os Estados, com o fim de atenderem os compromissos assumidos e evitarem a responsabilização internacional, procurarem sempre observarem as normas convencionais.

Identifica-se, ainda, a existência de algumas normas específicas no SIDH que estabelecem essa obrigatoriedade de os Estados fielmente empreenderem medidas para assegurar a proteção dos direitos humanos na região. Nesse sentido, destacam-se especialmente as normas previstas nos artigos 1.1, 2 e 29 da CADH, pelas quais se fixam as obrigações gerais dos Estados na proteção dos direitos humanos, se estabelece a obrigação específica de tais Estados de empreenderem todas as medidas necessárias para compatibilizar o ordenamento e práticas internas com as normas convencionais e a interpretação conferida pela Corte IDH a tais normas e se firma a imprescindibilidade de que os juízes nacionais ou regionais, quando da análise do caso concreto, optem pela aplicação da norma ou interpretação que seja mais favorável ao lesado.

Referidas normas específicas, além de exigirem que as cortes constitucionais

observem as normas convencionais e a eliminem os obstáculos existentes no ordenamento interno que impliquem violações a tais normas, destacam a necessidade de que as cortes nacionais formulem decisões de forma compatível com as decisões da Corte IDH, ou seja, exigem como condição necessária a constante interação das cortes nacionais com o Tribunal Interamericano, de modo a não limitar o padrão interpretativo mínimo fixado pela Corte IDH e a garantir o efeito útil das normas convencionais. Da mesma forma, exigem a interação da Corte IDH com os tribunais nacionais, já que implica a imprescindibilidade de os juízes regionais efetuarem um juízo de ponderação que garanta a aplicação da norma ou interpretação mais favorável ao indivíduo, mesmo que isso signifique a utilização, pela Corte IDH, das normas constitucionais ou da interpretação conferida a alguma norma pelos juízes nacionais.

Denota-se, ainda, a existência de entendimentos e construções jurisprudenciais que reforçam ainda mais os dispositivos convencionais, ao estabelecerem a obrigatoriedade observância pelas cortes nacionais da interpretação conferida pela Corte IDH, mesmo que não seja o Estado em questão parte de um processo contencioso ou consultivo submetido à apreciação do Tribunal Interamericano. A partir da doutrina da “coisa interpretada”, ou seja, da ideia de que a *ratio decidendi* dos pronunciamentos da Corte IDH possui eficácia *erga omnes*, devendo ser observada pelos Estados que compõem o sistema (qualidade essa que deriva do fato de a Corte ser a autêntica intérprete das normas convencionais), intensifica-se a necessidade de interações entre tais cortes, por meio de um contínuo diálogo interjudicial.

Dessa forma, percebe-se a existência de normas específicas e construções teóricas e jurisprudenciais que veiculam a obrigação de interação recíproca entre as cortes nacionais e o Tribunal Interamericano, exigindo, desta feita, a obrigatoriedade de um diálogo, para a efetiva proteção dos direitos humanos na região.

Frisa-se, contudo, que a simples presença dos requisitos da obrigatoriedade e reciprocidade no estabelecimento de um diálogo, requisitos esses evidenciados em razão da existência de um vínculo jurídico no SIDH, da existência de supramencionados dispositivos normativos na CADH que delineiam essa obrigatoriedade e da formação de construções jurisprudenciais que fixam a necessidade de observância à interpretação conferida pela Corte IDH às normas convencionais, não possuiria o condão de levar ao diálogo, à constante interação, entre as cortes do SIDH. Fator preponderante para a garantia da promoção do diálogo consiste justamente no estabelecimento na região de algumas ferramentas específicas para o diálogo, além da aplicação de uma técnica específica para possibilitar a aceitação entre juristas da necessidade de interação.

No tocante às ferramentas, essas se referem ao controle de convencionalidade e à interpretação conforme, processos por meio dos quais as autoridades judiciárias, sejam elas nacionais ou regionais, verificam a compatibilidade entre as normas internas e as normas convencionais, bem como sua compatibilidade com a interpretação dada pela Corte IDH a tais normas. Por meio de tais ferramentas o diálogo em sentido estrito vem sendo realizado no âmbito do SIDH, visto que a partir delas se estabelece um constante contato entre as cortes nacionais e o Tribunal Interamericano, na busca pela garantia da eficácia interna e externa dos ordenamentos jurídicos no que diz respeito à proteção dos direitos humanos.

Desse modo, referem-se a ferramentas que, se adequadamente empregadas, se constituem como instrumentos hábeis para o constante contato entre os juízes nacionais e os juízes regionais, já que garantem que tal contato se dê de forma coordenada, viabilizando a progressiva articulação entre distintas ordens e a promoção de diálogos interjudiciais e, consequentemente, viabilizando a consolidação de um *ius commune* na região.

