

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

ius commune: entre o pluralismo jurisdiccional dialógico e a adoção de normas alternativas

ius commune: between dialogical jurisdictional pluralism and the adoption of modifier rules

Ana Maria D'Ávila Lopes

VOLUME 11 • Nº 2 • AGO • 2021
CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR:
IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE NA AMÉRICA LATINA

Sumário

EDITORIAL	22
Mariela Morales Antoniazzi, Flávia Piovesan e Patrícia Perrone Campos Mello	
I. PARTE GERAL	25
1. CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR: IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE NA AMÉRICA LATINA, MARCO TEÓRICO	26
CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR INTERNACIONAL NA AMÉRICA LATINA	28
Armin von Bogdandy e René Uruña	
INTERDEPENDÊNCIA E INDIVISIBILIDADE DOS DIREITOS HUMANOS: UM NOVO OLHAR PARA A PANDEMIA DE COVID-19	75
Flávia Piovesan e Mariela Morales Antoniazzi	
DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE EMERGÊNCIA: UMA PERSPECTIVA INTERAMERICANA COM ESPECIAL FOCO NA DEFESA DO ESTADO DE DIREITO	95
Christine Binder	
MONITORAMENTO, PERSUASÃO E PROMOÇÃO DO DIÁLOGO: QUAL O PAPEL DOS ORGANISMOS SUPRANACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NA IMPLEMENTAÇÃO DE DECISÕES INDIVIDUAIS?	109
Clara Sandoval, Philip Leach e Rachel Murray	
REPENSANDO AS DERROGAÇÕES AOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS	142
Laurence R. Helfer	
2. RESILIÊNCIA DEMOCRÁTICA: CONTRIBUIÇÕES DO CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR CONTRA O RETROCESSO	167
A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS COMO WATCHDOG DEMOCRÁTICO: DESENVOLVENDO UM SISTEMA DE ALERTA PRECOCE CONTRA ATAQUES SISTÊMICOS	169
Patrícia Perrone Campos Mello, Danuta Rafaela de Souza Calazans e Renata Helena Souza Batista de Azevedo Rudolf	
EROSÃO DEMOCRÁTICA E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: O CASO VENEZUELANO	196
Roberto Dias e Thomaz Fiterman Tedesco	
PARTICIPAÇÃO POLÍTICA NO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: UMA COMPARAÇÃO COM O MODELO BRASILEIRO	226
Júlio Grostein e Yuri Novais Magalhães	

3. REFUNDAÇÃO DEMOCRÁTICA CONTRIBUIÇÕES DO CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR A UMA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL	249
LOS DERECHOS SOCIALES Y EL CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR EN CHILE.....	251
Gonzalo Aguilar Cavallo	
LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN CHILE: DIAGNÓSTICOS Y PROPUESTAS PARA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN TRANSFORMADORA.....	275
Pietro Sferrazza Taibi, Daniela Méndez Royo e Eduardo Bofill Chávez	
DIÁLOGO JUDICIAL NO IUS COMMUNE LATINO-AMERICANO: COERÊNCIA, COESÃO E CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONAL	314
Paulo Brasil Menezes	
4. DIÁLOGO ENTRE ORDENS INTERNACIONAIS E NACIONAIS: O CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR NA AMÉRICA LATINA	336
DIÁLOGO, INTERAMERICANIZACIÓN E IMPULSO TRANSFORMADOR: LOS FORMANTES TEÓRICOS DEL IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA	338
Mario Molina Hernández	
O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	364
Danilo Garnica Simini e José Blanes Sala	
CONTROLE LEGISLATIVO DE CONVENCIONALIDADE DAS LEIS: A OPORTUNIDADE DE CONSTRUÇÃO DO IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE LATINO-AMERICANO PELA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS.....	384
Ana Carolina Barbosa Pereira	
A PROGRESSIVA SUPERAÇÃO DA REGULAÇÃO DO CRIME DE DESACATO NA AMÉRICA LATINA: DIÁLOGOS ENTRE O DOMÉSTICO E O INTERNACIONAL	426
Luiz Guilherme Arcaro Conci e Melina Girardi Fachin	
A INTERPRETAÇÃO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS ACERCA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A ADEQUAÇÃO MATERIAL DA LEI N.º 13.834/2019	457
Elder Maia Goltzman e Mônica Teresa Costa Sousa	
CAMINHOS LATINO-AMERICANOS A INSPIRAR A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA NO DIÁLOGO MULTINÍVEL DO CONSTITUCIONALISMO REGIONAL TRANSFORMADOR.....	476
Rafael Osvaldo Machado Moura e Claudia Maria Barbosa	
IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE E DIREITO DE FAMÍLIA: UMA ANÁLISE HERMENÊUTICA DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E DO SUPREMO TRIBUNAL	

FEDERAL NA MATÉRIA	499
Felipe Frank e Lucas Miguel Gonçalves Bugalski	
JUSTICIABILIDADE DIRETA DOS DIREITOS SOCIAIS NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: MAIS UMA PEÇA NO QUEBRA-CABEÇA DO IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE LATINO-AMERICANO?	519
Wellington Boigues Corbalan Tebar e Fernando de Brito Alves	
5. DIÁLOGO ENTRE ORDENS INTERNACIONAIS: O CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR ENTRE REGIÕES.....	543
LA JURISPRUDENCIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL Y EL VALOR E IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.....	545
Humberto Nogueira Alcalá	
DIÁLOGOS À DERIVA: O CASO LUCIEN IKILI RASHIDI C. REPÚBLICA UNIDA DA TANZÂNIA E OUTROS E O ESVAZIAMENTO DA CORTE AFRICANA.....	568
Marcus Vinicius Porcaro Nunes Schubert e Catarina Mendes Valente Ramos	
II. PARTE ESPECIAL.....	590
6. POVOS INDÍGENAS E TRANSFORMAÇÃO	591
HERMENÉUTICAS DEL DERECHO HUMANO A LA IDENTIDAD CULTURAL EN LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA, UN ANÁLISIS COMPARADO A LA LUZ DEL ICCAL.....	593
Juan Jorge Faundes e Paloma Buendía Molina	
IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE E O DIREITO INDÍGENA BRASILEIRO: OS IMPACTOS DA DECISÃO DO CASO POVO XUKURU VERSUS BRASIL NA JURISPRUDÊNCIA E NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NACIONAL.....	622
Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega, Maria Eduarda Matos de Paffer e Anne Heloise Barbosa do Nascimento	
OS PRECEDENTES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE TERRAS INDÍGENAS E A ADOÇÃO DA TEORIA DO INDIGENATO.....	648
Eduardo Augusto Salomão Cambi, Elisângela Padilha e Pedro Gustavo Mantoan Rorato	
7. GRUPOS VULNERÁVEIS E TRANSFORMAÇÃO	664
IUS CONSTITUCIONALE COMMUNE NA AMÉRICA LATINA: A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS COMO INSTRUMENTO DE FIXAÇÃO DE STANDARDS PROTETIVOS AOS DIREITOS DOS GRUPOS VULNERÁVEIS E SEUS REFLEXOS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	666
Mônia Clarissa Hennig Leal e Eliziane Fardin de Vargas	

A EFICÁCIA DA NORMA QUE OUSOU FALAR SEU NOME: OS PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA COMO POTÊNCIA DENSIFICADORA DO IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE NA AMÉRICA LATINA	687
Tiago Benício Trentini e Luiz Magno Bastos Jr	
A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS LGBTI: CONSTRUINDO UM IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE BASEADO NA DIVERSIDADE	715
João Pedro Rodrigues Nascimento, Tiago Fuchs Marino e Luciani Coimbra de Carvalho	
LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR EN CONTEXTOS DE COVID-19: REALIDADES DEL AMPARO INSTITUCIONAL A SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN EN ESCENARIOS DE EMERGÊNCIA	737
Víctor Julián Moreno Mosquera, John Fernando Restrepo Tamayo e Olga Cecilia Restrepo-Yepes	
O CASO VÉLEZ LOOR VS. PANAMÁ DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS COMO PARADIGMA PARA A CONSTRUÇÃO DE PARÂMETROS MIGRATÓRIOS LATINO-AMERICANOS	757
Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff e Bianca Guimarães Silva	
DIREITOS HUMANOS E ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: O TRANSCONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO NA ADPF Nº 347	783
Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth e André Giovane de Castro	
TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO: AS CONTRIBUIÇÕES DO DIÁLOGO ENTRE O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E O BRASIL PARA O FORTALECIMENTO DA DIGNIDADE DO TRABALHADOR	802
Emerson Victor Hugo Costa de Sá, Sílvia Maria da Silveira Loureiro e Jamilly Izabela de Brito Silva	
8. DIREITOS HUMANOS, EMPRESAS E TRANSFORMAÇÃO	823
DIÁLOGOS MULTIATOR PARA IMPLEMENTAÇÃO DOS STANDARDS INTERAMERICANOS SOBRE PANDEMIA E DIREITOS HUMANOS	825
Ana Carolina Lopes Olsen e Anna Luisa Walter Santana	
O ENVOLVIMENTO DE EMPRESAS EM VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS E OS IMPACTOS DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA.....	856
Patricia Almeida de Moraes e Marcella Oldenburg Almeida Britto	
III. OUTRAS PERSPECTIVAS SOBRE TRANSFORMAÇÃO	871
PLURALISMO JURÍDICO E DEMOCRACIA COMUNITÁRIA: DISCUSSÕES TEÓRICAS SOBRE DESCOLONIZAÇÃO CONSTITUCIONAL NA BOLÍVIA.....	873
Débora Ferrazzo e Antonio Carlos Wolkmer	
INTERCULTURALIDADE, PLURINACIONALIDADE E PLURALISMO NAS CONSTITUIÇÕES DO EQUADOR E DA BOLÍVIA: EXPOENTES PRINCIPIOLÓGICOS DO ESTADO PLURINACIONAL	897
Denise Tatiane Girardon dos Santos	