No que concerne à técnica da margem de apreciação nacional, seu desenvolvimento na doutrina e jurisprudência também constitui um fator necessário para o diálogo no SIDH. Isso porque apesar de não haver consenso quanto à possibilidade de sua aplicação no SIDH, ela se revela como um mecanismo fundamental para se assegurar que não haja a completa subsunção de uma ordem jurídica a outra, em respeito a algumas peculiaridades inerentes aos países que compõem o sistema. Tal técnica, ao levar em consideração as diferenças econômicas, sociais ou culturais existentes entre os países, abre caminhos para que haja uma maior aceitação da obrigatoriedade de estabelecimento de um diálogo entre cortes estatais e a Corte IDH, eliminando os obstáculos existentes para a aceitação, pelos Estados, da imprescindibilidade de interação para a proteção de direitos humanos, cuja universalidade depende da observância às diversidades existentes.

Desta feita, denota-se a existência de um grande leque de fatores que permitem se concluir pela possibilidade e obrigatoriedade de promoção de um diálogo em sentido estrito no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, sejam esses fatores destinados a assegurar a maior aceitação da ideia da necessidade de interação, sejam eles destinados a firmar a obrigatoriedade de sua promoção, ou sejam eles, ainda, destinados a estabelecer procedimentos específicos para a interação.

Assim, a recusa de alguns Estados em empreenderem mecanismos para uma maior interação, desde que considerada a alteridade e a técnica da margem de apreciação nacional como elementos inerentes do diálogo, não possui qualquer fundamentação aceitável, havendo condições suficientes no cenário atual de interdependência entre ordens jurídicas para se

exigir a promoção de diálogos destinados a assegurar uma maior proteção dos direitos humanos em todos os países que compõem o SIDH.

O diálogo em sentido estrito proporciona a constante evolução do sistema regional interamericano de proteção dos direitos humanos, possibilitando a formação de uma *ius commune* na região destinado a garantir que o indivíduo, foco da proteção jurídica interna, internacional e regional, seja protegido em todas as hipóteses, por pertencer ele a um sistema jurídico multinível destinado a obstar a ocorrência de arbitrariedades. Desta feita, exige-se que as cortes nacionais busquem articular-se com a Corte IDH, com o fim de assegurar não somente que o Estado cumpra com os compromissos por ele firmados na ordem internacional, mas também cumpra com seu compromisso para com os indivíduos sob sua jurisdição.

REFERÊNCIAS

ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. El diálogo judicial interamericano: un camino de doble vía hacia la protección efectiva. In: MEZZETTI, Luca. CONCI, Luiz Guilherme (Org.). **Diálogo entre cortes: a jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015, p. 253-286.

_____. **Del diálogo interjudicial a la constitucionalización del derecho internacional: la red judicial latinoamericana como prueba y motor del constitucionalismo multinivel**. 2013. Tese (Doutorado em Direito Internacional e Relações Internacionais) – Universidade Complutense de Madrid, Instituto Universitario de Investigación Ortega e Gasset, Madrid, 2013.

AGUIAR, Marcos Pinto. Relações dialógicas como instrumentos de expansão e realização dos direitos humanos no mundo contemporâneo. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, v.14, n. 14, p. 281-295, 2014.

AMARAL JÚNIOR, Alberto; JUBILUT, Liliana Lyra. O Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal. In: _____; _____ (Coord.). **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2009, p. 30-49.

ARAÚJO, Victor Costa de. **O transconstitucionalismo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: uma análise sob a ótica da teoria dos direitos fundamentais**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.

ARIOSI, Mariangela de F. As relações entre o direito internacional e o direito interno. **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, v. 06, n. 63, p. 11-19, ago. 2004.

ARNAUT, Danilo. Da biosfera à sociedade global: contribuições das teorias de risco para a sociologia da globalização. **Cadernos Ceru**, v. 24, n. 1, p. 137-168, 2013.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 19, p. 1-19, jan.-mar. 2009.

AYALA CORAO, Carlos. La doctrina de la “inejecución” de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009). In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (Coord.). **Diálogo jurisprudencial em derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales**. México: Tirant lo Blanch, 2013, p. 503-568.

_____. La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Revista Estudios Constitucionales**, Universidad de Talca, ano 5, n. 1, p. 127-201, 2007.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. A relação dialética entre identidade constitucional nacional e europeia, no quadro do Direito Constitucional Europeu. **ONIO EU Law Journal**, v. 3, n. 1, p. 10-24, jan. 2017.

_____. **Introducción ao derecho constitucional**. 3 ed. Madri: Editora Tecnos, 2014.

_____. Fuentes del derecho, espacios constitucionales y ordenamientos jurídicos. **Revista Española de Derecho Constitucional**, v. 23, n. 69, p. 181-213, dez. 2003.

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edições 70, 2011.

BARROSO. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 204, p. 1-42, abr.-jun. 2005.

BAZÁN, Víctor. El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales y prevenir la responsabilidad del Estado. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 19, p. 25-70, 2015.

_____. Hacia un diálogo crítico entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos e las cortes supremas o tribunales constitucionales latinoamericanos. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (Coord.). **Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales**. México: Tirant lo Blanch, 2013, p. 569-598.

_____. Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas. **Revista Europea de Derechos Fundamentales**, n. 18, p. 63-104, 2011.

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, p. 295-310, 2009.

BENVENISTI, Eyal; DOWNS, George. Toward Global checks and balances. **Constitutional political economy**, v. 20, n. 3-4, p. 366-387, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elviesier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Ciência política**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BRYDE, Brunn-Otto. International democratic constitutionalism. In: MACDONALD, Ronald St. John; JOHNSTON, Douglas (Ed.). **Towards world constitutionalism: issues in the legal ordering of the world community**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2005

BUBER, Martin. **Eu e tu**. Trad. Newton Aquiles von Zuben. São Paulo: Centauro, 2001.

BUERGENTHAL, Thomas. **International human rights**. Minnesota: West Publishing Co, 1988.

BUSTOS GISBERT, Rafael. XV Propositiones generales para una teoría de los diálogos judiciales. **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 95, p. 13-63, maio-ago. 2012.

CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio; LOPES, João Felipe Menezes. A soberania externa enquanto fenômeno mutável e seus reflexos na teoria jurídica. **Revista Argumentum**,

Marília/SP, v. 18, n. 1, p. 109-123, jan./abr. 2017.

_____. Meio Ambiente e Estado Constitucional Cooperativo. **Revista Thesis Juris**, v. 2, p. 353-378, 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Alverina, 2000.

CANDAU, Vera M. Interculturalidade e educação escolar. In: _____ (Org.). **Reinventar a escola**. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 47-60.

CARBONELL, Miguel. La interpretación constitucional de los derechos fundamentales y el uso del derecho comparado en el dialogo jurisprudencial. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (Coord.). **Diálogo jurisprudencial em derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales**. México: Tirant lo Blanch, 2013, p. 599-616.

CAROZZA, Palo G. Uses and misuses of comparative law in International Human Rights: some reflections on the jurisprudence of the European Court of Human Rights. **Notre Dame Law Review**, v. 73, n. 5, p. 1217-1238, 1998.

CARVALHO, Oswaldo Ferreira de. A constitucionalização e a internacionalização dos direitos fundamentais. *Revista Direito Público*, v. 8, n. 43, p. 46-64, 2011.

CASTILLO DAUDÍ, Mireya. **Derecho internacional de los derechos humanos**. 2. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006.

CAVALLO, Gonzalo Aguilar. ¿Surgimiento de un derecho constitucional común en América? (Parte II). **Revista Derecho del Estado**, n. 26, p. 51-83, jan./jun. 2011.

CHOUDRY, Sujit. Migration as a new metaphor in comparative constitutional law. In: _____ (Ed.). **The migration of constitutional ideas**. Nova York: Cambridge University Press, 2006, p. 01-36.

CLAES, Monica; VISSER, Maartje de. Are you networked yet? On dialogues in European judicial networks. **Utrecht Law Review**, v. 8, n. 2, p. 103-114, maio 2012

CLAUDE, Richard Pierre; WESTON, Burns H. (Ed.). **Human rights in the world community: issues and action**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1989.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; GERBER, Konstantin. Diálogo judicial, proteção de dados e soberania informativa. In: ARTESE, Gustavo (Org.). **Marco civil da internet**. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015, v. 1, p. 259-276.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Diálogo entre cortes e o controle de convencionalidade: algumas reflexões sobre a relação entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: MEZZETTI, Luca; CONCI, Luiz Guilherme (Org.). **Diálogo entre**

cortes: a jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015.

_____. O controle de convencionalidade como parte de um constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana. **Revista de Processo**, v. 232, jun. 2014.

_____. Las sentencias de los tribunales internacionales de derechos humanos y los tribunales supremos nacionales: el caso de Brasil In: PIZZOLO, C.; MEZZETTI, L. **Diritto costituzionale transnazionale:** Attidel Seminario Internazionale di studi Bologna. Bolonha: Filodiritto, 2013, v.1, p. 59-90.

_____. **Controle de convencionalidade e constitucionalismo latino-americano.** 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2012.

COTTIER, Thomas. Multilayered governance, pluralism, and moral conflict. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 16, n. 2, p. 647-679, 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional.** Salvador: Jus Podivm, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

DIAS, Roberto; MOHALLEM, Michael Freitas. O diálogo jurisdicional sobre direitos humanos e a ascensão da rede internacional de cortes constitucionais. In: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (Coord.). GERBER, Konstantin (Org.). **A jurisprudência e o diálogo entre Tribunais:** a proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 153-206.

DIMOULIS, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. Constitutional borrowing and nonborrowing. **Oxford University Press and New York University School of Law**, v. 1, n. 2, p. 196-223, 2003.

FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito:** temas e desafios. Trad. Candice Premaor Gullo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

FASSBENDER, Bardo. The United Nations Charter as Constitution of the international community. **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 36, n. 3, p. 529-619, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris:** teoria del derecho y de la democracia. Volume II. Trad. Perfecto Andres Ibanez *et al.* Madrid: Editorial Trotta, 2011.