IUS COMMUNE: ENTRE O PLURALISMO JURISDICCIONAL DIALÓGICO E A ADOÇÃO DE NORMAS ALTERATIVAS	917
Ana Maria D'Ávila Lopes	

Ius commune*: entre o pluralismo jurisdicional dialógico e a adoção de normas alterativas

***Ius commune*: between dialogical jurisdictional pluralism and the adoption of modifier rules**

Ana Maria D'Ávila Lopes**

Resumo

A construção de um *ius commune* na América Latina parece ser o seguinte passo lógico da caminhada rumo à plena efetividade dos direitos humanos na região. Contudo, há, ainda, alguns aspectos teórico-práticos sobre o assunto que precisam de maior discussão acadêmica, a exemplo do pluralismo dialógico como fundamento do *ius commune*. Nesse contexto, o presente artigo objetiva apresentar uma proposta de fundamentação desse *ius commune* que se afasta da tradicional, isto é, que não gira em torno do pluralismo dialógico, mas que propõe a adoção de uma taxonomia de normas alterativas, nos moldes propostos por Andrade Moreno. Para tal, foi realizada pesquisa bibliográfica na doutrina nacional e comparada, bem como pesquisa na legislação e jurisprudência pátria, comparada e internacional, sendo esses dados analisados por meio do método dialético-dedutivo. Desse modo, inicialmente, constatou-se que a atuação dos órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos vem sendo questionada pelo seu forte ativismo. Posteriormente, mostrou-se que o diálogo entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e as cortes nacionais da região tem sido desenvolvido de forma hierarquizada, especialmente a partir da adoção do controle de convencionalidade, o que vem sendo questionado por diversos Estados e importante setor da doutrina. Finalmente, concluiu-se, que a proposta das normas alterativas pode ser uma alternativa interessante para solidificar a construção do *ius commune*.

Palavras-chave: *Ius commune*; Diálogo de cortes; Normas alterativas; Sistema Interamericano de Direitos Humanos; Controle de convencionalidade.

Abstract

The construction of an *ius commune* in Latin America seems to be the next logical step in the journey towards the full effectiveness of human rights in the region. However, there are still some theoretical and practical aspects on the subject that need further academic discussion, such as dialogical pluralism as the foundation of the *ius commune*. In this context, the objective of this article is to present a proposal to substantiate the *ius commune* that departs from the traditional one, in other words, a proposal which does not revolve around the dialogical pluralism, but around the adoption of a taxonomy of modifier rules, along the lines proposed by Andrade Moreno. To

* Recebido em 06/06/2021
Aprovado em 07/10/2021

** Professora Titular do PPGD/UNIFOR.
Doutora em Direito Constitucional pela UFMG. Bolsista PQ2/CNPq.
E-mail: anadavilalopes@unifor.br

this end, bibliographical research was carried out on national and comparative doctrine, as well as research on national, comparative and international legislation and jurisprudence, and these data were analyzed using the dialectical-deductive method. Thus, initially, it was found that the performance of the organs of the Inter-American Human Rights System has been questioned due to their strong activism. Subsequently, it was shown that the dialogue between the Inter-American Human Rights Court and the national courts in the region has been developed in a hierarchical manner, especially since the adoption of conventionality control, which has been questioned by several States and an important sector of the doctrine. Finally, it was concluded that the proposal of modifiers rules can be an interesting alternative to solidify the construction of the *ius commune*.

Keywords: *Ius commune*; Dialog of courts; Modifier rules; Inter-American Human Rights System; Conventionality control.

1 Introdução

Os sistemas internacionais de proteção de direitos humanos não são, nem devem ser, imunes às mudanças sociais. Assim, no século XXI, os tribunais internacionais de direitos humanos vêm sendo desafiados a se pronunciar sobre direitos não previstos expressamente nos documentos desatualizados que regulam suas competências ou sobre direitos cuja aplicabilidade foi considerada progressiva e, portanto, não judicializável.

Essa realidade tem exigido desses tribunais uma atuação ativista em prol da defesa efetiva da dignidade humana, o que tem dado lugar a questionamentos sobre sua falta de legitimidade para ampliar suas próprias competências, especialmente quando, em casos como da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), têm passado a implementar institutos como o controle de convencionalidade, com forte pretensão de intervenção nas competências legislativa, administrativa e jurisdicional dos Estados.

Nesse contexto, projetos como a construção de um *ius commune* na América Latina (ICCAL), iniciado no final do século XX, apresentam-se como uma valiosa alternativa para a concretização e organização dos ideais de um Direito comum na região, de modo a conferir racionalidade e legitimidade ao compartilhamento das experiências jurisdicionais de solução dos mesmos problemas de direitos humanos enfrentados pela CorteIDH e as cortes nacionais.

Contudo, esse diálogo entre cortes não vem alcançando esse objetivo, sobretudo em virtude da postura hierarquizante assumida pela CorteIDH, especialmente pela imposição do controle de convencionalidade, que parece desconhecer a diversidade dos contextos históricos, sociais e culturais dos países da região, ao impor *standards* homogeneizantes, afastados da realidade de cada lugar, provocando que se questione a viabilidade de um pluralismo dialógico como fundamento do ICCAL.

Em face desse questionamento, o presente trabalho objetiva apresentar a proposta do jurista chileno Andrade Moreno, que defende a adoção de uma taxonomia de normas alternativas, como forma de superar as críticas contra a proposta de um *ius commune* fundado no pluralismo dialógico. Trata-se de uma proposta que busca garantir o respeito à diversidade dos valores constitucionais dos Estados latino-americanos, porém, sem fragilizar a proteção à dignidade humana.

Com essa finalidade, foi realizada pesquisa documental na legislação e jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, bem como pesquisa bibliográfica na doutrina nacional e comparada, com ênfase no pensamento de Andrade Moreno, que constrói sua proposta de normas alternativas com base nas denominadas “cláusulas de acomodação” ou “cláusulas de escape”, amplamente usadas pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Os dados levantados foram analisados por meio do método dialético-dedutivo, de modo a possibilitar a construção dos contornos conceituais da proposta que aqui se expõe.

Desse modo, o trabalho estrutura-se em duas partes. Na primeira, abordam-se os aspectos gerais do SIDH e discute-se a atuação ativista dos seus órgãos. Na segunda parte, expõe-se, após mostrar as limitações da doutrina do diálogo entre cortes, a proposta das normas alternativas de Andrade Moreno, no intuito de contribuir com a construção de um *ius commune* a partir de bases mais sólidas e racionais.

2 O ativismo da Corte Interamericana de Direitos Humanos: o problema

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) foi criado em 1948 por meio da Carta de Bogotá, que instituiu a Organização dos Estados Americanos (OEA), inspirado no sistema global de direitos humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), ideado após as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial¹.

Dentre os principais documentos do SIDH, destacam-se a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (DADDH), de 1948; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) ou Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, que prevê direitos individuais e políticos; e o Protocolo Adicional à CADH ou Protocolo de San Salvador (PSS), de 1988, que estabelece direitos econômicos, sociais e culturais. O SIDH possui dois órgãos principais: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH). A estrutura e competências desses órgãos encontram-se estabelecidas na CADH².

A CIDH, criada em 1959, possui sede em Washington DC e está composta por sete membros, eleitos pela Assembleia Geral da OEA, de uma lista proposta pelos Estados-membros (artigo 34). Tais membros atuam de forma pessoal, isto é, apesar de serem de algum desses Estados, não os representam. O mandato é de 4 anos, renovável uma vez (artigo 37). Dentre as principais competências da CIDH, podem citar-se as de receber, analisar e investigar, inclusive *in locu*, petições individuais de violações aos direitos humanos (artigo 41). Compete também à CIDH, remeter os casos à jurisdição da CorteIDH, emitir relatórios sobre o cumprimento dos direitos humanos na região e recomendar aos Estados-membros a adoção de medidas para a melhor proteção desses direitos.

A CorteIDH, criada pela CADH de 1969, está formada por sete juízes naturais dos Estados-membros da OEA, com mandato de 6 anos, renovável uma vez, cuja sede se localiza na cidade de São José da Costa Rica (artigos 51 a 54). A Corte IDH possui dois tipos de competência: contenciosa e consultiva.

A competência contenciosa da CorteIDH inicia-se com a propositura de petição ou comunicação de qualquer pessoa, grupo de pessoas, ONG ou qualquer Estado parte da OEA perante a CIDH, pela violação de algum direito ou garantia previstos na CADH³ por um Estado parte, conforme estabelecido no artigo 44. A petição dirigida à CIDH deve ser escrita e atender os requisitos de admissibilidade dispostos no artigo 46. Uma vez admitida a petição, a CIDH solicita ao Governo do Estado denunciado o envio, dentro de um prazo razoável, de informações (artigo 48,1, “a”). Recebidas essas informações, a CIDH verifica se ainda persistem os motivos da denúncia. Em caso negativo, arquiva o expediente (artigo 48,1, “b”), mas se subsistirem, analisa, com o conhecimento das partes, a petição, procedendo, caso necessário, a uma investigação,

¹ LOPES, Ana Maria D’Ávila; CHEHAB, Isabelle Maria Campos Vasconcelos. Bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade: reforçando a proteção dos direitos humanos no Brasil. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 12, p. 12-94, 2016. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1367/1004> Acesso em: 18 maio 2021.

² ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm Acesso em: 22 maio 2021.

³ Além dos direitos e garantias previstos na CADH, a CIDH pode apreciar também violações aos direitos à educação e à liberdade sindical, conforme estabelecido no artigo 19.6 do PSS. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. “Protocolo de San Salvador”. 17 de novembro de 1988. Disponível em: http://www.cidh.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm Acesso em: 22 maio 2020.

podendo solicitar às partes qualquer informação (artigo 48,1, “d” e “e”). Em todo momento, a CIDH coloca-se à disposição das partes para chegar a uma solução amistosa (artigo 48,1, “f”). Se não houver solução amistosa, a CIDH redige relatório, que pode conter recomendações, e o encaminha ao Estado denunciado (artigo 50). Se, após três meses do relatório ter sido encaminhado, o problema não for solucionado, a CIDH faz “as recomendações pertinentes e fixa[rá] um prazo dentro do qual o Estado deve tomar as medidas que lhe competirem para remediar a situação examinada” (artigo 51). Transcorrido esse prazo, a CIDH analisa se o Estado atendeu (ou não) as recomendações indicadas. Caso não tenham sido atendidas, a CIDH pode denunciar o Estado perante a CorteIDH⁴, sempre que reconheça a competência contenciosa desse Tribunal, que proferirá sentença judicial fundamentada, definitiva e inapelável. Contudo, se o Estado não reconhece a competência contenciosa da CorteIDH, a CIDH deverá enviar o relatório à Assembleia Geral da OEA (artigo 62).

A competência consultiva da CorteIDH, prevista no artigo 64 da CADH, pode ser solicitada por qualquer Estado-membro da OEA, ou órgão enumerado no Capítulo X da Carta da OEA, em duas situações: a) em relação à interpretação da CADH e a legislação interna de algum Estado-membro da OEA; ou, b) a respeito de qualquer outro tratado de direito humano e a legislação interna de algum Estado-membro da OEA.

Essa estrutura de dois órgãos do SIDH foi adotada por influência do Sistema Europeu de Direitos Humanos (SEDH), criado pelo Conselho da Europa em 1950 e que, em 1994, sofreu uma importante reforma introduzida pelo Protocolo n.º 11, aprovado por esse Conselho, em 11 de maio de 1994, e em vigor desde 1 de novembro de 1998⁵, por meio do qual se extinguiu a Comissão Europeia de Direitos Humanos (CEDH), mantendo-se apenas a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), composta, atualmente, por 47 juízes, representantes de cada um dos países desse continente, e com sede na cidade de Estrasburgo (França).

A previsão no SIDH de dois documentos base (a CADH e o PSS) para tratar, por um lado, direitos individuais e políticos e, por outro, de direitos econômicos, sociais e culturais, também foi uma influência do SEDH, de modo a conceder um tratamento diferenciado ao segundo grupo, enquanto composto por direitos considerados de aplicabilidade progressiva⁶, em concordância com a concepção liberal acerca desses direitos adotada. Trata-se de uma escolha que repercute diretamente na definição das competências da CIDH e da CorteIDH, na medida em que a própria CADH dispõe que cabe a esses dois órgãos apreciar denúncias apenas pelas violações ao seu texto (artigo 44 da CADH). A única exceção está contida no artigo 19.6 do PSS, que amplia essa competência para os casos de violação dos direitos à educação e à liberdade sindical, previstos nesse Protocolo, que regula os direitos econômicos, sociais e culturais, considerados de aplicabilidade progressiva.

Dessa síntese descritiva do SIDH, pode-se observar que, sua criação e paulatino aperfeiçoamento, se deram em momentos históricos nos quais vigoravam perspectivas teórico-ideológicas sobre os direitos humanos que hoje não se sustentam mais.

O final do século XX foi marcado pelas reivindicações das minorias e dos grupos em situação de vulnerabilidade em prol do reconhecimento da sua condição de titulares plenos de direitos⁷. Como consequência,

⁴ O Estado brasileiro reconheceu a jurisdição contenciosa da CorteIDH por meio do Decreto n.º 4.463, de 08 de novembro de 2002, para o julgamento de fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998, dando prosseguimento ao processo de abertura à proteção internacional dos direitos humanos, iniciado com a promulgação da Constituição Federal de 1988. BRASIL. *Decreto n. 4.463, de 8 de novembro de 2002*. Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4463.htm Acesso em: 21 maio 2021.

⁵ CONSELHO DA EUROPA. *Protocolo no 11, aprovado pelo Conselho da Europa*. 11 de maio de 1994. Disponível em: <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/rar21-1997.pdf> Acesso em: 16 maio 2021.

⁶ O sistema global de direitos humanos da ONU também adotou essa distinção, conforme pode ser constatado pela aprovação do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, em 16 de dezembro de 1966, e do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, três dias após.

⁷ LOPES, Ana Maria D'Ávila; SANTOS JUNIOR, Luis Haroldo Pereira dos. Minorias nacionais, proteção internacional e transnacionalidade. *Revista de Direitos Internacionais*, Brasília, v. 14, n. 3, p. 181-201, 2017. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4996/> Acesso em: 15 maio 2021.

as situações fáticas consideradas violadoras de direitos humanos ampliaram-se, bem como a própria compreensão sobre o conteúdo, interdependência, titularidade e aplicabilidade desses direitos.

Essas inquestionáveis mudanças têm diretamente repercutido na atuação dos órgãos internacionais encarregados de proteger os direitos humanos, na medida em que vêm sendo provocados a resolver controvérsias derivadas dessas novas concepções, apesar dos documentos que regulam suas competências não terem acompanhado esses avanços e não preverem essas novas perspectivas.

Nesse contexto, tribunais internacionais, como a CorteIDH, têm assumido uma posição ativista não isenta de críticas, haja vista Estados estarem sendo condenados pelo descumprimento de normas que não se encontram expressamente previstas nos documentos que previamente ratificaram e se obrigaram a obedecer.

No caso da CorteIDH, Malarino⁸ tem denominado esse fenômeno de *metamorfose*:

a través de toda esta jurisprudencia, la Corte interamericana extendió en gran medida, por un lado, su poder de control (ampliación de la base jurídica y temporal –y con ello fáctica- sobre la cual puede pronunciarse) y, por el otro, su poder de imposición (ampliación de lo que puede ordenar como reparación y de los casos en que puede hacerlo). Estos cambios, y principalmente el último, alteraron en tal medida su fisonomía como tribunal judicial que hoy es posible constatar una suerte de metamorfosis de la Corte interamericana.

Malarino⁹ acrescenta, ainda, que esse fenômeno se manifesta de três formas, as quais vêm conferindo um conteúdo antiliberal e antidemocrático à atuação da CorteIDH, conforme sintetizado nas seguintes linhas.

- a) **Ativismo:** refere-se à alteração da CADH que a CorteIDH realiza com base na alegação da necessidade da sua atualização. O ativismo se manifesta de diferentes formas. Uma delas, por exemplo, foi quando a CorteIDH, no caso *Barrios Altos vs. Peru*, de 2001, afirmou que a proibição de leis de anistia de delitos graves tinha como base a interpretação literal da CADH, sendo que não há norma expressa nesse documento que vede esse tipo de lei,

43. [...] Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente¹⁰. (grifo nosso)

- b) **Punitivização:** consubstancia-se no reconhecimento, por parte da CorteIDH, de novos direitos das vítimas, os quais terminam por neutralizar os direitos da pessoa submetida a processo, cujos direitos sim estão expressamente previstos na CADH. Exemplo foi a decisão no caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, de 2006, na qual a CorteIDH flexibilizou o princípio *ne bis in idem* estabelecido no artigo 8.4 da CADH, alegando que, no caso de surgirem novos fatos ou provas, seria possível um novo julgamento em se tratando de crimes contra a humanidade,

154. En lo que toca al principio ne bis in idem, aún cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto [...] Por otro lado, esta Corte considera que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe un sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del ne bis in

⁸ MALARINO, Ezequiel. Activismo judicial, punitivización y nacionalización: tendencias antidemocráticas y antiliberales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: PASTOR, Dalmau (org.). *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2009. p. 21-61. p. 5.

⁹ MALARINO, Ezequiel. Activismo judicial, punitivización y nacionalización: tendencias antidemocráticas y antiliberales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: PASTOR, Dalmau (org.). *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2009. p. 21-61.

¹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. *Barrios Altos vs. Peru*. 14 de março de 2001. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_csp.pdf Acesso em: 10 maio 2021.

*idem*¹¹. (grifo nosso)

- c) Nacionalização:** consiste na intromissão da CorteIDH nas funções judiciais, legislativas e executivas do Estado condenado, por meio da criação e imposição de novas medidas sancionatórias não previstas no artigo 63 da CADH. Exemplo disso foi a decisão no caso *La Cantuta vs. Peru*, de 2006¹², na qual a CorteIDH, além de indenização, fixou outras medidas a serem cumpridas pelo Estado¹³.

A essas manifestações adiciona-se a implementação do controle de convencionalidade que a CorteIDH vem exigindo de todos os Estados que ratificaram a CADH, apesar de não estar previsto nesse ou qualquer outro documento do SIDH.