_____. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional.** Trad. Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRARESE, Maria Rosaria. When national actors become transnational: transjudicial

dialogue between democracy and constitutionalism. **Global Jurist**, v. 9, n. 1, 2009.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculacion directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los estados parte de la Convencion Americana (*res interpretata*) – Sobre el cumplimiento del Caso Gelman Vs. Uruguay. In: _____; HERRERA GARCÍA, Alfonso (Coord.). **Diálogo jurisprudencial em derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales**. México: Tirant lo Blanch, 2013, p. 617-672.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. HERRERA GARCÍA, Alfonso. Notas Introdutórias. In: _____; _____ (Coord.). **Diálogo jurisprudencial em derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales**. México: Tirant lo Blanch, 2013, p. 13-20.

FIGUEIREDO, Marcelo. A influência da doutrina nas cortes constitucionais. **Revista Direito UFMS**, Edição especial, p. 131-144, jan./jun. 2015.

_____. América Latina y la defensa y promoción de los derechos humanos: las Constituciones y el derecho internacional de los derechos humanos en la región. In: MEZZETTI, Luca; PIZZOLO, Calogero. **Diritto costituzionale transnazionale**. Bologna: Filo diritto, 2012, p. 13-58.

_____. La evolución político-constitucional de Brasil. **Estudios Constitucionales**, v. 6, n. 2, p. 209-246, 2008.

FIX-ZAMÚDIO, Hector. Relaciones entre los tribunales contitucionales latinoamericanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (Coord.). **Diálogo jurisprudencial em derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales**. México: Tirant lo Blanch, 2013, p. 673-766.

_____. La evolución del derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas. In: ALMEIDA, Ileana, *et al* (Org.). **Estudios básicos de Derechos Humanos**. Tomo II. São José da Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1995.

FLEURI, Reinaldo Matias. Intercultura e educação. **Revista Brasileira de Educação**, Santa Catarina, n. 23, p. 16-35, maio-ago. 2003.

FLOH, Fabio. Direito internacional contemporâneo: elementos para a configuração de um direito internacional na ordem internacional neo-westfaliana. In: CASELLA, Paulo Borba; *et al* (Coord.). **Direito internacional, humanismo e globalidade**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 219-235.

GALINDO, Bruno César Machado Torres. **Constituição e integração interestatal: defesa de uma teoria intercultural da constituição**. 2004. Tese (Doutorado em Direito Público) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. 4 ed. Madrid: Civitas, 2006.

GARCÍA RAMÍREZ, Sérgio. El control judicial interno de convencionalidad. **Revista Científica del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla**, n. 28, p. 123-159, jul.-dez. 2011.

GARCÍA-SAYAN. Justicia interamericana y tribunales nacionales. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (Coord.). **Diálogo jurisprudencial em derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales**. México: Tirant lo Blanch, 2013, p. 805-834.

GARCÍA ROCA, Javier; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; BUSTOS GISBERT, Rafael. La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo. In: GARCIA ROCA, Javier *et al* (Ed.). **El dialogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos**. Pamplona: 2012, pp. 66-107.

GARCÍA ROCA, Javier. El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales en la construcción de un orden público europeo. **Teoría y Realidad Constitucional - UNED**, n. 30, p. 183-224, 2012.

_____. Soberanía estatal versus integración europea mediante unos derechos fundamentales comunes: ¿cuál es el margen de apreciación nacional? In: _____; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio (Ed.). **Integración Europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a outro integrado**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 15-53.

GELLI, María Angélica. El plazo razonable de la prisión preventiva y el valor de la jurisprudencia internacional (en el caso 'Acosta'). **Revista Jurídica Argentina La Ley**, Buenos Aires, 2012.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GLENDON, Mary Ann. **Rights talk: the impoverishment of political discourse**. Nova York: The Free Press, 1991.

HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). **Direito e Legitimidade**. São Paulo: Landy Editora, 2003, p. 67-82.

_____. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HENKIN, Louis. **The age of rights**. Nova York: Columbia University Press, 1990.

HERDEGEN, Matthias. La internacionalización del orden constitucional. **Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano**, Montevidéo, ano XVI, p. 71-81, 2010.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Editora Safe, 1998.

HEYNS, Christof; VILJOEN, Frans, An overview of human rights protection in Africa. **South African Journal on Human Rights**, v. 15, n. 3, p. 421-455, 1999.

HUERTAS DÍAZ, Omar; DE CARLI, Ana Alice; SOARES, Bruno de Paula. El estado de cosas inconstitucional como um mecanismo de exigibilidade de respeto y garantia de los derechos humanos em Colombia y su aplicación em Brasil por la Corte Suprema. **Revista Direito UFMS**, v. 3, n.1, p. 33-51, jan./jul. 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do Estado e do Direito**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Teoria pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KROHLING, Aloísio. Os direitos humanos na perspectiva da antropologia cultural. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 3, p. 155-182, jul.-dez. 2008.

LAFER, Celso. A soberania e os direitos humanos. **Revista de Cultura e Política “Lua Nova”**, São Paulo, n. 35, p. 137-148, 1995.

LEGALE, Siddharta. Neoconstitucionalismo internacionalizado e internacionalização do direito: o engajamento tardio do direito constitucional do Brasil na esfera internacional. In: TIBÚRCIO, Carmen (Org.). **Direito Internacional: coleção 80 anos da UERJ**. 1. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 543-570.

LÉVINAS, Emmanuel. **Totalidade e infinito**. Trad. José Pinto Ribeiro, Lisboa/PT: Edições 70, 1988.

LORA ALARCÓN, Pietro de Jesus. Constituição e Direito Intergentium: a ductilidade *pro homine e o* possível *jus commune* para os desafios jurídicos contemporâneos. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (Coord.). **Direito Constitucional e Internacional dos Direitos Humanos**. Belo horizonte: Forum, 2012, p. 54 e ss.

LUHMANN, Niklas. Der Staat des politischen Systems: Geschichte und Stellung in der Weltgesellschaft”. In: BECK, Ulrich (Org.). **Perspektiven lung in der Weltgesellschaft**. Frankfurt: Suhrkamp, p. 345-380, 1998.

_____. The world society as a social system. **International Journal of General Systems**, v. 8, n. 3, 1982, p. 131–138.

LUÑO, Pedro. **Los derechos fundamentales**. 8. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2004.

MACCORMICK, Neil. **Questioning sovereignty: law, state and practical reasoning in the European Commonwealth**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

MAGALHÃES, Breno Baía. **Pluralismo constitucional interamericano: uma leitura plural da constituição de 1988 e o diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos**. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Pará, Belém, 2015.

MALARINO, Ezequiel. Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales. In: ELSNER, Gisela; AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel (Coord.). **Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional**, v. 2, 2010, p. 425-446.

MARÇAL, Júlia Dambrós; FREITAS, Riva Sobrado de. O transconstitucionalismo no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a necessidade de (re)pensar a América Latina. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, v. 14, p. 127-146, jan.-jun. 2014.

MARTINS, Leonardo. MOREIRA, Thiago Oliveira. Constitucionalidade e convencionalidade de atos do Poder Público: concorrência ou hierarquia? Um contributo em face da situação jurídico-constitucional brasileira. **Anuario de Derecho Constitucional Latino Americano**, Montevideu, ano XVII, p. 463-483, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 45, jan./mar. 2003.

_____. Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos: dois fundamentos irreconciliáveis. *Revista de Informação Legislativa*, v. 39, n. 156, p. 169-177, out./dez. 2002.

MENEZES, Wagner. O direito internacional contemporâneo e a teoria da transnormatividade. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 12, p. 134-144, mar. 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NASCIMENTO, Amos. From plural worldviews to global human rights discourses: on multiculturalism, interculturalism, and the possibility of an overlapping consensus. **Revista Direito UFMS**, v. 1, n. 1, p. 07-26, jul./dez. 2015.

NASPOLINI, Samyra H. Dal Farra; SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. O Direito Internacional dos Direitos Humanos e a margem de apreciação: tendências da Corte Europeia. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFURGS**, Porto Alegre, v. XI, n. 1, p. 80-92, 2016.

NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo, con especial referencia a la experiencia latinoamericana. La justicia constitucional y su internacionalización: hacia un ius constitutionale commune en América Latina?, México, v. 2, 2010.

_____. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (Coord.). **Diálogo jurisprudencial em derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales**. México: Tirant lo Blanch, 2013, p. 907-972.

_____. El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones

constitucionales en el derecho comparado chileno. **Estudios constitucionales**, v. 9, n. 2, p. 17-76, 2011.

ORTIZ TORRICOS, Maria Rita. **El diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los Tribunales Constitucionales de la región andina y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hacia um derecho americano y global de los derechos humanos**. 2014. Tese (Doutorado de Direito) – Universidade de Valência, Valencia, 2014.

PACHECO, Joice Oliveira. Identidade Cultural e Alteridade: problematizações necessárias. **Revista eletrônica da UNISC**, Santa Catarina, 2004.

PEDRO SAGÜES, Nestor. El “control de convencionalidad” en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ambito de los derechos economico-sociales: concordancias y diferencias con el sistema europeo. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (Coord.). **Diálogo jurisprudencial em derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales**. México: Tirant lo Blanch, 2013, p. 993-1030.

PERNICE, Ingolf. The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in action. **Columbia Journal of European Law**, Columbia, n. 15, 2009.

PETERS, Anne. Compensatory Constitutionalism: the function and potential of fundamental international norms and structures. **Leiden Journal of International Law**, Leiden, v. 19, n. 3, p. 579-610, 2006.