O controle de convencionalidade, conforme ensina Contesse¹⁴, pode ser definido como a obrigação que juízes e outras autoridades nacionais têm de “*inaplicar aquellas normas domésticas que no se conforman con las cláusulas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como la interpretación que de éstas hace la misma Corte*”. A primeira vez que a CorteIDH usou a expressão *controle de convencionalidade* foi no caso *Almonacid Arellano e Outros vs. Chile*, de 2006¹⁵, mas foi no caso *Gelman vs. Uruguai*¹⁶, de 2013, que a CorteIDH determinou que a *ratio decidendi* de um caso específico passaria a vincular casos semelhantes, reconhecendo seu caráter *erga omnes*.

Jorge Contesse¹⁷ é um dos principais críticos da posição do tipo “tudo ou nada”, adotada pela CorteIDH, que exige a aplicação irrestrita do controle de convencionalidade. Para o jurista chileno radicado nos Estados Unidos, em lugar de um diálogo, esse Tribunal vem realizando um monólogo unidirecional, exigindo às cortes nacionais sua plena adequação. De forma ainda mais incisiva, Michele Carducci¹⁸ afirma que: “[...] o percurso argumentativo da obrigatoriedade do ‘controle de convencionalidade’ denuncia uma mera tautologia: a jurisprudência da Corte IDH é vinculante porque assim declara a própria Corte [...]”, afastando a circularidade das experiências jurisdicionais em nome da substitutividade das decisões constitucionais pelas decisões da CorteIDH.

Face essa imposição realizada pela CorteIDH, Noguera Alcála¹⁹ identifica seis modalidades que a implementação do controle de convencionalidade pelos Estados pode assumir:

¹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. *Almonacid Arellano y Otros vs. Chile*. 26 de setembro de 2006. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf Acesso em: 10 maio 2021.

¹² CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. *La Cantuta vs. Peru*. 29 de novembro de 2006. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf Acesso em: 10 maio 2021.

¹³ As cinco medidas hoje utilizadas no âmbito do SIDH são: compensação econômica; restituição; satisfação; não repetição; e, reabilitação médica, psicológica e social, sendo que apenas as duas primeiras estão previstas no artigo 63 da CADH. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. *Guía práctica sobre el uso del mecanismo de soluciones amistosas en el sistema de peticiones y casos ante la CIDH*. 2013. Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/soluciones_amistosas/docs/guia-practica-sa-es.pdf Acesso em: 19 maio 2021.

¹⁴ CONTESE, Jorge. ¿La última palabra?: control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2013. Disponível em: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Sp_20130401.pdf Acesso em: 12 maio 2021.

¹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. *Almonacid Arellano y Otros vs. Chile*. 26 de setembro de 2006. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf Acesso em: 10 maio 2021.

¹⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de cumplimiento de sentencia, 20 de março de 2013. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf Acesso em: 20 maio 2021.

¹⁷ CONTESE, Jorge. ¿La última palabra?: control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2013. Disponível em: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Sp_20130401.pdf Acesso em: 12 maio 2021.

¹⁸ CARDUCCI, Michele. *Teoría tridimensional das integrações supranacionais: uma análise comparativa dos sistemas e modelos de integração da Europa e América Latina*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 86.

¹⁹ NOGUERA ALCALÁ, Humberto. El uso del derecho y jurisprudencia constitucional extranjera y de tribunales internacionales no vinculantes por el Tribunal Constitucional chileno en el periodo 2006-2011. *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 11, n. 1, p. 221-274, 2013. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-52002013000100007&lng=es&nrm=iso Acesso em: 11 maio 2021.

- a) Interpretação extensiva, na qual o juiz nacional vai além da interpretação realizada pela CorteIDH;
- b) Interpretação inovadora, em que o juiz interno utiliza a CADH de uma forma interpretativa nova, diante de um caso ainda não resolvido pela CorteIDH;
- c) Interpretação corretiva, quando os juízes nacionais modificam sua jurisprudência em virtude da tomada de posição da CorteIDH, a fim de evitar uma condenação do Estado;
- d) Interpretação receptiva, acontece quando há uma internalização da *ratio decidendi* das decisões da CorteIDH, que condenaram outros Estados;
- e) Interpretação neutralizante, ocorre quando se utilizam técnicas de *distinguishing*, a fim de não aplicar o precedente da CorteIDH, mantendo a validade da norma nacional;
- f) Interpretação abertamente discordante do tribunal nacional em relação à interpretação dada pela CorteIDH.

Em decorrência dessa diversidade de modalidades de implementação do controle de convencionalidade, pode-se chegar a resultados diversos, a exemplo da compatibilidade de um ato ou norma nacional com a constituição, mas contrário à jurisprudência da CorteIDH, como aconteceu no julgamento da ADFP n.º 153²⁰, no qual o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu não revisar a Lei da Anistia – Lei n.º 6.683/79, contrariando a posição da CorteIDH firmada no caso *Barrios Altos vs. Peru*, acima citado.

Em face desse panorama, diversos questionamentos vêm sendo levantados em relação à legitimidade da atuação dos órgãos do SIDH. Em abril de 2019, por exemplo, Argentina, Brasil, Chile, Paraguai e Peru enviaram uma carta ao secretário executivo da CIDH, Paulo Abrão, manifestando sua preocupação com os excessos da CorteIDH e da CIDH:

Desde esta perspectiva, la declaración considera que los Estados gozan de un razonable margen de autonomía para resolver acerca de las formas más adecuadas de asegurar derechos y garantías, como forma de dar vigor a sus propios procesos democráticos. La declaración plantea que dicho margen de apreciación debe ser respetado por los órganos del sistema interamericano.

También la declaración hace hincapié en la necesidad de que tanto la Comisión como la Corte apliquen de forma estricta las fuentes de derecho internacional en la resolución de los casos sujetos a su conocimiento. En este caso, dichas fuentes se identifican, principalmente, con el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

A su vez, la declaración enfatiza la importancia del debido conocimiento y consideración de las realidades de los Estados por parte del sistema interamericano y la necesidad de que las formas de reparación guarden una debida proporcionalidad y respeten los ordenamientos constitucionales y jurídicos de esos Estados²¹. (grifo nosso)

Trata-se, sem dúvida, de uma situação que evidencia a necessidade de uma discussão ampla sobre o papel dos tribunais internacionais diante da defasagem da legislação que regula suas competências. Esse descompasso cria uma tensão entre a obrigação internacional de proteger os direitos humanos e a soberania dos Estados.

Para Burgorgue-Larsen²², essa tensão é sinal do atual momento histórico, em que é necessário superar o

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 153/DF*. [...] Princípio Democrático e Princípio Republicano: não violação. Circunstâncias históricas. Dignidade [...]. Relator: Ministro Eros Grau, 29 de abril de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960> Acesso em: 17 maio. 2021.

²¹ CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. *Comunicado de prensa Ministerio de Relaciones Exteriores: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos sobre Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. 11 de abril de 2019. Disponível em: <https://minrel.gob.cl/comunicado-de-prensa-ministerio-de-relaciones-exteriores-ministerio-de-minrel/2019-04-23/105105.html> Acesso em: 10 maio 2021.

²² BURGORGUE-LARSEN, Laurence. A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França. *Revista Prismas*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 261-304, 2010. Disponível em: <https://publicacoesacademicas.uniceub.br/prisma/article/view/1145/989> Acesso em: 15 maio 2021.

nacionalismo jurídico e, conforme acrescenta Bittar²³, fugir do provincianismo que impede o diálogo transnacional entre os juízes, conforme será exposto no seguinte tópico.

3 Diálogo transnacional ou normas alterativas?: a proposta

O processo de internacionalização da proteção dos direitos humanos, iniciado após a Segunda Guerra Mundial, potencializou-se com as lutas das minorias e das pessoas em situação de vulnerabilidade pelo seu reconhecimento como titulares plenos de direitos humanos. Esse fenômeno alcançou rapidamente, contornos mundiais em decorrência do fenômeno da globalização, que ajudou a evidenciar que a humanidade compartilha muitos dos seus problemas e desafios em relação à efetiva proteção da dignidade de todo ser humano.

O surgimento de problemas globais, aponta Zygmunt Bauman²⁴, é uma característica de nossa época, sendo que somente poderão ser efetivamente resolvidos de forma global. Qualquer tentativa local será, alerta o filósofo polonês, inútil e ineficaz.

Aceitar, portanto, a universalidade da dignidade humana implica aceitar também a possibilidade da validade e aplicabilidade dos argumentos e raciocínios gerados em outras jurisdições para resolver problemas semelhantes, conforme defende Ansuátegui Roig²⁵. Nessa mesma linha, pronuncia-se Neves²⁶:

Os problemas dos direitos fundamentais ou dos direitos humanos ultrapassaram fronteiras, de tal maneira que o direito constitucional estatal passou a ser uma instituição limitada para enfrentar esses problemas. [...]

Assim, um mesmo problema de direitos fundamentais pode apresentar-se perante uma ordem estatal, local, internacional, supranacional e transnacional (no sentido estrito) ou, com frequência, perante mais de uma dessas ordens, o que implica cooperações e conflitos, exigindo aprendizado recíproco.