PETERSMANN, Ernst-Ulrich. International rule of law and constitutional justice in international investment law and arbitration. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, Indiana, v. 16, n. 2, 2009.

PINTO, Monica. El principio pro homine: criterios de hermenêutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. In: **La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales**. Buenos Aires: Ediar, Centro de Estudios Legales y Sociales – Editorial del Puerto, 1997, p. 163-172.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o diálogo entre jurisdições. In: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (Coord.). GERBER, Konstantin (Org.). **A jurisprudência e o diálogo entre Tribunais: a proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 61-97.

_____. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. In: MEZZETTI, Luca; CONCI, Luiz Guilherme (Org.). **Diálogo entre cortes: a jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015.

_____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

QUEIROZ, Cristina. **Direito internacional e relações internacionais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

RAMOS, André de Carvalho. O Supremo Tribunal Federal Brasileiro e os tratados de

Direitos Humanos: o “diálogo das Cortes” e a teoria do duplo controle. In: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (Coord.). GERBER, Konstantin (Org.). **A jurisprudência e o diálogo entre Tribunais: a proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 01-60.

_____. A relação entre o Direito Internacional e o Direito interno no contexto da pluralidade de ordens jurídicas. In: BRANDT, Leonardo Nemer Caldeira (Org.). **Anuário Brasileiro de Direito Internacional**. Belo Horizonte: CEDIN, 2012, v. 1, n. 12, p. 99-134.

_____. O diálogo das cortes: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Org.). **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

RECH, Vilma Tereza. **Pluralismo religioso: diálogo e alteridade no ensino religioso**. 2009. Dissertação (Mestrado em Teologia) – PUC-RS, Porto Alegre, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2012.

SARMENTO, Daniel. Constituição e Globalização: a crise dos paradigmas do direito constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 215, p. 19-34, jan./mar. 1999.

SCHINEMANN, Caio César Bueno. A conformação identitária de um constitucionalismo regional na América Latina. **Revista Direito UFMS**, v. 2, n. 1, p. 139-151, jul./dez. 2016.

SCHMITT, Carl. **Teoria de la Constitución**. Madri: Alianza editorial, 1982.

SEGATO, Rita Laura. Antropologia e Direitos Humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais. **Revista Mana**, v. 12, n. 1, p. 207-236, 2006.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SERNA DE LA GARZA, Jose M^a. Hacia un modelo dialogico en las relaciones entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces constitucionales de America Latina?. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (Coord.). **Diálogo jurisprudencial em derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales**. México: Tirant lo Blanch, 2013, p. 1031-104.

SERRA, António Truyol y. **Noções fundamentais de direito internacional público**. 2 ed. Trad. R. Ehrhardt Soares. Coimbra: Armênio Amado, 1962.

SIDEKUM, Antônio. Multiculturalismo: desafios para a educação na América Latina. In: LAMPERT, Ernâni (Org.). **Educação na América Latina: encontros e desencontros**. Pelotas: Educat, 2002, v. 01, p. 77-96.

SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e Diálogo Constitucional na América do Sul. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (Org.). **Direitos Humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 515-530.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts. **Harvard International Law Review**, v. 44, n. 1, p. 191-219, 2003.

_____. A typology of transjudicial communication. **University of Richmond Law Review**, v. 29, n. 1, p. 99-137, 1994.

SLOBODA, Pedro Muniz Pinto; TAVARES, Sérgio Maia. Direito Interno e Direito Internacional: integração sistêmica. In: MENEZES, Wagner; ANUNCIACÃO, Clodoaldo Silva da; VIEIRA, Gustavo Menezes (Org.). **Direito Internacional em expansão**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, p. 504-514.

SMEND, Rudolf. **Constitución y Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SODER, José. **Direitos do homem**. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1960.

SOUZA, Maria Elena Viana. Pluralismo cultural e multiculturalismo na formação de professores: espaços para discussões étnicas de alteridade. **Revista HISTEDBR**, Campinas, n. 19, set. 2005.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; RANGEL, Aline Luciane Lopes. Direitos Humanos: um olhar para a identidade, alteridade e novas concepções de cultura. In: LONDERO, Josirene Candido; BIRNFELD, Carlos André Hüning (Org.). **Direitos Sociais Fundamentais**: contributo interdisciplinar para a redefinição das garantias de efetividade. Rio Grande: Editora da FURG, 2013, p. 245-275.

TAIAR, Rogério. **Direito Internacional dos Direitos Humanos**: uma discussão acerca da relativização da soberania face à efetivação da proteção internacional dos Direitos Humanos. 2009. Tese (Doutorado em Direitos Humanos) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo**: examinando a política de reconhecimento. Trad. Marta Machado. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

TELLO MENDOZA, Juan Alonso. La doctrina del control de convencionalidade: dificultades inherentes y criterios razonables para su aplicabilidad. **Prudentia Iuris**, 80, 2015. Disponível em: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/doctrina-control-convencionalidad-tello.pdf>. Acesso em: 22/06/2017.

TORRES PÉREZ, Aida. En defensa del pluralismo constitucional. In: ECEIZABARRENA, Juan Ignacio U.; BERECIARTU, Gurutz Jáuregui (Ed.). **Derecho Constitucional Europeo**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

TOURARD, Hélène. **L'internationalisation des constitutions nationales**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2000.

TRIEPEL, Karl Heinrich. As relações entre o direito interno e o direito internacional. **Revista da Faculdade de Direito**, Belo Horizonte-MG, n. 6, p. 06-64, out. 1966.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Desafios e conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no início do século XXI. 2006. Disponível em: < <https://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20.def.pdf>>. Acesso em 15 de maio de 2017.

_____. O legado da declaração universal de 1948 e o futuro da proteção internacional dos direitos humanos. In: FIX-ZAMUDIO, Hector. **México y las declaraciones de derechos humanos**. Cidade do México: UNAM, 1999.

TZANAKOPOULOS, Antonios. Domestic courts in international law: the international judicial function of national courts. **Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review**, Los Angeles, v. 34, n. 133, p. 133-168, jan. 2011.

VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores**. São Paulo: Saraiva, 2009.

VARELLA, Marcelo D. **Direito Internacional Público**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Internacionalização do Direito: direito internacional, globalização e complexidade**. 2012. Tese (Livre-docência em Direito Internacional) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

VENTURA ROBLES, Manuel E. La Corte Interamericana de Derechos Humanos: camino hacia un Tribunal Permanente. **Revista IIDH**, v. 32-33, p. 271-310, 2000.

VENTURI, Eliseu Raphael; FERRI, Caroline Feliz Sarraf. O pensamento da alteridade: do “eu e tu” (Martin Buber) ao “Entre nós” (Emmanuel Lévinas) – pressupostos de humanismo, cidadania e inclusão social. **Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB)**, ano 1, n. 3, p. 473-498, 2015.

VERDROSS, Alfred. **Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft**. Vienna: J. Springer, 1926.

_____. SIMMA, Bruno. **Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis**. 3. ed. Berlin: Duncker & Humboldt, 1984.

VERGARA, Sylvia Constant. **Métodos de pesquisa em administração**. São Paulo: Atlas, 2005.

VERGOTTINI, Giuseppe de. **Más alla del diálogo entre Tribunales**. Pamplona: Civitas, 2012, pp. 37-84.

_____. El diálogo entre tribunales. **Teoria y realidade constitucional**, n. 28, p. 335-352, 2011.

VIANA GARCÉS, André. Sistemas europeo y americano de protección de derechos humanos, coincidencias, fraccionamientos temporales y mutuas Influencias. In: _____; REVENGA SANCHEZ, Miguel (Org.). **Tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

WALKER, Neil. The idea of constitutional pluralism. **The modern law review**, v. 65, n. 3, p. 317-359, maio 2002.

WALZ, Gustav Adolf. **Esencia del derecho internacional y critica de sus negadores**. Trad. António Truyol y Serra. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1943.

WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

WELSCH, Wolfgang. **Unsere postmoderne Moderne**. 6 ed. Berlim: Akademie Verlag, 2002.

_____. **Vernunft**: Die zeitgenössische Vernunftkritik und das Konzept der transversalem vernunft. Frankfurt: Suhrkamp, 1996.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El juez constitucional en el siglo XXI. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo *et al* (Coord). **El juez constitucional en el siglo XXI**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, p. 3-26.

JURISPRUDÊNCIA

CORTE IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentença de 26 de setembro de 2006. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C. n.º 154. 2006a.

_____. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica. Sentença de 28 de novembro de 2012. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C. n.º 257. 2012a.

_____. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Fondo, reparaciones y costas. Serie C. n.º 239. 2012b.

_____. Caso Boyce y otros vs. Barbados. Sentença de 20 de novembro de 2007. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Série C. n.º 169. 2007.

_____. Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colômbia. Sentença de 8 de dezembro de 1995. Reparaciones y Custas. Serie C. n.º 31. 1995.

_____. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Sentença de 26 de novembro de 2010. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Serie C. n.º 220. 2010a.

_____. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Sentença de 30 de maio de 1999. Fondo, reparaciones y costas. Serie C. n.º 52. 1999.

_____. Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala. Sentença de 25 de maio de 2010. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C. n° 212. 2010b.

_____. Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela. Sentença de 1° de julho de 2011. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C. n° 227. 2011a.

_____. Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Sentença de 24 de agosto de 2010. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C. n° 214. 2010c.

_____. Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Sentença de 15 de setembro de 2005. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C. n° 134. 2005.

_____. Caso de la Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Sentença de 30 de novembro de 2012. Excepciones preliminares, fondo y reparaciones. Serie C. n.º 259. 2012c.

_____. Caso de las Masacres de Ituango contra Colombia. Sentença de 1° de julho de 2006. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Serie C. n.º 148. 2006b.

_____. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. Sentença de 28 de agosto de 2014. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Série C. n° 282. 2014a.