Esse reconhecimento e compreensão do compartilhamento de realidades e dificuldades para proteger os direitos humanos deu lugar à doutrina denominada diálogo de fontes, considerada por Rothenburg²⁷ como uma das características do constitucionalismo contemporâneo:

a interlocução do Direito Constitucional interno e estrangeiro, e destes com o Direito internacional, traduz um “diálogo de fontes” que, em termos de Direito Constitucional, é referido como “interconstitucionalismo” (CANOTILHO, 2006, p. 266), “transconstitucionalismo” (NEVES, 2009, p. 242 e s.) ou “cross constitucionalismo” (TAVARES, 2009), e é apontado como uma das características do constitucionalismo contemporâneo (neoconstitucionalismo): a “tendência ‘expansiva’” do constitucionalismo, um “constitucionalismo transnacional” (ARAGON REYES, 2007, p. 38-39), “constitucionalismo supranacional” (PAGLIARINI, 2009, p. 126, com enfoque na experiência da União Europeia) ou — como tenho preferido dizer — um “constitucionalismo internacional”. Forma-se uma plataforma partilhada, com o “estabelecimento de uma espécie de ‘gramática’ jurídico-constitucional comum”, a partir da “aproximação cada vez maior entre as diversas ordens constitucionais nacionais”, como anota, com propriedade, Sarlet (2009, p. 167 e 168).

Com base nessa lógica, verifica-se que, nos últimos anos, iniciou-se uma aproximação entre as cortes nacionais e internacionais de proteção de direitos humanos por meio de um diálogo, propiciando um rico

²³ BITTAR, Eduardo. Diálogo, consciência cosmopolita e direitos humanos: os rumos e limites das lutas identitárias no mundo contemporâneo. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, ano 7, n. 22, p. 98-123, 2013. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/275/641> Acesso em: 15 maio 2021.

²⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Europa: uma aventura inacabada*. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

²⁵ ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. Derechos humanos y diálogo judicial entre América y Europa: ¿hacia un nuevo modelo de Derecho? *Tigor. Rivista di Scienze Della Comunicazione e di Argomentazione Giuridica*, ano 7, n. 2, p. 3-18, 2015. p. 7.

²⁶ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 120-121.

²⁷ ROTHENBURG, Walter Claudius. Constitucionalidade e convencionalidade da Lei de Anistia brasileira. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 18, p. 681-706, 2013. p. 685.

intercâmbio de experiências. Cita-se, como exemplo, o caso *Trabalhadores Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*, de 2016²⁸, no qual a CorteIDH fez uso expresso dos critérios para definir a escravidão estabelecidos no caso *Prosecutor vs. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac e Zoran Vukovic*, de 2001²⁹, pela Câmara de Apelações do Tribunal Penal Internacional Ad-Hoc para a Ex-Iugoslávia. Outro exemplo, mas entre cortes nacionais, foi o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em 9 de setembro de 2015, da medida cautelar em sede da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347 (MC-ADPF 347), no qual reconheceu formalmente o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, pela violação generalizada e permanente dos direitos fundamentais dos presos custodiados em presídios e em delegacias no país, resultante de ‘falhas estruturais e falência de políticas públicas’³⁰. Essa decisão do STF inspirou-se na sentença T-153/98 proferida pelo Tribunal Constitucional da Colômbia, de 28 de abril de 1998³¹, também sobre a crise do sistema penitenciário.

García Ramírez³² denomina essa aproximação entre a CorteIDH e as cortes nacionais de “*puentes entre el DIDH y el derecho doméstico*”, que alimentam um *ius commune* em construção na América Latina.

Para Piovesan³³, a criação de um *ius constitutionale commune* latino-americano sobre direitos humanos deriva da combinação dos seguintes três fatores que se dão no marco do processo de redemocratização da região:

- 1) o crescente empoderamento do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e seu impacto transformador na região;
- 2) a emergência de Constituições latino-americanas que, na qualidade de marcos jurídicos de transições democráticas e da institucionalização de direitos, apresentam cláusulas de abertura constitucional, a propiciar maior diálogo e interação entre o Direito interno e o Direito Internacional dos Direitos Humanos;
- 3) o fortalecimento da sociedade civil na luta por direitos e por justiça.

Esse *ius commune* da América Latina (ICCAL), ensina García Jaramillo³⁴,

es un concepto útil para comprender el fenómeno de la interamericanización académica y judicial del derecho [...] Pretende proyectar rumbos de acción hacia un constitucionalismo transformador de las desigualdades sociales y políticas que aquejan a los países de la región.

O projeto, acrescenta García Jaramillo, foi uma iniciativa do Instituto Max Planck de Direito Público Comparado e Direito Internacional, com direção de Armin von Bogdandy e a coordenação de Mariela Morales.

²⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Trabajadores de la Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C n.º 318. 20 de outubro de 2016. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf Acesso em: 20 maio 2021.

²⁹ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL AD-HOC PARA A EX-IUGOSLÁVIA. Câmara de Apelações. *Case Prosecutor vs. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic*. 22 de fevereiro de 2001. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/en/kun-tj010222e.pdf> Acesso em: 20 maio 2021.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 347 MC/DF*. [...] Custodiado. Integridade física e moral. Sistema Penitenciário [...]. Relator: Ministro Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665> Acesso em: 22 maio 2021.

³¹ COLOMBIA. Tribunal Constitucional da Colômbia. *T-153/98, de 28 de abril de 1998*. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm> Acesso em: 21 maio 2021.

³² GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *La “navegación americana” de los derechos humanos: hacia un ius commune*. México: UNAM, 2014. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3655/20.pdf> Acesso em: 19 maio 2021.

³³ PIOVESAN, Flávia. *Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios. Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1356-1388, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/dLhPxzDmJDTcczFVTdhSwjN/?lang=pt&format=pdf> Acesso em: 31 maio 2021.

³⁴ GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. De la “constitucionalización” a la “convencionalización” del ordenamiento jurídico. La contribución del *ius constitutionale commune*. *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, n. 36, p. 131-166, 2016. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/4576/5264> Acesso em: 20 maio 2021.

É a partir das trocas de experiências entre pesquisadores alemães e latino-americanos que o *ius constitutionale commune* na América Latina (ICCAL) se apresenta como um projeto jurídico, político e social de um direito latino-americano comum, preocupado com o reestabelecimento da democracia após a superação dos períodos de ditaduras militares vivenciados pela região [...] A partir da compreensão de que os países que compõem a América Latina possuem não só uma história semelhante – de experiências com governos autoritários e hiperpresidencialistas – como também desafios em comum – como, por exemplo, desigualdade, violência e exclusão social – torna-se ainda mais desejável o desenvolvimento de *standards* mínimos em matéria de direito constitucional para a região³⁵

O *ius commune*, entretanto, não é uma proposta unificadora, mas um processo de harmonização direcionado a “compatibilizar, de um lado, a fixação de *standards* mínimos comuns em direitos humanos, e de outro, respeito à diversidade”³⁶. A sua importância radica na construção de *standards* que vão auxiliar os Estados a proteger melhor os direitos humanos.

A importância da aplicação do ICCAL se deve ao fato de diferentes Estados terem respostas diferentes a violações em seus sistemas domésticos. Algumas respostas são melhores que outras. Portanto, quando o ICCAL incentiva o surgimento de padrões para a região, ele é, de fato, um guia para a interpretação de diferentes normas nacionais e o fortalecimento dos Estados mais frágeis em relação à proteção de suas jurisdições. Ele prega a necessidade de que o conteúdo dos direitos seja harmonizado entre os diferentes Estados e que estes devem ser fortalecidos, eis que são a primeira resposta aos abusos de direitos³⁷

Para García Ramírez, o ICCAL, cujo início se deu no último quarto de século XX, caracteriza-se por colocar o ser humano no centro do cenário, ou seja, trata-se de um “*constitucionalismo antropocêntrico*”³⁸, que propugna a admissão de blocos de constitucionalidade nos ordenamentos nacionais, de modo a incluírem o ordenamento internacional dos direitos humanos, como forma de melhor proteger a dignidade humana, considerada o eixo estrutural do Estado. Trata-se, portanto, de um *constitucionalismo transformador* que, nas palavras de Olsen e Kozicki³⁹, pode ser entendido como a

[...] teoria que demanda do poder judiciário um papel determinante na realização da função normativa das constituições, a fim de gerar transformações na estrutura político-social capazes de tornar eficazes os compromissos firmados em sede constitucional. Não se trata de realizar política por meio do judiciário, tampouco de depreciar a atuação dos movimentos sociais. Pelo contrário, visa-se empoderar esses movimentos a partir de decisões judiciais que reconheçam os direitos invocados e o dever da estrutura político-administrativa do Estado de implementá-los, por vias de um diálogo institucional democrático e inclusivo comprometido com resultados eficazes na promoção e proteção dos direitos. A ideia é impulsionar o processo democrático em favor daqueles que enfrentam maiores dificuldades em ter seus pleitos atendidos por elites no poder, de forma a fortalecer a sociedade civil.

Com base nessa perspectiva, García Ramírez afirma que os juízes nacionais possuem um papel de extraordinária importância para a recepção do direito internacional nos seus países, sendo a aplicação do controle de convencionalidade peça chave para alcançar esse objetivo, considerando que o artigo 2º da CADH estabelece a obrigação dos Estados de compatibilizar sua legislação interna com os direitos humanos previstos nesse documento

³⁵ LEAL, Mônia Clarissa Henning; VARGAS, Eliziane Fardin de. O Ius Constitutionale Commune e sua conformação na Corte Interamericana de Direitos Humanos: alguns aspectos teóricos. *Revista Videre*, Dourados, v. 12, n. 5, p. 10-35, set./dez. 2020. Disponível em: <https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/12680/6845> Acesso em: 2 set. 2021.

³⁶ OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. O papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos na construção dialogada do *ius constitutionale commune* na América Latina. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 302-363, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6005/pdf> Acesso em: 31 ago. 2021.

³⁷ PAMPLONA, Danielle Anne. Um projeto comum para a América Latina e os impactos das empresas em direitos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 286-301, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6090/pdf> Acesso em: 31 ago. 2021.

³⁸ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *La “navegación americana” de los derechos humanos: hacia un ius commune*. México: UNAM, 2014. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3655/20.pdf> Acesso em: 19 maio 2021.

³⁹ OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. O papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos na construção dialogada do *ius constitutionale commune* na América Latina. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 302-363, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6005/pdf> Acesso em: 31 ago. 2021.

O jurista mexicano e ex-juiz da CorteIDH alerta, entretanto, que o controle de convencionalidade deve ser “*factor de armonización jurídica, no semilla de dispersión*”⁴⁰, sendo, portanto, necessário fixar o caminho, os métodos, os procedimentos, as faculdades e as consequências desse controle, pois somente assim será possível avançar na construção de um *ius commune*. Para tal, o diálogo jurisprudencial cumpre um papel decisivo.

Este diálogo, que hasta hace poco escaseó, hoy abunda. Hay buenos ejemplos en la experiencia entre la Corte Interamericana y los tribunales nacionales,⁷⁴ y también en la recepción por éstos de criterios de aquel tribunal, adoptados en terceros países y en casos distantes de aquellos en los que posteriormente se aplica.⁷⁵ Esta fórmula de atracción y admisión es particularmente eficaz en la forja del Derecho común, bajo normas y conforme a criterios internacionales, que trascienden las fronteras domésticas y generan una suerte de “internacionalidad” que alimenta la “comunidad” de soluciones⁴¹

Trata-se de um diálogo que, segundo Olsen e Kozicki⁴², se caracteriza por ser multidimensional, podendo ser da CorteIDH para as cortes nacionais (*top-down*), via o controle de convencionalidade, ou em sentido inverso, ou seja, das cortes nacionais à CorteIDH (*bottom-up*) que contribuem, por meio da sua jurisprudência, com a formação de novos parâmetros sobre direitos humanos na região. Apesar dessa multidimensionalidade, as autoras alertam para a necessidade de reconhecer a centralidade da jurisprudência da CorteIDH, em virtude da sua força vinculante, conforme previsto nos artigos 62.1 e 68 da CADH, embora sem atribuir-lhe natureza de corte de cassação ou de última palavra, haja vista “a interpretação e definição dos direitos humanos [terem] um caráter dinâmico que não se coaduna com posições engessadas”. Desse modo, Olsen e Kozicki acrescentam que,

no lugar do exercício puro e simples de autoridade de uma corte nacional ou supranacional, um comprometimento dos juízes envolvidos, conscientes do pluralismo jurídico de matiz constitucional em que estão inseridos, e de seu papel primordial no sentido de promover a necessária harmonização⁴³.

Esse pluralismo dialógico pressupõe, portanto, “reciprocidade na troca e abertura de ambas as partes a diferentes perspectivas e argumentos”⁴⁴. Nessa linha, Saiz Arnaiz⁴⁵ assevera que o objetivo do diálogo é alcançar uma interpretação compatível para todas as partes que participam na “*conversación*”, sem que isso signifique “*uniformar, sino de armonizar, de hacer compatibles lecturas distintas del Derecho implicado*”, tendo em vista, sobretudo, que a relação entre os ordenamentos não deve ser hierárquica, mas horizontal. De qualquer forma, é necessário que as partes estejam envolvidas num projeto comum para que o diálogo funcione, conforme alerta Bogdandy⁴⁶, “*De no haber aceptación de esta premisa, existe sólo interacción, pero no diálogo*”. Deve ser, portanto, um diálogo realmente genuíno e atender as exigências de liberdade e igualdade, segundo ensina Grández Castro⁴⁷, pois

⁴⁰ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *La “navegación americana” de los derechos humanos: hacia un ius commune*. México: UNAM, 2014. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3655/20.pdf> Acesso em: 19 maio 2021.

⁴¹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *La “navegación americana” de los derechos humanos: hacia un ius commune*. México: UNAM, 2014. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3655/20.pdf> Acesso em: 19 maio 2021.

⁴² OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. O papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos na construção dialogada do *ius constitutionale commune* na América Latina. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 302-363, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6005/pdf> Acesso em: 31 ago. 2021.

⁴³ OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. O papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos na construção dialogada do *ius constitutionale commune* na América Latina. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 302-363, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6005/pdf> Acesso em: 31 ago. 2021.

⁴⁴ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo transformar e resiliência democrática no Brasil: o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina tem uma contribuição a oferecer? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 253-285, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6144/pdf> Acesso em: 31 ago. 2021.

⁴⁵ SAIZ ARNAIZ, Alejandro (dir.) *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos*. Lima: Palestra, 2015. p. 156.

⁴⁶ BOGDANDY, Armin von. *Ius constitutionale Latinoamericanum: aclaración conceptual*. In: BOGDANDY, Armin von; FIX-FIERRO, Héctor; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32345.pdf> Acesso em: 2 set. 2021.

⁴⁷ GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. Nota preliminar. In: GUERRA, Luis López; SAIZ ARNAIZ, Alejandro (dir.) *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos*. Lima: Palestra, 2015. p. 11.

No se dialoga bajo condiciones de 'superioridad' o coerción. De ahí que el diálogo sea, quizá, el único instrumento razonable para 'hacer justicia' en contextos en los que la jurisprudencia tenga que dar respuesta a problemas que traspasan tradiciones, lenguas y culturas como ocurre en América Latina.

Todavía, para García Jaramillo⁴⁸, esse diálogo deve ser feito, inclusive, com a sociedade:

El activismo judicial no se combate restringiendo las funciones y competencias de las cortes, sino implementando mecanismos que generen prácticas dialógicas que son fundamentales para alcanzar los logros sociales que se plantean las sentencias.

Sendo, também, uma forma de conceder legitimidade às eventuais decisões ativistas que sejam tomadas. Assim, evitar-se-iam situações em que o “ímpeto de causar transformações sociais voltadas para a solução da exclusão social” provocaram decisões “no mínimo controversas”, conforme apontado por Olsen e Kozicki⁴⁹, que citam, por exemplo, o caso *Castro Castro vs. Peru*, de 2006⁵⁰, cuja decisão incluiu uma reparação simbólica que terminou sendo interpretada pela população como um monumento ao terrorismo.

Situações como essa, e como as relatadas no primeiro tópico deste trabalho, bem como a falta de uma cultura no Brasil de valorização da jurisprudência da Corte IDH, agravada pela resistência ao cumprimento das suas decisões (a exemplo do caso *Gomes Lund vs. Brasil*, de 2010)⁵¹, permitem levantar questionamentos sobre a viabilidade do pluralismo dialógico como fundamento do ICCAL.

Andrade Moreno⁵² entende que o diálogo não sempre é a ferramenta adequada para estabelecer relações estáveis entre cortes, na medida em que “*el conflicto es irreductible, porque existe una diversidad irreductible de valores constitucionales*”. Para o jurista chileno, o diálogo, em longo prazo, pode produzir o efeito contrário e “*terminar desgastando y tensionando las relaciones institucionales*”.

Nesse sentido, Andrade Moreno⁵³ defende que o ICCAL deveria olhar para a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) que, a partir

de las cláusulas de limitación adscritas a determinados derechos, ha desarrollado dispositivos interpretativos específicos que permiten alcanzar la flexibilización necesaria para enfrentar el conflicto resultante de la diversidad de órdenes jurídicos nacionales que se acogen bajo el sistema del Convenio.

Essa opção da CEDH deriva, segundo Andrade Moreno, da compreensão de que, embora os direitos humanos sejam considerados universais, absolutos e indivisíveis, cada Estado implementa esses direitos de forma diferente, de acordo com seus contextos históricos, sociais e culturais próprios, sendo impossível sua harmonização, mostrando, portanto, que o conflito é irreductível.

⁴⁸ GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. De la “constitucionalización” a la “convencionalización” del ordenamiento jurídico. La contribución del ius constitutionale commune. *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, n. 36, p. 131-166, 2016. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/4576/5264> Acesso em: 20 maio 2021.

⁴⁹ OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. O papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos na construção dialogada do ius constitutionale commune na América Latina. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 302-363, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6005/pdf> Acesso em: 31 ago. 2021.

⁵⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. *Castro Castro vs. Peru*. 25 de novembro de 2006. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf Acesso em: 10 maio 2021.

⁵¹ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo transformar e resiliência democrática no Brasil: o Ius Constitutionale Commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 253-285, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6144/pdf> Acesso em: 31 ago. 2021.

⁵² MORENO, Marcos Andrade. Normas alternativas de derechos y flexibilidad normativa como fundamento del pluralismo dialógico del ICCAL. In: LOPES, Ana Maria D'Ávila; PAREDES PAREDES, Felipe; BREGAGLIO LAZARTE, Renata. *Tendências jurisprudenciais da Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 1-170. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/344669555_Tendencias_Jurisprudenciais_da_Corte_Interamericana_de_Dereitos_Humanos-2pdf Acesso em: 25 maio 2021.

⁵³ MORENO, Marcos Andrade. Normas alternativas de derechos y flexibilidad normativa como fundamento del pluralismo dialógico del ICCAL. In: LOPES, Ana Maria D'Ávila; PAREDES PAREDES, Felipe; BREGAGLIO LAZARTE, Renata. *Tendências jurisprudenciais da Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 1-170. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/344669555_Tendencias_Jurisprudenciais_da_Corte_Interamericana_de_Dereitos_Humanos-2pdf Acesso em: 25 maio 2021.