_____. Caso Durand y Ugarte vs. Peru. Sentença de 16 de agosto de 2000. Fondo. Série C. n° 68. 2000.

_____. Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Sentença de 30 de agosto de 2010. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Série C. n° 215. 2010d.

_____. Caso Fontevecchia y D'Amico contra Argentina. Sentença de 29 de novembro de 2011. Fondo, reparaciones y costas. Serie C. n.º 238. 2011b.

_____. Caso Furlan y Familiares vs. Argentina. Sentença de 31 de agosto de 2012. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Série C. n° 246. 2012d.

_____. Caso Gelman vs. Uruguay. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Fondo y reparaciones. Serie C. n.º 221. 2011c.

_____. Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C. n° 219. 2010e.

_____. Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala. Sentença de 20 novembro de 2012. Fondo, Reparaciones y Costas. Série C. n° 253. 2012e.

_____. Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Sentença de 12 de agosto de 2008. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C. n.º 186. 2008a.

_____. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Sentença de 1° de setembro de 2010. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C. n° 217. 2010f.

_____. Caso Kimel ss. Argentina. Sentença de 2 de maio de 2008. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C. n.º 177. 2008b.

_____. Caso La Cantuta vs. Perú. Sentença de 29 de novembro de 2006. Fondo, reparaciones y costas. Serie C. n.º 162. 2006c.

_____. Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Sentença de 5 de fevereiro de 2001. Fondo, reparaciones y costas. Serie C. n.º 73. 2001.

_____. Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname. Sentença de 30 de janeiro de 2014. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Série C. n.º 276. 2014b.

_____. Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Sentença de 17 de setembro de 1997. Fondo. Serie C. n.º 33. 1997.

_____. Caso López Álvarez vs. Honduras. Sentença de 1 de fevereiro de 2006. Fondo, reparaciones y costas. Serie C. n.º 141. 2006d.

_____. Caso López Mendoza contra Venezuela. Sentença de 1º de setembro de 2011. Fondo, reparaciones y costas. Serie C. n.º 233. 2011d.

_____. Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Sentença de 26 de maio de 2010. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C. n.º 213. 2010g.

_____. Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Sentença de 4 de setembro de 2012. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Série C. n.º 250. 2012f.

_____. Caso Mendoza y otros contra Argentina. Sentença de 14 de maio de 2013. Excepciones preliminares, fondo y reparaciones. Serie C. n.º 260. 2013.

_____. Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Sentença de 25 de novembro de 2003. Fondo, reparaciones y costas. Serie C. n.º 101. 2003.

_____. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentença a de 27 de junho de 2012. Fondo y Reparaciones. Serie C. n.º 245. 2012g.

_____. Caso Radilla Pacheco vs. México. Sentença de 23 de novembro de 2009. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Série C. n.º 209. 2009.

_____. Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador. Sentença de 14 de outubro de 2014. Fondo, Reparaciones y Costas. Série C. n.º 285. 2014c.

_____. Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Sentença de 31 de agosto de 2010. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Série C. n.º 216. 2010h.

_____. Caso Tibi vs. Ecuador. Sentença de 7 de setembro de 2004. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C. n.º 114. 2004.

_____. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Sentença de 24 de novembro de 2006. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C.

n.º 158. 2006e.

_____. Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. Sentença de 27 de novembro de 2008. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C. n.º 192. 2008c.

_____. Caso Vargas Areco vs. Paraguay. Sentença de 26 de setembro de 2006. Fondo, reparaciones y costas. Serie C. n.º 155. 2006f.

_____. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentença de 21 de julho de 1989. Reparaciones y costas. Serie C. n.º 7. 1988.

_____. Caso Vélez Loor vs. Panamá. Sentença de 23 de novembro de 2010. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C. n.º 218. 2010i.

_____. Opinião Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Direitos e garantias das crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional. Serie A. n.º 21. 2014d.

_____. Opinião Consultiva OC-14/94 de 09 de dezembro de 1994. Responsabilidade internacional pela expedição e aplicação de leis violatórias à Convenção. Serie A. n.º 14. 1994.

_____. Opinião Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986. Exigibilidade do direito de retificação ou resposta. Serie A. n.º 07. 1986.

_____. Opinião Consultiva OC 5/85 de 13 de novembro de 1985. A associação obrigatória de jornalistas. Serie A. n.º 05. 1985.

_____. Opinião Consultiva OC-4/84. Proposta de modificação à Constituição Política da Costa Rica relacionada com a naturalização. Serie A. n.º 4. 1984.

_____. Opinião Consultiva OC-2/82 de 24 de setembro de 1982. O efeito das reservas sobre a entrada em vigência da Convenção Americana de Direitos Humanos. Serie A. n.º 2. 1982.

CORTE EDH. Caso Lawless vs. Irlanda. Sentença de 1º de julho de 1961. Mérito. 1961.

_____. Caso A, B e C vs. Irlanda. Sentença de 16 de dezembro de 2010. Mérito. 2010.