Em face dessa problemática, propõe a adoção de normas alterativas, como pressuposto da flexibilidade normativa, de modo a contribuir na fundamentação que o ICCAL precisa. Essas normas alterativas ou restritivas podem ser definidas como as normas que se encontram

*en los mismos instrumentos que consagran derechos, que excluyen ciertos casos de la órbita de protección de un derecho, suspenden temporalmente el ejercicio de determinados derechos o habilitan a interferir legítimamente en el ejercicio de ciertos derechos con el fin de preservar ciertos bienes colectivos o derechos de terceros*⁵⁴.

São normas, acrescenta Andrade Moreno, que têm sido denominadas como “cláusulas de acomodação” por O’Donnell ou “cláusulas de escape” por Delmas-Marty e Soulier, e que vêm sendo amplamente usadas pela CEDH, garantindo uma margem de apreciação aos Estados para aplicar os direitos em conformidade com seu próprio contexto, evitando, também, qualquer afetação à legitimidade democrática.

Nesse sentido, é necessário, afirma Andrade Moreno, contar com uma taxonomia standard de normas alterativas ou, no mínimo, critérios para sua identificação, de modo a conferir racionalidade à proposta⁵⁵. Com esse objetivo, deve-se buscar, nas disposições que estabelecem direitos, os elementos sistemáticos que sustentam a prática jurídica da sua interpretação. Desse modo, propõe a seguinte taxonomia⁵⁶:

- a) Reservas: modificam *a priori* e permanentemente, as obrigações estabelecidas nos documentos internacionais de direitos humanos, afetando expressamente o alcance e a extensão de proteção de um direito;
- b) Cancelamentos ou suspensões: afetam *a posteriori* e temporariamente, a extensão da proteção de alguns direitos, por meio da introdução expressa de elementos que permitem ao Estado suspender parcialmente as obrigações contraídas;
- c) Exceções: são estabelecidas de forma *a priori*, permanente e com efeitos gerais, de modo a subtrair expressamente do alcance de determinado direito um determinado item (pessoa, coisa o estado de coisa) que de outra forma estaria sob proteção;
- d) Limitações ou restrições propriamente ditas: afetam, *a posteriori*, específica e permanentemente, a extensão da proteção de um direito, introduzindo expressamente certos elementos qualificativos da norma, constituídos por conceitos densos (valores, fins ou bens), que o Estado deve invocar num ato legislativo e que lhe autorizam a interferir com esse direito.

Essa taxonomia é necessária para determinar os casos nos quais os Estados podem modular as obrigações contraídas no momento da ratificação dos documentos internacionais de direitos humanos, equilibrando, assim, a discricionariedade e o poder criativo dos juízes.

Todavia, essa taxonomia de normas alterativas de direitos permite compreender que o bloco de constitucionalidade não precisa ser sólido ou denso, mas pode ser poroso, na medida em que autoriza os Estados a modular suas obrigações conforme seu próprio contexto, bem como dos valores e princípios da sua sociedade.

⁵⁴ MORENO, Marcos Andrade. Normas alterativas de derechos y flexibilidad normativa como fundamento del pluralismo dialógico del ICCAL. In: LOPES, Ana Maria D’Ávila; PAREDES PAREDES, Felipe; BREGAGLIO LAZARTE, Renata. *Tendências jurisprudenciais da Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 1-170. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/344669555_Tendencias_Jurisprudenciais_da_Corte_Interamericana_de_Derechos_Humanos-2pdf Acesso em: 25 maio 2021.

⁵⁵ MORENO, Marcos Andrade. Excepciones a derechos. *Eunomia: Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 14, p. 226-243, abr./set. 2018. Disponível em: <https://ojs2017.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/4166/2690> Acesso em: 31 ago. 2021.

⁵⁶ MORENO, Marcos Andrade. Normas alterativas de derechos y flexibilidad normativa como fundamento del pluralismo dialógico del ICCAL. In: LOPES, Ana Maria D’Ávila; PAREDES PAREDES, Felipe; BREGAGLIO LAZARTE, Renata. *Tendências jurisprudenciais da Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 1-170. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/344669555_Tendencias_Jurisprudenciais_da_Corte_Interamericana_de_Derechos_Humanos-2pdf Acesso em: 25 maio 2021.

Essa margem de apreciação, contudo, não é isenta de críticas. Lopes e Santos Junior⁵⁷ questionam se não se estaria voltando a uma relativização dos direitos humanos. Embora não existam direitos absolutos, deve-se proceder com cautela quando da mitigação da proteção de bens jurídicos. Não se desconhece a existência de uma pluralidade de ordens jurídicas nacionais com seus valores e expressões culturais próprias; contudo, tais fatores não devem servir como justificativa para a denegação de tais direitos, principalmente quando estão em jogo os direitos das minorias.

Diante desse tipo de questionamentos, Diniz⁵⁸ alerta que “[...] haverá a possibilidade de um controle supranacional em relação, por exemplo, à legalidade da medida, a existência de um recurso e a proporcionalidade da medida relacionando-se com a razão invocada [...]”.

O importante, segundo apontado por Andrade Moreno⁵⁹, é que essa taxonomia viabilizará a flexibilidade normativa, entendida como a “*capacidad de un sistema jurídico para proporcionar soluciones normativas diferenciadas, frente a casos iguales o similares, modulados por razones contextuales*”.

Esse é o raciocínio presente no Sistema Europeu, cuja Corte tem incluído normas alterativas no seu guia prático sobre admissibilidade⁶⁰, nos parágrafos 392 a 397, demonstrando ser uma perspectiva consolidada.

De qualquer forma, a flexibilidade normativa, enquanto derrotabilidade, não alcançará todas as normas, mas apenas aquelas sujeitas às normas alterativas explicitadas na taxonomia acima descrita, afastando as críticas relativas a ser uma proposta que coloca em risco a certeza jurídica ou a construção de *standards* internacionais.

Talvez seja essa a fórmula para alcançar o que Delmas-Marty⁶¹ denomina como um “pluralismo ordenado”. Para a autora, a necessidade de um Direito aplicável a todos, a partir de referenciais compartilhados traduz-se, pois, em um *ius commune* gestado em “[...] diferentes Estados dentro da perspectiva de uma harmonização que não lhes imponha renunciar a sua identidade cultural e jurídica”,

[...] pois essa sobreposição permite todo um jogo de referências cruzadas (de um país ou de uma região à outra, mas também de nível nacional, regional ou mundial ao outro), o que facilita a elaboração de princípios comuns, não só declarativos que regem as escolhas e interpretações das normas jurídicas nacionais.⁶²

Nessa linha, Andrade Moreno⁶³ afirma: “*más que armonizar diversos órdenes jurídicos, se debe buscar su integración bajo un arreglo constitucional común que reconozca la diversidad de tales órdenes*”. Desse modo, viabilizar-se-ia a solidificação de um *ius commune*, ao tempo em que se evitariam, ou, pelo menos, diminuiriam, os questionamentos levantados no tópico anterior sobre a ilegitimidade do ativismo das cortes internacionais.

⁵⁷ LOPES, Ana Maria D’Ávila; SANTOS JUNIOR, Luis Haroldo Pereira dos. Controle de convencionalidade e margem de apreciação nacional: (in)compatibilidade no sistema interamericano de direitos humanos. *Revista Direito Público*, Porto Alegre, v. 14, n. 18, p. 35-54, maio/jun. 2018. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2866/pdf> Acesso em: 15 maio 2021.

⁵⁸ DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. Soberania e margem nacional de apreciação. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v. 6, n. 2, p. 392-418, 2011. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/scer/index.php/rdp/article/view/6058> Acesso em: 26 maio 2021.

⁵⁹ MORENO, Marcos Andrade. Normas alterativas de derechos y flexibilidad normativa como fundamento del pluralismo dialógico del ICCAL. In: LOPES, Ana Maria D’Ávila; PAREDES PAREDES, Felipe; BREGAGLIO LAZARTE, Renata. *Tendências jurisprudenciais da Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 1-170. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/344669555_Tendencias_Jurisprudenciais_da_Corte_Interamericana_de_Derechos_Humanos-2pdf Acesso em: 25 maio 2021.

⁶⁰ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Guía práctica sobre la admisibilidad*. 2014. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/admissibility_guide_spa.pdf Acesso em: 2 set. 2021.

⁶¹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 9.

⁶² DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 289.

⁶³ MORENO, Marcos Andrade. Normas alterativas de derechos y flexibilidad normativa como fundamento del pluralismo dialógico del ICCAL. In: LOPES, Ana Maria D’Ávila; PAREDES PAREDES, Felipe; BREGAGLIO LAZARTE, Renata. *Tendências jurisprudenciais da Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 1-170. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/344669555_Tendencias_Jurisprudenciais_da_Corte_Interamericana_de_Derechos_Humanos-2pdf Acesso em: 25 maio 2021.

4 Considerações finais

A autoampliação das competências dos órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, para atender as exigências de uma sociedade mais consciente dos seus direitos, vem levantando questionamentos sobre sua legitimidade para implementar essas mudanças, que não se limitam à incorporação de novos direitos judicializáveis, mas à adoção de novas medidas sancionatórias e à imposição do controle de convencionalidade.

Trata-se, segundo Malarino, de uma verdadeira metamorfose desses órgãos, cujo descontrole vem se manifestando por meio de um forte ativismo, uma desmedida punitivização e uma nacionalização que interfere nos poderes internos dos Estados.

Para Burgorgue-Larsen, entretanto, essa situação não é mais do que reflexo do atual momento histórico, em que é necessário superar o nacionalismo jurídico e, acrescenta Bittar, fugir do provincianismo que impede o diálogo transnacional entre as cortes.

É, de acordo com García Ramírez, por meio desse diálogo entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) e as cortes nacionais que será possível a consolidação de um *ius commune* latino-americano, de modo a garantir *standards* de proteção da dignidade humana em toda a região.

Contudo, a realidade vem mostrando as dificuldades de um verdadeiro diálogo, haja vista a postura hierarquizante da CorteIDH, especialmente a partir da imposição do controle de convencionalidade, focado numa proposta homogeneizante da compreensão jurídica dos direitos humanos.

Diante disso, o jurista chileno Andrade Moreno, partindo da constatação de o diálogo jurisdicional ter se mostrando ineficaz e da ideia de que o conflito de valores constitucionais nos diversos Estados é irreduzível, propõe a adoção de uma taxonomia de normas alterativas, como pressuposto para uma flexibilidade normativa que, sem colocar em risco o respeito à dignidade humana, possa garantir o respeito aos diversos contextos históricos, sociais e culturais de cada país da região.

Talvez seja esse o caminho a ser empreendido para consolidar um *ius commune* latino-americano capaz de, finalmente, garantir os direitos humanos de todos, sem desconhecer o que de mais rico tem o ser humano: sua diversidade.

Referências

ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. Derechos humanos y diálogo judicial entre América y Europa: ¿hacia un nuevo modelo de Derecho? *Tigor. Rivista di Scienze Della Comunicazione e di Argomentazione Giuridica*, ano 7, n. 2, p. 3-18, 2015.

BAUMAN, Zygmunt. *Europa: uma aventura inacabada*. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

BITTAR, Eduardo. Diálogo, consciência cosmopolita e direitos humanos: os rumos e limites das lutas identitárias no mundo contemporâneo. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, ano 7, n. 22, p. 98-123, 2013. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/275/641> Acesso em: 15 maio 2021.

BOGDANDY, Armin von. Ius constitutionale Latinoamericanum: aclaración conceptual. In: BOGDANDY, Armin von; FIX-FIERRO, Héctor; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina*: rasgos, potencialidades y desafíos. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32345.pdf> Acesso em: 2 set. 2021.

BRASIL. *Decreto n. 4.463, de 8 de novembro de 2002*. Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos [...]. Disponível em: <http://www.planalto>.

gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4463.htm Acesso em: 21 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 153/DF*. [...] Princípio Democrático e Princípio Republicano: não violação. Circunstâncias históricas. Dignidade [...]. Relator: Ministro Eros Grau, 29 de abril de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960> Acesso em: 17 maio. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 347 MC/DF*. [...] Custodiado. Integridade física e moral. Sistema Penitenciário [...]. Relator: Ministro Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665> Acesso em: 22 maio 2021.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França. *Revista Prismas*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 261-304, 2010. Disponível em: <https://publicacoesacademicas.uniceub.br/prisma/article/view/1145/989> Acesso em: 15 maio 2021.

CARDUCCI, Michele. *Teoria tridimensional das integrações supranacionais: uma análise comparativa dos sistemas e modelos de integração da Europa e América Latina*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. *Comunicado de prensa Ministerio de Relaciones Exteriores: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos sobre Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. 11 de abril de 2019. Disponível em: <https://minrel.gob.cl/comunicado-de-prensa-ministerio-de-relaciones-exteriores-ministerio-de-minrel/2019-04-23/105105.html> Acesso em: 10 maio 2021.

COLOMBIA. Tribunal Constitucional da Colômbia. *T-153/98, de 28 de abril de 1998*. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm> Acesso em: 21 maio 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Guia práctica sobre el uso del mecanismo de soluciones amistosas en el sistema de peticiones y casos ante la CIDH*. 2013. Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/soluciones_amistosas/docs/guia-practica-sa-es.pdf Acesso em: 19 maio. 2021.

CONSELHO DA EUROPA. *Protocolo no 11, aprovado pelo Conselho da Europa*. 11 de maio de 1994. Disponível em: <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/rar21-1997.pdf> Acesso em: 16 maio 2021.

CONTESSÉ, Jorge. ¿La última palabra?: control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2013. Disponível em: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Sp_20130401.pdf Acesso em: 12 maio 2021.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Guía práctica sobre la admisibilidad*. 2014. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/admissibility_guide_spa.pdf Acesso em: 2 set. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Almonacid Arellano y Otros vs. Chile*. 26 de setembro de 2006. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf Acesso em: 10 maio 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Barrios Altos vs. Peru*. 14 de março de 2001. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf Acesso em: 10 maio 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de cumplimiento de sentencia, 20 de março de 2013. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf Acesso em: 20 maio 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Trabajadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C nº 318. 20 de outubro de 2016. Dis-

ponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf Acesso em: 20 maio 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Castro Castro vs. Peru*. 25 de novembro de 2006. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf Acesso em: 10 maio 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *La Cantuta vs. Peru*. 29 de novembro de 2006. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf Acesso em: 10 maio 2021.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. Soberania e margem nacional de apreciação. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v. 6, n. 2, p. 392-418, 2011. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/6058> Acesso em: 26 maio 2021.

GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. De la “constitucionalización” a la “convencionalización” del ordenamiento jurídico. La contribución del ius constitutionale commune. *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, n. 36, p. 131-166, 2016. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/4576/5264> Acesso em: 20 maio 2021.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *La “navegación americana” de los derechos humanos: hacia un ius commune*. México: UNAM, 2014. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3655/20.pdf> Acesso em: 19 maio 2021.

GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. Nota preliminar. In: GUERRA, Luis López; SAIZ ARNAIZ, Alejandro (dir.) *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos*. Lima: Palestra, 2015.

LEAL, Mônia Clarissa Henning; VARGAS, Eliziane Fardin de. O Ius Constitutionale Commune e sua conformação na Corte Interamericana de Direitos Humanos: alguns aspectos teóricos. *Revista Videre*, Dourados, v. 12, n. 5, p. 10-35, set./dez. 2020. Disponível em: <https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/12680/6845> Acesso em: 2 set. 2021.

LOPES, Ana Maria D’Ávila; CHEHAB, Isabelle Maria Campos Vasconcelos. Bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade: reforçando a proteção dos direitos humanos no Brasil. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 12, p. 12-94, 2016. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1367/1004> Acesso em: 18 maio 2021.

LOPES, Ana Maria D’Ávila; SANTOS JUNIOR, Luis Haroldo Pereira dos. Controle de convencionalidade e margem de apreciação nacional: (in)compatibilidade no sistema interamericano de direitos humanos. *Revista Direito Público*, Porto Alegre, v. 14, n. 18, p. 35-54, maio/jun. 2018. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2866/pdf> Acesso em: 15 maio 2021.

LOPES, Ana Maria D’Ávila; SANTOS JUNIOR, Luis Haroldo Pereira dos. Minorias nacionais, proteção internacional e transnacionalidade. *Revista de Direitos Internacionais*, Brasília, v. 14, n. 3, p. 181-201, 2017. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4996/> Acesso em: 15 maio 2021.

MALARINO, Ezequiel. Activismo judicial, punitivización y nacionalización: tendencias antidemocráticas y antiliberales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: PASTOR, Dalmau (org.). *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2009. p. 21-61.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo transformar e resiliência democrática no Brasil: o Ius Constitutionale Commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer? *Revista Brasileira de*

Políticas Públicas, v. 9, n. 2, p. 253-285, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6144/pdf> Acesso em: 31 ago. 2021.

MORENO, Marcos Andrade. Excepciones a derechos. *Eunómia: Revista en Cultura de la Legalidade*, n. 14, p. 226-243, abr./set. 2018. Disponível em: <https://ojs2017.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/4166/2690> Acesso em: 31 ago. 2021.

MORENO, Marcos Andrade. Normas alterativas de derechos y flexibilidad normativa como fundamento del pluralismo dialógico del ICCAL. In: LOPES, Ana Maria D'Ávila; PAREDES PAREDES, Felipe; BREGAGLIO LAZARTE, Renata. *Tendências jurisprudenciais da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 1-170. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/344669555_Tendencias_Jurisprudenciais_da_Corte_Interamericana_de_Direitos_Humanos-2pdf Acesso em: 25 maio 2021.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

NOGUERA ALCALÁ, Humberto. El uso del derecho y jurisprudencia constitucional extranjera y de tribunales internacionales no vinculantes por el Tribunal Constitucional chileno en el periodo 2006-2011. *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 11, n. 1, p. 221-274, 2013. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-52002013000100007&lng=es&nrm=iso Acesso em: 11 maio 2021.

OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. O papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos na construção dialogada do ius constitutionale commune na América Latina. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 302-363, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6005/pdf> Acesso em: 31 ago. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm Acesso em: 22 maio 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. “Protocolo de San Salvador”. 17 de novembro de 1988. Disponível em: http://www.cidh.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm Acesso em: 22 maio 2021.

PAMPLONA, Danielle Anne. Um projeto comum para a América Latina e os impactos das empresas em direitos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 286-301, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6090/pdf> Acesso em: 31 ago. 2021.

PIOVESAN, Flávia. Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios. *Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1356-1388, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/dLhPxzDmJDTcczFV'TdhSwjN/?lang=pt&format=pdf> Acesso em: 31 maio 2021.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Constitucionalidade e convencionalidade da Lei de Anistia brasileira. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 18, p. 681-706, 2013.

SAIZ ARNAIZ, Alejandro (dir.) *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos*. Lima: Palestra, 2015.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL AD-HOC PARA A EX-IUGOSLÁVIA. Câmara de Apelações. *Case Prosecutor vs. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic*. 22 de fevereiro de 2001. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/en/kun-tj010222e.pdf> Acesso em: 20 maio 2021.

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